



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

**Rassegna della
giurisprudenza di legittimità**

Gli orientamenti delle Sezioni Civili

I

Anno 2017

La giurisprudenza delle Sezioni Civili

Anno 2017

DIRETTORE: *Camilla Di Iasi*
VICE DIRETTORE: *Maria Acierno*

hanno collaborato alla redazione:

Autori: : Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Armone, Stefania Billi, Dario Cavallari, Aldo Ceniccola, Gian Andrea Chiesi, Marina Cirese, Francesco Cortesi, Milena d'Oriano, Paola D'Ovidio, Lorenzo Delli Priscoli, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Rosaria Giordano, Gianluca Grasso, Salvatore Leuzzi, Anna Mauro, Francesca Miglio, Marzia Minutillo Turtur, Roberto Mucci, Andrea Penta, Stefano Pepe, Renato Perinu, Valeria Piccone, Eleonora Reggiani, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Paolo Spaziani, Cristiano Valle, Luca Varrone.

A cura di: *Cristiano Valle.*

INDICE GENERALE

INDICE GENERALE

VOLUME PRIMO

PRINCIPÎ DI DIRITTO SOSTANZIALE

PARTE PRIMA

IL DIRITTO DELLE PERSONE, DELLA FAMIGLIA E DELLE SUCCESSIONI

CAPITOLO I

PERSONE E ASSOCIAZIONI (di Marina Cirese).....	1
1. Premessa.....	1
2. Il diritto all'identità personale.....	1
3. Il trattamento dei dati personali.....	2
4. La tutela del diritto alla riservatezza.....	5
5. La rettificazione di sesso.....	6
6. Il danno all'immagine della persona giuridica.....	7

CAPITOLO II

EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO (di Rosaria Giordano).....	9
1. Premessa.....	9
2. Legittimazione attiva.....	9
3. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.....	10
4. Istanza di prelievo come condizione di proponibilità della domanda.....	11
5. Procedimento monitorio e fase di opposizione.....	11
6. Determinazione della durata del giudizio presupposto.....	14
7. Durata ragionevole del procedimento.....	15
8. Diritto all'indennizzo.....	15
9. Esecuzione forzata.....	16

CAPITOLO III

I DIRITTI DEGLI IMMIGRATI (di Anna Mauro).....	19
1. I diritti civili dello straniero.....	19
2. Il sistema di protezione internazionale dell'extracomunitario.....	20
3. La tutela della coesione familiare e il ricongiungimento familiare.....	24
4. L'espulsione dell'extracomunitario ed il sindacato del giudice ordinario.....	26
5. Proroga del trattenimento dello straniero in un centro di permanenza per il rimpatrio.....	28
6. Aspetti processuali.....	30

CAPITOLO IV

LA FAMIGLIA E LA TUTELA DEI BISOGNOSI: PROFILI SOSTANZIALI

(di Paolo Di Marzio)	33
1. La donazione obnuziale.	33
2. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale, fondo patrimoniale, impresa familiare.	33
3. La crisi del matrimonio, la separazione dei coniugi e l'addebito.	35
4. Matrimonio dello straniero, separazione personale e cittadinanza italiana.	35
5. L'affidamento ed il collocamento dei figli minori.	36
6. L'assegno di mantenimento per il coniuge nella separazione personale.	36
7. L'assegno periodico in favore dell'ex coniuge.	37
8. La casa familiare.	38
9. La pensione di reversibilità.	38
10. Il mantenimento dei figli.	39
11. Il disconoscimento di paternità.	39
12. Lo stato di abbandono e l'adottabilità.	39
13. I figli nati da genitori non uniti in matrimonio.	40
14. Il bambino con due madri.	41
15. Istituti di protezione dei soggetti bisognosi.	41
16. Il matrimonio concordatario.	42

CAPITOLO V

SUCCESSIONI E DONAZIONI (di Dario Cavallari).....	43
1. La delazione ereditaria.....	43
2. L'accettazione di eredità e il beneficio d'inventario.	43
3. La rinuncia all'eredità.	46
4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata.	46
5. Il testamento.	49
6. La divisione ereditaria.	51
7. Il retratto successorio.	53
8. La collazione.	54
9. Il pagamento dei debiti ereditari.....	54
10. Le donazioni.	54

PARTE SECONDA

I BENI

CAPITOLO VI

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO (di Gian Andrea Chiesi)	57
1. Proprietà pubblica.	57
1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione.	60
2. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati.	62
3. Azioni a tutela della proprietà.	64
4. Comunione di diritti reali.....	68
4.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria.	68
5. Usufrutto, uso e abitazione.	70
6. Servitù prediali.....	71
6.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù.	74
7. Tutela ed effetti del possesso.	74
7.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie.	78

CAPITOLO VII

COMUNIONE E CONDOMINIO (di Gian Andrea Chiesi e Rosaria Giordano)	81
1. Premessa.	81
2. Il godimento della cosa comune.....	81
3. La responsabilità del condominio.	83

4. Le parti comuni nel condominio di edifici.....	85
5. Le innovazioni.....	88
6. La ripartizione delle spese condominiali.....	89
7. L'amministratore.....	92
8. L'assemblea.....	95
9. L'impugnazione delle deliberazioni assembleari.....	97
10. Il regolamento di condominio.....	98

CAPITOLO VIII

L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ (di Roberto Mucci).....	101
1. Premessa.....	101
2. Le questioni di giurisdizione.....	101
3. Titolarità degli obblighi indennitari.....	102
4. Potestà legislativa delle Province autonome.....	103
5. Effetti dell'espropriazione per i terzi.....	103
6. La determinazione dell'indennità di espropriazione.....	104
6.1. (segue). B) Aree agricole.....	108
6.2. (segue). C) Interessi.....	108
6.3. (segue). D) L'espropriazione parziale.....	108
7. L'indennità per l'imposizione di servitù.....	109
8. La cessione volontaria.....	110
9. L'opposizione alla stima.....	111
10. Le espropriazioni illegittime.....	114

PARTE TERZA

LE OBBLIGAZIONI E I CONTRATTI

CAPITOLO IX

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE (di Dario Cavallari ed Eleonora Reggiani).....	117
1. Le fonti dell'obbligazione.....	117
2. L'oggetto dell'obbligazione.....	118
3. L'adempimento e la <i>mora credendi</i>	120
4. I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento.....	122
5. La successione nel credito.....	124
6. Obbligazioni parziarie e solidali, debiti di valuta e di valore.....	126
7. L'inadempimento, la mora debendi e la responsabilità.....	128
8. La liquidazione del danno in generale.....	129

CAPITOLO X

IL CONTRATTO IN GENERALE (di Francesco Cortesi e Paola D'Ovidio).....	133
1. Contratto atipico.....	133
2. Conclusione del contratto, presunzione di conoscenza, proposta e accettazione.....	137
3. Integrazione del contratto e responsabilità precontrattuale.....	140
4. Condizioni generali e clausole vessatorie.....	142
5. Oggetto.....	143
6. Causa.....	147
7. Forma.....	149
8. Preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.....	153
9. Condizione.....	157
10. Interpretazione e qualificazione del contratto.....	157
11. Esecuzione secondo buona fede. Sono.....	159
12. Clausola penale e caparra.....	159
13. Rappresentanza e ratifica.....	161
14. Contratto per persona da nominare.....	162
15. Simulazione.....	163
16. Nullità del contratto.....	164

17. Annullabilità del contratto.....	165
18. Risoluzione del contratto.	166

CAPITOLO XI

I SINGOLI CONTRATTI (di Stefania Billi e Francesco Cortesi).....	169
1. Premessa.....	169
2. Il contratto di appalto privato.....	169
3. L'appalto di opere pubbliche.....	171
4. L'assicurazione.....	172
4.1. Assicurazione contro i danni.....	172
4.2. L'assicurazione della responsabilità civile.....	174
4.3. Assicurazione obbligatoria della r.c.a.....	176
5. Il comodato.....	178
6. I contratti agrari.....	178
7. I contratti bancari. (rinvio).....	179
8. I contratti finanziari (rinvio).....	179
9. La fideiussione e le garanzie atipiche.....	179
10. Il giuoco e la scommessa.....	181
11. La locazione di immobili abitativi e non abitativi ed il leasing.....	181
12. Il mandato.....	185
13. La mediazione.....	186
14. Il mutuo.....	187
15. La rendita.....	189
16. La transazione.....	190
17. Il trasporto.....	190
18. La vendita.....	191
18.1. Garanzia per vizi della cosa.....	193
18.2. Concorso di azione contrattuale ed extracontrattuale.....	194
18.3. Vendite immobiliari.....	195

CAPITOLO XII

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE (di Dario Cavallari).....	199
1. La gestione di affari altrui.....	199
2. La ripetizione di indebito.....	199
2. L'ingiustificato arricchimento.....	201

CAPITOLO XIII

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE (di Giovanni Armone e Paola D'Ovidio).....	205
1. L'art. 2043 c.c. in generale.....	205
2. Il danno ingiusto.....	207
3. La colpa.....	208
4. Il concorso di colpa del danneggiato.....	208
5. Il nesso di causalità.....	211
6. L'imputabilità del fatto illecito.....	212
7. La responsabilità solidale.....	213
8. Il risarcimento in forma specifica.....	213
9. La responsabilità precontrattuale.....	214
10. Il danno non patrimoniale.....	216
10.1. Il danno alla salute.....	219
10.2. Il danno da perdita del rapporto parentale.....	223
10.3. Il danno da lesione dell'altrui reputazione.....	225
11. Il danno ambientale.....	226
12. Il danno patrimoniale.....	227
12.1. Il danno patrimoniale futuro.....	227
13. La liquidazione del danno non patrimoniale.....	229
13.1. La liquidazione in via equitativa: casistica.....	229
13.2. La liquidazione del danno biologico.....	230

13.3. Parametri di quantificazione del danno: Tabelle di Milano	230
14. Le responsabilità presunte.	231
14.1. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.)	231
14.2. Attività pericolose (art. 2050 c.c.).....	232
14.3. Cose in custodia (art. 2051 c.c.).....	234
14.4. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.).....	236
14.5. Il danno da circolazione dei veicoli (art. 2054 c.c.).....	237

CAPITOLO XIV

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI (di Giovanni Fanticini)	241
1. La responsabilità del medico.	241
2. La responsabilità dell'avvocato.	244
3. La responsabilità del notaio.	246
4. La responsabilità del commercialista.....	248

PARTE QUARTA TUTELA DEI DIRITTI

CAPITOLO XV

LE GARANZIE REALI (di Raffaele Rossi)	249
1. Ipoteca.....	249

PARTE QUINTA IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO SOSTANZIALE DEL LAVORO (di Stefania Billi, Luigi Di Paola, Ileana Fedele e Valeria Piccone, Cristiano Valle)	251
1. Costituzione del rapporto di lavoro e qualificazione come subordinato.....	251
1.1. Rapporto subordinato.	251
1.2. Subordinazione e lavoro a progetto.....	252
2. Lavoro flessibile e precario.....	253
2.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato.	253
2.1.1. L'indicazione e la valutazione delle causali per la legittima apposizione del termine.	253
2.1.2. L'assunzione a termine dei dirigenti ed il limite quinquennale ex art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 368 del 2001.....	254
2.1.3. L'assunzione a termine di personale artistico da parte degli enti lirici.....	254
2.1.4. La decadenza ex art. 32 della l. n. 183 del 2010.....	255
2.1.5. L'indennità omnicomprensiva ex art. 32, commi 5-7, della l. n. 183 del 2010.....	255
2.1.6. Il contratto a termine nel pubblico impiego privatizzato.....	256
2.2. La somministrazione di lavoro.....	258
3. Mansioni e trasferimenti.....	259
4. Diritto sindacale. Contratto collettivo.	260
5. Potere di controllo.....	261
6. Potere disciplinare.	263
7. Dimissioni.....	269
8. Mutuo consenso.	271
9. Licenziamento individuale.	272
9.1. La forma e la comunicazione.	273
9.2. La decadenza dall'impugnazione.	273
9.3. Rilevanza dei motivi dedotti in giudizio a fondamento dell'illegittimità del licenziamento e poteri di rilevazione del giudice.	274
9.4. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.....	274
9.5. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.....	277

9.6. Licenziamento della lavoratrice madre.	278
9.7. Licenziamento dell'invalide.	279
9.8. Il licenziamento del socio lavoratore di cooperativa.	280
9.9. Il superamento del periodo di comports.	280
9.10. Il licenziamento del dirigente.	281
9.11. Tutela reale, tutela obbligatoria e risarcimento.	281
9.12. Applicazioni della legge "Fornero".	284
10. Licenziamenti collettivi.	286
11. Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.	287
11.1. Giurisdizione.	288
11.2. Passaggio del personale tra amministrazioni.	288
11.3. Potere disciplinare.	289
11.4. Altri aspetti del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato.	294
11.5. Equo indennizzo e altre domande risarcitorie.	295
11.6. Questioni attinenti alla cessazione del rapporto.	296
11.7. Incarichi dirigenziali.	298
11.8. Disabili.	300
11.9. Personale docente.	300
11.10. Lettori di lingua straniera e collaboratori esperti linguistici.	301
12. Il contratto di agenzia.	303

CAPITOLO XVII

PREVIDENZA E ASSISTENZA SOCIALE (di Renato Perinu e Cristiano Valle)	307
1. L'obbligo contributivo.	307
1.1. La determinazione della retribuzione.	308
1.2. I soggetti obbligati.	309
1.3. Doppia iscrizione.	310
2. L'esenzione dagli obblighi contributivi.	312
3. I benefici contributivi. I lavoratori esposti (all'amianto, al cloro, nitro ed ammine).	312
4. Gli sgravi.	314
5. Accertamento e riscossione dei crediti contributivi.	316
6. La prescrizione dei crediti contributivi.	317
7. Omesso versamento della contribuzione.	319
8. Risarcimento del danno da omissione contributiva.	320
9. Le prestazioni in generale.	321
9.1 L'assegno di invalidità civile.	322
9.2 Inabilità civile.	322
9.3. Indennità ciechi civili.	322
10. L'indebito previdenziale.	323
11. Le prestazioni previdenziali dell'INPS.	323
11.1. Questioni procedurali e sostanziali.	323
11.2. Assegno di invalidità.	326
11.3. Pensione di reversibilità.	327
11.4. Equiparazioni, ricognizioni e cumuli.	327
11.5. Indennità di mobilità.	328
11.6. Indennità di disoccupazione.	329
11.7. Indennità di maternità.	330
12. Le tutele dell'INAIL.	330
12.1. I principi generali.	331
12.2. Il regresso.	333
12.3. Il danno differenziale.	334
13. La previdenza di categoria.	335
13.1. INPGI.	335
13.2. Cassa Nazionale Forense.	335
13.3. Cassa Dottori Commercialisti.	336
13.4. Cassa di previdenza per i geometri liberi professionisti.	337
14. La previdenza complementare.	338
14.1. Il Fondo di garanzia dell'INPS.	338

PARTE SESTA

IL DIRITTO DEL MERCATO

CAPITOLO XVIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA (di Lorenzo Delli Priscoli)	341
1. Confondibilità di marchi e brevetti.	341
2. Decadenza e nullità del marchio.	342
3. Cessione del diritto d'autore e contratto di edizione.	343
4. Configurabilità dell'opera di ingegno.	345
5. Il marchio comunitario.	345

CAPITOLO XIX

IL CONSUMATORE E LA CONCORRENZA (di Aldo Ceniccola)	347
1. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287.	347
2. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale.	348
3. Il consumatore e il professionista.	350

CAPITOLO XX

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ (di Eleonora Reggiani)	353
1. Le società di persone e le società di capitali: statuizioni comuni.	353
1.2. L'accertamento dello status di socio.	356
2. Le società di capitali.	357
2.1. L'acquisto della personalità giudica.	357
2.2. Il trasferimento delle partecipazioni sociali.	357
2.3. I finanziamenti dei soci.	358
2.4. Il recesso dei soci.	358
2.5. L'assemblea.	358
2.6. Gli amministratori.	359
2.7. Le azioni di responsabilità.	360
2.8. Lo scioglimento e la messa in liquidazione della società.	362
3. Particolari società di capitali: le società a partecipazione pubblica e le società in house.	362
3.1. Le società cooperative.	363
3.2. Le società consortili.	363
4. Le società di persone.	364
4.1. Il socio: diritti, poteri, doveri e responsabilità.	364
4.2. Il recesso del socio e la liquidazione della quota di partecipazione.	366
4.3. L'attività sociale e la (eventuale) messa in liquidazione della società.	366

CAPITOLO XXI

IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI (di Aldo Ceniccola)	367
1. I contratti bancari.	367
2. I contratti e gli strumenti di intermediazione finanziaria.	369

CAPITOLO XXII

LE PROCEDURE CONCURSUALI. PROFILI SOSTANZIALI (di Giuseppe Fichera)	375
1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti.	375
2. Gli organi delle procedure.	378
3. Le revocatorie fallimentari: i presupposti.	379
3.1. Gli atti a titolo gratuito e post fallimentari.	381
3.2. Gli atti negoziali.	381
3.3. I pagamenti.	382
4. I rapporti pendenti.	384
5. La formazione dello stato passivo.	386
5.1. I privilegi.	387
5.2. La prededuzione.	389

6. La liquidazione dell'attivo.....	392
7. Il concordato preventivo: questioni sostanziali.....	392

PARTE SETTIMA

DIRITTO TRIBUTARIO

CAPITOLO XXIII

L'ACCERTAMENTO (di Salvatore Leuzzi).....	395
1. Premessa.....	395
2. La sottoscrizione dell'avviso di accertamento.....	395
3. Le notificazioni.....	395
4. Il contraddittorio.....	399
5. I termini.....	401
6. I dati utilizzabili.....	402
7. La motivazione.....	403
8. La rettifica.....	406
9. L'accertamento induttivo.....	407
10. L'accertamento standardizzato.....	408
11. L'accertamento con adesione.....	408

CAPITOLO XXIV

LE IMPOSTE SUI REDDITI (di Stefano Pepe).....	409
1. La natura della dichiarazione di imputazione delle perdite.....	409
2. Contratto atipico del prestito d'uso d'oro.....	410
3. La determinazione del reddito.....	411
4. I principi contenuti negli accordi e convenzioni contro le doppie imposizioni.....	412
5. IRPEG.....	414
6. Il credito d'imposta per gli investimenti in aree svantaggiate.....	415
7. Le plusvalenze.....	416
8. Il reddito d'impresa.....	418
9. I fondi previdenziali integrativi.....	421

CAPITOLO XXV

L'IRAP (di Stefano Pepe).....	423
1. I chiarimenti delle Sez. U.....	423
2. Il presupposto impositivo dell'autonoma organizzazione.....	424
3. L'IRAP e le professioni sanitarie.....	425
4. L'IRAP e il condono fiscale.....	426

CAPITOLO XXVI

L'IVA (di Stefano Pepe).....	427
1. Gli obblighi di registrazione ed il principio di neutralità dell'imposizione armonizzata.....	427
2. Le operazioni imponibili a fini IVA e il diritto alla detrazione.....	429
3. Le esenzioni.....	432
4. Il credito al rimborso.....	432
5. I regimi speciali.....	434
5.1. La liquidazione dell'Iva di gruppo.....	434
5.2. Il regime derogatorio del margine.....	435
6. Le agevolazioni di aliquota.....	436
7. I depositi fiscali e la disciplina doganale.....	438

CAPITOLO XXVII

L'IMPOSTA DI REGISTRO E DI SUCCESSIONE (di Stefano Pepe).....	441
1. L'imposta di registro e le modalità di calcolo in casi particolari.....	441

2. L'imposta di registro sugli atti dell'autorità giudiziaria	445
3. Il rimborso d'imposta	448
4. Le agevolazioni prima casa	448
5. I requisiti e presupposti per usufruire del beneficio	449
6. Il trasferimento di residenza e la forza maggiore	450
7. L'abitazione di lusso: parametri e modalità di accertamento	451
8. La decadenza dal beneficio	452
9. L'imposta sulle successioni e donazioni	454
10. La revisione del titolo di tassazione	456

CAPITOLO XXVIII

I TRIBUTI LOCALI (di Stefano Pepe)	457
1. La TARSU e gli enti comunali	457
1.1. Le esenzioni	458
1.2. La TARI	461
2. L'ICI e l'obbligo di denuncia	462
2.1. Le esenzioni e le agevolazioni	467
2.2. L'ICI e le aree demaniali	469
2.3. ICI e strumenti urbanistici	470

CAPITOLO XXIX

LE AGEVOLAZIONI TRIBUTARIE (di Fabio Antezza)	473
1. Premessa	473
2. Le c.d. agevolazioni "prima casa"	474
3. Le c.d. agevolazioni "prima casa" ed il d.lgs. n. 23 del 2011: diritto intertemporale e contrasto in merito al regime sanzionatorio	479
4. I crediti d'imposta ex artt. 7 ed 8 della l. n. 388 del 2000	481
5. L'art. 33, comma 3, della l. n. 388 del 2000	484
6. Le ONLUS	487
7. Le fondazioni bancarie	487
8. La piccola proprietà contadina	489
9. I beni di interesse storico, artistico, archeologico o architettonico	490
10. Le zone terremotate	491
11. Recupero degli aiuti di Stato	491

CAPITOLO XXX

LA RISCOSSIONE E IL RIMBORSO DELLE IMPOSTE (di Stefano Pepe)	495
1. Profili sostanziali	495
2. Profili procedurali	497
3. Profili processuali	499
4. Notifica e contenuto della cartella esattoriale	502
5. Definitività della cartella esattoriale e prescrizione	503
6. Il rimborso delle imposte	503
6.1. Termine di decadenza e prescrizione	503
6.2. Contestazione del credito	505

CAPITOLO XXXI

IL CONDONO (di Lorenzo Delli Priscoli)	509
1. Gli effetti	509
2. I profili procedurali e processuali	512

CAPITOLO XXXII

LE SANZIONI IN MATERIA TRIBUTARIA (di Lorenzo Delli Priscoli)	513
1. Principi generali	513
2. Applicazione della sanzione	513

PRESENTAZIONE

L'iniziativa di una Rassegna annuale della giurisprudenza della Suprema Corte redatta dai magistrati dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo nasce da una intuizione di Stefano Evangelista, indimenticato Direttore dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo nei primi anni di questo millennio, che nel 2004 intese riprendere con continuità ed organicità un'attività che negli anni precedenti era stata realizzata con alterne vicende e differenti impostazioni.

La Rassegna in presentazione si pone nel solco di quella prima Rassegna del 2004, e, pur tenendo conto delle modifiche e degli ampliamenti succedutisi in questi anni per adeguarla alle esigenze via via emergenti in relazione alla consistenza ed ai molteplici versanti della evoluzione giurisprudenziale, non ne muta finalità e metodi.

Il periodo trascorso (e le vicende legislative ed organizzative che hanno riguardato in particolare la Corte di cassazione) autorizzerebbero dubbi circa l'attualità ed utilità di una Rassegna di giurisprudenza che si aggiunge alle numerose offerte di raccolte giurisprudenziali, anche *on line*, soprattutto se si pensa che da ultimo, per una molteplicità di fattori concorrenti, la giurisprudenza di legittimità, specie in alcuni settori, si è rivelata talora poco "stabile", col rischio di rapida obsolescenza per una Rassegna giurisprudenziale che guarda necessariamente al passato, sia pure il passato prossimo costituito dall'anno appena trascorso.

La risposta a tale legittimo interrogativo sta nel fatto che proprio la possibile instabilità e/o non univocità della giurisprudenza di legittimità (quali ne siano le ragioni) rende necessaria non solo un'attenta e tempestiva informazione su di essa (che l'Ufficio del Massimario realizza attraverso

massime redatte subito dopo la pubblicazione delle sentenze ed immesse immediatamente in circolazione attraverso il sistema ItalggiureWeb) ma anche, a posteriori, un'analisi sistematica ed argomentata dei percorsi ermeneutici e delle relative dinamiche evolutive al fine di cogliere le linee-guida espresse ed identificare i principi di riferimento, in ciò innanzitutto ravvisandosi, secondo Stefano Evangelista, il fondamentale contributo del Massimario alla formazione di una razionale “cultura del precedente”.

La rilevanza di tale contributo si palesa in tutta la sua consistenza se solo si considera, per un verso, che la previsione dell'articolo 65 dell'Ordinamento giudiziario circa l'uniforme applicazione della legge, per quanto formalmente “datata”, rispecchia concrete ed attuali esigenze di stabilità del contesto socio-economico e di uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge (quale interpretata ed applicata dagli organi giurisdizionali) nonché di coerenza delle decisioni anche in funzione deflativa di un contenzioso abnormemente alimentato da dubbi e incertezze interpretative, e, per altro verso, che, anche dopo le riforme del codice di rito civile del 2006 e del 2009, la nomofilachia nel nostro Paese continua a fondare l'intensità del vincolo costituito dal “precedente” esclusivamente sul circolo virtuoso attivato dal corretto funzionamento del meccanismo processuale, con la conseguenza che l'intensità di tale vincolo, siccome immanente al processo, risulta direttamente proporzionale alla coerenza con la quale la Corte esercita i propri poteri di cassazione, alla chiarezza con la quale esplicita le ragioni poste a base delle proprie decisioni nonché all'affidabilità degli strumenti di cui si serve per rendere noti gli orientamenti giurisprudenziali espressi.

In ciò sta dunque l'assoluta centralità dell'Ufficio del Massimario, al quale è riservato il compito di interpretazione sistematico-proiettiva dei precedenti di legittimità in funzione di una corretta informazione su di essi,

indefettibile presupposto di operatività di un vincolo al precedente di carattere sostanzialmente “persuasivo”, e comunque indiretto.

Tale dovere di informazione ha come destinatari non solo i cittadini (e per essi il Foro e gli studiosi del diritto) ma anche gli stessi giudici della Corte: l'aumento progressivo del numero di decisioni e la complessità di alcune di esse accresce infatti in particolare il rischio di contrasti striscianti o comunque non “frontali”, quindi meno immediatamente identificabili (si pensi ad esempio alle ipotesi di contrasti “di sistema”, relative a sentenze ricostruttive che, pur non contrapponendosi tra loro nelle decisioni assunte, contrastano nelle premesse logico-sistematiche del percorso argomentativo che ha condotto alla decisione) con negative ripercussioni sulla operatività del magistero nomofilattico e conseguente aumento del contenzioso, in un circolo vizioso alimentato a dismisura dalle emergenti incertezze ermeneutiche.

Questo articolato e bidirezionale dovere di informazione facente capo all'Ufficio del Massimario va assolto su diversi fronti, ed è compito innanzitutto dello stesso Ufficio individuare gli strumenti più adatti a realizzarne presupposti e condizioni.

Come già evidenziato, a partire dal 2004, accanto alla redazione di massime, relazioni ed informazioni su contrasti o sullo stato della giurisprudenza con riguardo a specifiche questioni, l'Ufficio provvede anche, con regolarità, alla redazione di una annuale Rassegna della giurisprudenza di legittimità, nella convinzione che la lettura ragionata e sistematica di essa – alla ricerca di una coerenza possibile, almeno sulla base dei principi generali espressi e dei valori di riferimento, ovvero di una coerenza perduta da disvelare e recuperare – sia idonea a favorire il rinvenimento di chiavi di lettura tendenzialmente compatibili anche in

funzione proiettiva ovvero l'emersione di eventuali dissonanze da segnalare in funzione di un superamento ovvero di una composizione.

Il carattere strumentale della Rassegna comporta che le relative modalità di realizzazione siano progressivamente adeguate alle caratteristiche della giurisprudenza di legittimità siccome eventualmente mutate nel tempo, al fine di una sempre migliore fruibilità di questo indispensabile veicolo di conoscenza e riflessione.

A tale proposito non può sfuggire che un complesso di fattori (tra i quali l'aumento progressivo delle decisioni della Corte) ha comportato talora maggiore difficoltà ad enucleare percorsi ermeneutici univoci o comunque immediatamente intellegibili né può sfuggire in particolare che il numero delle decisioni della sezione Tributaria della Corte è destinato in breve ad aumentare considerevolmente in relazione all'aumento dei magistrati ad essa addetti come previsto dai provvedimenti recentemente adottati dal legislatore, con conseguente moltiplicazione del rischio di perdita di coerenza del sistema.

L'impostazione e l'organizzazione della Rassegna in un prossimo futuro dovranno quindi adattarsi ai mutamenti in corso, strutturandosi in maniera da rendere sempre una informazione il più possibile perspicua, completa e consapevole, ancor più necessaria in questo momento di importanti cambiamenti per la Corte.

I volumi della Rassegna in presentazione saranno pubblicati, per conto della Corte, dall'Istituto Poligrafico dello Stato, nel solco di una collaborazione meritoriamente ripresa dal Direttore Giovanni Amoroso già per la Rassegna relativa all'anno 2016.

La Rassegna è stata egregiamente coordinata dal collega Cristiano Valle ed è stata realizzata dai colleghi: Irene Ambrosi, Fabio Antezza,

Giovanni Armone, Stefania Billi, Dario Cavallari, Aldo Ceniccola, Gian Andrea Chiesi, Marina Cirese, Francesco Cortesi, Milena d’Oriano, Paola D’Ovidio, Lorenzo Delli Prisco, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Rosaria Giordano, Gianluca Grasso, Anna Mauro, Salvatore Leuzzi, Francesca Miglio, Marzia Minutillo Turtur, Roberto Mucci, Andrea Penta, Stefano Pepe, Renato Perinu, Valeria Piccone, Eleonora Reggiani, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Paolo Spaziani e Luca Varrone.

Alla rifinitura dell’editing ha provveduto, come per lo scorso anno, il personale addetto alla Segreteria dell’Ufficio del Massimario ed inoltre del CED.

A tutti va espressa sincera gratitudine per aver consentito, attraverso il contributo accorto e scrupoloso di ciascuno, la realizzazione di questo lavoro.

Un ringraziamento particolare va al Presidente Giovanni Amoroso, che ha diretto l’Ufficio del Massimario e del Ruolo con intelligenza, cultura e attenta partecipazione fino a quando ha assunto l’alto incarico di giudice costituzionale. A lui si deve l’intera impostazione e organizzazione di questa Rassegna, avendo programmato e presieduto tutte le riunioni intese alla sua realizzazione, fino all’ultima dello scorso autunno.

Roma, gennaio 2018

Camilla Di Iasi Maria Acierno

VOLUME PRIMO

**PRINCIPÎ DI DIRITTO
SOSTANZIALE**

PARTE PRIMA

IL DIRITTO DELLE PERSONE, DELLA FAMIGLIA E DELLE SUCCESSIONI

CAPITOLO I

PERSONE E ASSOCIAZIONI

(DI MARINA CIRESE)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto alla identità personale. – 3. Il trattamento dei dati personali. – 4. La tutela del diritto alla riservatezza – 5. La rettificazione di sesso. – 6. Il danno all'immagine della persona giuridica.

1. Premessa. Anche nel corso del 2017 i diritti della persona sono stati oggetto di alcune pronunce della S. C. che, talvolta, si è mossa nel solco degli orientamenti precedenti, pur senza trascurare opportuni approfondimenti, talaltra ha posto in luce nuovi profili.

2. Il diritto all'identità personale. Tra i diritti inerenti alla persona di matrice giurisprudenziale, va annoverato il diritto all'identità personale avente il proprio riferimento costituzionale nell'art. 2 e che tutela l'individuo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. In tale ambito assume particolare rilievo il diritto a conoscere le proprie origini biologiche. Nel solco delle pronunce della S.C. del 2016, Sez. U, n. 01946/2017, Giusti, Rv. 642009-01, pronunciandosi ex art. 363, comma 1, c.p.c., ha risposto al quesito se la sentenza della Corte Cost., 18 novembre 2013, n. 278, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184, rimetta la sua stessa efficacia ad un successivo intervento legislativo, (con la conseguenza che il tribunale per i minorenni, su istanza del figlio interessato a conoscere le proprie origini, non potrebbe procedere a contattare la madre per verificare se ella intenda revocare l'anonimato a suo tempo espresso) o se, al contrario, tale pronuncia costituzionale richieda che medio tempore il giudice comune, in attesa dell'introduzione di una disciplina legislativa, dia attuazione al principio in essa espresso attraverso il ricorso a regole sussidiariamente tratte dal sistema che assicurino alla donna la massima riservatezza. Nell'aderire a questa seconda soluzione, le Sez. U hanno enunciato il principio di diritto secondo cui in tema di parto

anonimo per effetto della sentenza della Corte cost. citata, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte stessa, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa. Specificando il principio dianzi enunciato, Sez. 1, 14162/2017, Acerno, Rv. 644452-01, ha stabilito che il tribunale per i minorenni, in quanto giudice competente, su richiesta del figlio che intenda esercitare il diritto a conoscere delle proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, è tenuto ad interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e sulla base dei principi enunciati dalla sentenza della Corte cost. n. 278 del 2013, già cit., idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità.

3. Il trattamento dei dati personali. Il momento qualificante dell'utilizzo dei dati personali è rappresentato dal trattamento. Per trattamento ex art. 4 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. codice della privacy), si intende «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati». Il diritto alla riservatezza sotteso alla specifica normativa dettata dal d.lgs. n. 196 del 2003 interseca altri diritti costituzionalmente garantiti in un apparente conflitto di valori. Tali situazioni vanno pertanto esaminate e decise caso per caso considerando la particolarità della specifica situazione tenendo presenti i principi base della proporzionalità e della essenzialità. Secondo il principio di

proporzionalità la compressione del diritto alla tutela dei dati personali è ammessa entro limiti che siano giustificati dal corretto esercizio del diritto antagonistico alla privacy. Secondo il criterio dell'essenzialità l'indietreggiamento della privacy è giustificato solo ove le modalità invasive siano indispensabili per il godimento dell'opposto diritto. Al riguardo Sez. 1, n. 19761/2017, Nazzicone, Rv. 645195-03, affronta in particolare la questione se il diritto alla protezione dei dati personali imponga, a richiesta di parte, la cancellazione di iscrizioni o la negazione della pubblicità, al di fuori delle ipotesi tassative di tali evenienze previste dalla legge, ove l'interessato invochi un proprio interesse a non rendere più conoscibili dopo un dato tempo alcuni dati che lo riguardano, con particolare riferimento ai dati conservati nel registro delle imprese dalle Camere di commercio (nel caso di specie, il ricorrente lamentava che il proprio nome venisse ricollegato al dato della qualità di amministratore unico e liquidatore di una società fallita, sull'assunto che tali dati potrebbero essere resi non più disponibili a chiunque in forza di un "diritto all'oblio", disponendosene la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco, ove sia decorso un tempo che allo stato attuale della disciplina non è determinato o determinabile a priori in modo netto).

La pronuncia de qua si muove nel solco della decisione della Corte di giustizia, 9 marzo 2017, C398/15, in seguito al rinvio pregiudiziale disposto dalla S.C., ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, con ordinanza interlocutoria n. 15096/2015. In particolare, la Corte UE, poste a confronto la prima direttiva societaria 68/151/CEE del Consiglio, del 9 marzo 1968, come modificata dalla direttiva 2003/58/CE, e la direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, ha affermato che gli Stati membri non sono tenuti a garantire alle persone fisiche il diritto di ottenere, in ogni caso, decorso un certo periodo di tempo dallo scioglimento della società, la cancellazione dei dati personali o il congelamento degli stessi nei confronti del pubblico e che spetta ai legislatori nazionali la decisione circa l'introduzione, nel proprio ordinamento, di una norma di eccezione che permetta – decorso un periodo di tempo, da valutare caso per caso, sufficientemente lungo dopo lo scioglimento della società – l'ostensione dei dati risultanti dal registro delle imprese soltanto in favore di terzi che dimostrino un interesse specifico alla loro consultazione, in presenza di situazioni particolari e di ragioni preminenti e legittime. Orbene, l'ordinamento italiano non contempla il diritto di ottenere la limitazione temporale o soggettiva

dell'ostensione a terzi dei dati iscritti nel registro delle imprese, in particolare del nome dell'amministratore o liquidatore di società fallita e cancellata dal registro delle imprese. Il diritto alla protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. n. 196 del 2003 e di cui alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza) del 7 dicembre 2000 nonché di cui all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – alla stregua dell'interpretazione resa, nella sua pronuncia pregiudiziale, dalla Corte di giustizia UE – non implica di per sé, in mancanza di un'apposita norma che lo preveda, anche quello di ottenere cancellazioni di iscrizioni o negazione della pubblicità commerciale, ove l'interessato invochi un proprio interesse a non rendere più conoscibili i dati che lo riguardano. In sostanza, con l'istituzione del registro delle imprese e l'esclusione di una norma di eccezione, del tipo di quella richiesta dalla Corte UE, il legislatore italiano ha già operato – sulla base del menzionato principio – un bilanciamento tra le esigenze individuali e quelle della collettività, cosicché la volontà del singolo di impedire la reperibilità dei dati afferenti la sua pregressa attività gestoria non finisca per contraddire gli interessi espressi dalla intera comunità di persone. Si deve, pertanto, ritenere che alla stregua del quadro normativo e dei compiti istituzionalmente perseguiti dalle Camere di commercio con la tenuta del registro delle imprese, è legittima, rispondendo ad un obbligo legale, l'iscrizione e la conservazione nel registro stesso delle informazioni relative alla carica di amministratore e di liquidatore, ricoperta da un soggetto in una società, ove pure in seguito questa sia stata dapprima dichiarata fallita e, poi, cancellata dal registro delle imprese, prevalendo le esigenze della pubblicità commerciale sull'interesse del privato ad impedirla, in funzione delle ragioni di certezza nelle relazioni commerciali che l'istituzione del registro delle imprese soddisfa.

Con Sez. 1, n. 14865/2017, Dolmetta, Rv. 644453-01, la Corte si occupa invece delle modalità di segnalazione di un soggetto indicato come “cattivo pagatore” nei Sistemi di Informazione Creditizia (SIC) affermando che l'atto di «avvertimento con preavviso» ovvero di «avviso» – di cui all'art. 4, comma 7, della delibera del Garante fa onere all'intermediario – integra una dichiarazione recettizia, in quanto specificamente diretta alla persona dell'interessato e intesa a manifestare la decisione dell'intermediario medesimo di provvedere alla classificazione di cattivo debitore del destinatario interessato, sicché l'efficacia si produce quando la stessa giunge a conoscenza del destinatario interessato, con la presunzione relativa che la conoscenza si abbia nel momento in cui la

dichiarazione raggiunge l'indirizzo dello stesso. Un profilo peculiare relativo al trattamento dei dati personali è quello concernente la notificazione, ovvero la comunicazione che deve essere effettuata dal titolare del trattamento al Garante in cui vengono descritte le principali caratteristiche del trattamento (categorie dei dati, finalità del trattamento, luogo in cui avviene il trattamento, soggetti in Italia o all'estero cui i dati sono eventualmente comunicati, misure di sicurezza adottate). Deve essere effettuata prima di dare inizio al trattamento, e non va ripetuta se non si modificano le caratteristiche del trattamento. Tutte le notificazioni sono conservate in un "registro dei trattamenti" accessibile al pubblico gratuitamente per via telematica. Il cittadino può così acquisire notizie e può utilizzarle per le finalità di applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali (ad esempio per esercitare il diritto di accesso ai dati o altri diritti riconosciuti dal Codice). Mediante il registro saranno effettuati controlli sui trattamenti oggetto di notificazione, verificando le notizie in essa contenute. Il titolare che non è tenuto alla notificazione deve comunque fornire le notizie contenute nel modello di notificazione a chi ne fa richiesta.

Con riguardo alla notificazione dei dati afferenti alla salute, Sez. 2, n. 188/2017, Oricchio, Rv. 642204-01, in un giudizio in cui una società proponeva opposizione avverso l'ordinanza con la quale le era ingiunto il pagamento di una somma a titolo di sanzione amministrativa per omessa notificazione del trattamento di tale tipologia di dati, ha affermato che la notificazione del trattamento, ex art. 37, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 196 del 2003, va eseguita anche nel caso in cui la rilevazione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale avvenga, mediante raccolta, non occasionale ed in insiemi organizzati, di informazioni su tali aspetti, in via accessoria rispetto ad altra prestazione sanitaria e non in via principale o per scopi scientifici in quanto l'attività di "rilevazione" è dotata di finalità propria ed idonea a far sorgere l'obbligo di notificazione.

4. La tutela del diritto alla riservatezza. Il d.lgs. n. 196 del 2003 riconosce un sistema bipolare di tutela del dato personale sicché chiunque potrà tutelare il diritto ai propri dati personali attivandosi innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria oppure innanzi al Garante per la protezione dei dati personali. L'alternatività del sistema di tutela era già prevista nella legge n. 675 del 1996, tuttavia detta normativa si rifaceva ad una sorta di "alternatività imperfetta" poiché non prevedeva espressamente l'ipotesi inversa di impossibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria qualora si fosse già presentato il ricorso

sulla medesima materia all'Authority privacy. Ha fatto chiarezza l'art. 145 del Codice privacy che, al comma 3, ha stabilito che «La presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto». Con riguardo al rapporto tra le due forme di tutela Sez. III, n. 13151/2017, Barreca, Rv. 644405-01, in una vicenda riguardante una conversazione telefonica, automaticamente registrata per ragioni di servizio e poi riprodotta da terzi ignoti su supporto magnetico e fatta pervenire all'assessore provinciale competente in materia e ad altre autorità, nonché a diverse testate giornalistiche, (dopo che il Garante per la protezione dei dati personali aveva accertato che la raccolta e la successiva divulgazione dei dati personali erano state effettuate in violazione di legge inibendone l'ulteriore diffusione in qualsiasi forma da parte dei resistenti), affermava il principio secondo cui nel giudizio introdotto dinanzi al giudice ordinario per il risarcimento del danno asseritamente provocato dalla lesione del diritto alla riservatezza il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, che abbia accertato l'illegittimità della raccolta e della diffusione di determinati dati personali e che non sia stato opposto ai sensi degli artt. 151 e 152 del d.lgs. n. 196 del 2003 non può acquistare un'efficacia equiparabile a quella di cosa giudicata, stante la natura amministrativa dell'organo e del relativo procedimento che non pone il Garante in una posizione di terzietà assimilabile a quella assicurata dal giudice nel processo.

5. La rettificazione di sesso. Nel solco di Sez. 1, 15138/2015, Acierno, Rv. 636001-01, secondo cui, in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, e conforme alla giurisprudenza della CEDU, dell'art. 1 della legge 14 aprile 1982, n. 164, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari, Sez. 1, n. 30125/2017, Acierno, in corso di massimazione, si è pronunciata in ordine all'interpretazione dell'art. 6 della l. n. 164 del 1982. La S.C., investita della questione della natura del termine di un anno previsto nella norma citata per ottenere la rettificazione del sesso, ha affermato che detta previsione temporale non determina alcuna limitazione alla proposizione della domanda giudiziale di rettificazione dell'attribuzione di sesso da parte del soggetto che si sia sottoposto ad intervento medico chirurgico di adeguamento del sesso

prima di entrata in vigore di tale legge. Posto il carattere non necessario dell'intervento chirurgico con conseguente eventuale pretermissione dell'autorizzazione giudiziale, una diversa opzione interpretativa, determinerebbe, invero, una disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost., tra chi non sottoponendosi ad alcun intervento chirurgico, una volta accertata la definitività e l'univocità del cambiamento sessuale, otterrebbe la richiesta modifica anagrafica e chi, invece, sottopostosi ad intervento chirurgico, sia pure senza autorizzazione, si vedrebbe preclusa tale possibilità.

6. Il danno all'immagine della persona giuridica. Nei confronti della persona giuridica ed in genere dell'ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione, e fra tali diritti rientra quello relativo all'immagine, allorché si verifichi la sua lesione. In tali casi, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, e se dimostrato, è risarcibile il danno non patrimoniale costituito – come danno c.d. conseguenza – dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca. Con riguardo al riconoscimento del danno non patrimoniale, Sez. 1 n. 11446/2017, Salvago, Rv. 644074-01, nell'ambito di una vicenda corruttiva che aveva visto quali responsabili i vertici di un ente, dopo aver ritenuto che anche nei confronti della persona giuridica è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione tra cui il diritto all'immagine, ha affermato che il pregiudizio arrecato ai diritti immateriali della personalità costituzionalmente protetti, tra cui appunto quello all'immagine, può essere oggetto di allegazione e di prova anche attraverso l'indicazione degli elementi costitutivi e delle circostanze di fatto da cui desumerne, sebbene in via presuntiva, l'esistenza.

CAP. I – PERSONE E ASSOCIAZIONI

CAPITOLO II

EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(DI ROSARIA GIORDANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legittimazione attiva. – 3. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso. – 4. Istanza di prelievo come condizione di proponibilità della domanda. – 5. Procedimento monitorio e fase di opposizione. – 6. Determinazione della durata del giudizio presupposto. – 7. Durata ragionevole del procedimento. – 8. Diritto all'indennizzo. – 9. Esecuzione forzata.

1. Premessa. Il diritto all'equa riparazione per l'irragionevole durata dei processi è stato oggetto, nei suoi presupposti sostanziali e processuali, di una copiosa elaborazione nella giurisprudenza della Corte, anche nel corso del 2017, in ragione delle numerose questioni problematiche tradizionalmente poste dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, cd. Pinto, le cui disposizioni devono essere costantemente coordinate con i principi sanciti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Legittimazione attiva. Evidenzia Sez. 6-2, n. 22975/2017, Cosentino, Rv. 645571-01, che il diritto all'equa riparazione del danno non patrimoniale da irragionevole durata di un processo non può essere fatto valere in via surrogatoria, rientrando nella categoria dei diritti che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare, in quanto l'esistenza di detto danno non può essere predicata in difetto di allegazione del danneggiato.

Per altro verso, Sez. 6-2, n. 03001/2017, Petitti, Rv. 642573-01, ha ribadito che, in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo, qualora la parte sia deceduta prima della conclusione del processo presupposto, l'erede ha diritto al riconoscimento dell'indennizzo *iure proprio* soltanto per il periodo successivo alla sua costituzione in giudizio, in quanto non è possibile equiparare la posizione dello stesso al contumace, atteso che l'ineliminabile presupposto per la legittimazione all'indennizzo è la durata irragionevole del giudizio, incidente soltanto su chi è chiamato ad assumere, al suo interno, la qualità di parte.

In una prospettiva analoga si è posta Sez. 6-2, n. 00183/2017, Orilia, Rv. 642312-01, sottolineando che l'erede della parte deceduta nel corso del giudizio presupposto ha diritto all'indennizzo *iure proprio* solo dopo la notifica, nei propri confronti, dell'atto di riassunzione o

la costituzione volontaria in giudizio, in quanto, prima di tale momento, potrebbe essere del tutto all'oscuro della stessa esistenza del giudizio oppure, in ipotesi, avere rinunciato all'eredità ovvero, ancora, trovarsi nella posizione di mero chiamato, mentre, a seguito della riassunzione o della costituzione, l'erede viene formalmente coinvolto nel giudizio e ne subisce tutte le conseguenze, anche in termini di patema d'animo per la sua durata, non ostando alla liquidazione dell'indennizzo, analogamente a quanto avviene per il contumace, l'eventuale scelta di non costituirsi.

3. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.

La S.C. con Sez. 6-2, n. 00552/2017, Criscuolo, Rv. 642555-01, ha precisato che il termine semestrale di decadenza per la proposizione della domanda di equa riparazione per irragionevole durata del processo, previsto dall'art. 4 della l. n. 89 del 2001, decorre dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione che conclude il processo presupposto e, una volta spirato, non può essere riaperto, peraltro a tempo indeterminato, per effetto del ricorso per revocazione della sentenza conclusiva del processo presupposto, ai sensi dell'art. 395 n. 4 e 5 c.p.c., trattandosi di mezzo di impugnazione straordinario, non legato da "rapporto di unicità" con il giudizio di cognizione concluso con sentenza passata in giudicato.

Sulla scorta di un principio riconducibile sostanzialmente ad *eadem ratio*, Sez. 6-2, n. 00063/2017, Petitti, Rv. 642309-01, ha affermato che, in materia di equa riparazione da irragionevole durata di un processo civile, conclusosi innanzi alla S.C. con una decisione di rigetto (o inammissibilità o decisione nel merito) del ricorso, ai fini della decorrenza del termine di cui all'art. 4 della l. n. 89 del 2001 – il cui *dies a quo* è segnato dalla definitività del provvedimento conclusivo del procedimento nell'ambito del quale si assume verificata la violazione – occorre aver riguardo alla data di deposito della decisione della S.C., quale momento che determina il passaggio in giudicato della sentenza, a ciò non ostando la pendenza del termine per la revocazione, ex art. 391 *bis* c.p.c.

Su più specifica questione, Sez. 6-2, n. 00120/2017, Criscuolo, Rv. 642311-01, ha evidenziato che, in caso di irragionevole durata del giudizio contabile, la pronuncia in grado di appello della Corte dei conti assume il carattere della definitività, ai fini della proponibilità della domanda di equa riparazione, ex art. 4 della l. n. 89 del 2001, decorsi sei mesi dal suo deposito, purché, entro tale lasso temporale, non venga proposto ricorso per revocazione ordinaria ex art. 68, lett. a), del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, che, determinando una

prosecuzione del giudizio, produce l'effetto di posticipare all'esito del relativo procedimento il decorso del termine semestrale per la proposizione della domanda suddetta, essendo al contrario irrilevante, giacché assolutamente straordinario, il termine di tre anni previsto per la revocazione dall'art. 68 cit.

Sotto altro profilo, Sez. 6-2, n. 00221/2017, Petitti, Rv. 642314-01, ha affermato che, in tema di irragionevole durata della procedura fallimentare, il termine semestrale di decadenza per la proponibilità della domanda di equa riparazione decorre dalla data in cui il decreto di chiusura del fallimento non è più reclamabile in appello - ovvero, per le procedure soggette alle disposizioni di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, da quello del definitivo rigetto del reclamo, ove esperito - quale momento in cui detto decreto acquista carattere di definitività che, al contrario, difetta alla mera dichiarazione di desistenza del creditore, intervenuta nel corso del procedimento, al cui deposito, pertanto, non può ricondursi, quale *dies a quo*, il decorso del termine ex art. 4 della l. n. 89 del 2001.

4. Istanza di prelievo come condizione di proponibilità della domanda. Con riguardo all'istanza di prelievo da presentarsi nel processo amministrativo presupposto, si segnala Sez. 2, n. 26221/2017, Manna F., Rv. 656956-01, che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 2, del d. l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 3, comma 23, dell'all. 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e dall'art. 1, comma 3, lett. a), n. 6), del d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione agli artt. 6 e 46 della CEDU, nella parte in cui, relativamente ai giudizi pendenti alla data del 16 settembre 2010 e per la loro intera durata, subordina la proponibilità della domanda di equa riparazione alla previa presentazione dell'istanza di prelievo.

5. Procedimento monitorio e fase di opposizione. Ha chiarito Sez. 6-2, n. 05465/2017, Manna F., Rv. 643125-01, che, in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo, ove la domanda sia proposta successivamente alle modifiche alla l. n. 89 del 2001 introdotte dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv., con modif., dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, non occorre che il ricorso sia sottoscritto da un difensore munito di procura speciale, atteso che il nuovo testo della cd. legge Pinto non impone più tale requisito,

diversamente da quanto prevedeva l'originario art. 3, comma 2, del quale è stato riprodotto, nei novellati artt. 3, comma 1 e 5-ter, comma 2, solo il richiamo all'art. 125 c.p.c.

Con riferimento alla competenza territoriale a decidere sulla domanda di equa riparazione, Sez. 6-2, n. 17983/2017, Criscuolo, Rv. 645859-01, ha affermato che la stessa spetta al giudice individuato sulla base degli artt. 11 c.p.p. e 3, comma 1, della l. n. 89 del 2001 e che tale criterio trova applicazione anche nel caso in cui il giudizio presupposto si sia concluso a seguito di cassazione con rinvio. In quest'ultima ipotesi, per l'individuazione del giudice competente ai sensi del detto art. 3 (nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte con la l. 28 dicembre 2015, n. 208), deve farsi riferimento al luogo in cui ha sede il giudice del rinvio dinanzi al quale il giudizio presupposto si è concluso o estinto.

Quanto alla declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice adito, Sez. 6-2, n. 14059/2017, Correnti, Rv. 644615-01, ha chiarito che, in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata di un processo, ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente, nel caso di declaratoria di difetto di giurisdizione nel giudizio presupposto, il criterio di collegamento stabilito dall'art. 11 c.p.p., richiamato dall'art. 3, comma 1, della l. n. 89 del 2001, va applicato con riferimento al luogo in cui ha sede il primo giudice adito, trattandosi della prosecuzione di un unico giudizio in applicazione del principio della *translatio iudicii*.

Peraltro, Sez. 6-2, n. 03389/2017, Scarpa, Rv. 642577-01, ha precisato che, in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo, l'atto di riassunzione della causa innanzi al giudice competente non deve contenere la riproposizione di tutte le domande originariamente formulate, essendo sufficiente che lo stesso sia idoneo a manifestare la volontà di riattivare il giudizio ed a consentirne la ripresa mediante il riferimento esplicito alla precedente fase processuale, l'indicazione delle parti e di altri elementi tali da permettere l'identificazione della causa riassunta, delle ragioni della cessazione della pendenza della medesima e del provvedimento del giudice che legittima la riassunzione.

Per l'ipotesi di pronuncia di condanna, in sede monitoria, al pagamento dell'equa riparazione, Sez. 6-2, n. 07185/2017, Manna F., Rv. 643661-01, ha precisato che il termine di trenta giorni per la notifica del decreto di accoglimento della domanda decorre, sebbene l'art. 5, comma 2, della l. n. 89 del 2001, faccia riferimento al deposito, dalla data di comunicazione dello stesso alla parte istante, atteso che il comma 4 della medesima norma ne prevede la comunicazione

“altresi” al Procuratore Generale della Corte dei conti ed ai titolari dell'azione disciplinare e tenuto conto del disposto dell'art. 5 nella formulazione originaria, nonché della circostanza che, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di inefficacia ex art. 644 c.p.c., nel caso di tardività della notifica la domanda non è riproponibile ex art. 5, comma 2, della stessa l. n. 89 del 2001.

Qualora la domanda sia stata accolta soltanto in parte, rileva Sez. 6-2, n. 00187/2017, Scarpa, Rv. 642313-01, che il ricorrente è posto dinanzi all'alternativa tra la notifica di detto provvedimento, con conseguente acquiescenza alla pronuncia di rigetto parziale della domanda in esso contenuta, e la proposizione dell'opposizione ex art. 5-ter della l. n. 89 del 2001, onde ottenere il riconoscimento dei capi di domanda non accolti, senza tuttavia procedere, in tal caso, alla notificazione del ricorso e del decreto – che renderebbe improponibile l'opposizione stessa – e dovendo, piuttosto, depositare l'atto di opposizione nel termine ex art. 5-ter, comma 1, della legge citata.

Resta fermo, come sottolineato da Sez. 6-2, n. 02659/2017, Criscuolo, Rv. 642570-01, che la tardiva notifica del decreto emanato ai sensi dell'art. 3, comma 4, della stessa l. n. 89 del 2001, comporta l'inefficacia dello stesso e l'improponibilità della domanda indennitaria ex art. 5, comma 2. Tale pronuncia ha precisato che, peraltro, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del predetto sistema delineato dalla disciplina novellata, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, in quanto il ricorrente ha la possibilità di scegliere tra la proposizione dell'opposizione nel termine di cui all'art. 5-ter, e la sostanziale acquiescenza all'accoglimento parziale, che impone, tuttavia, di notificare ricorso e decreto nel termine di cui all'art. 5, comma 2.

Quanto alle preclusioni istruttorie nell'ambito delle fasi del procedimento, si segnala Sez. 6-2, n. 22704/2017, Manna F., Rv. 645563-01, per la quale, in tema di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, il ricorrente, dopo che la sua domanda è stata respinta con decreto ex art. 3, comma 6, della l. n. 89 del 2001, può produrre gli atti e i documenti mancanti nella successiva fase di opposizione di cui all'art. 5-ter della stessa legge che, per la sua natura pienamente devolutiva, non subordina l'esercizio di tale facoltà alla previa concessione, ora per allora, del termine in precedenza non assegnato ai sensi dell'art. 640, comma 1, c.p.c.

Su un piano più generale, Sez. 6-2, n. 08002/2017, Petitti, Rv. 643669-01, ha sottolineato che la proposizione di una pluralità di domande di equa riparazione da parte di soggetti che erano stati parte

del medesimo giudizio presupposto non integra, di per sé, un abuso processuale, sanzionabile ai sensi dell'art. 96 c.p.c., in quanto tale condotta difensiva può essere, in alcuni casi, giustificata dalle circostanze più varie, come, ad esempio, i tempi della dichiarazione di incompetenza da parte delle autorità giudiziarie originariamente adite, ovvero quelli di rilascio della procura speciale per la proposizione del ricorso.

6. Determinazione della durata del giudizio presupposto.

Precisa Sez. 6-2, n. 00839/2017, Petitti, Rv. 642558-01, che la previsione di cui all'art. 2, comma 2 *quater*, della l. n. 89 del 2001, secondo cui dalla durata del giudizio presupposto deve essere sottratto il lasso di tempo durante il quale questo è rimasto sospeso per essere stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, non è estensibile, puramente e semplicemente, ai casi in cui una siffatta questione, sollevata in altro giudizio, sia ritenuta rilevante nel giudizio presupposto, occorrendo, a tal fine, che venga disposta la sospensione di quest'ultimo.

Sez. 6-2, n. 05768/2017, Abete, Rv. 643259-01, ha affermato, poi, che, in tema di equa riparazione, va escluso dalla durata del processo esecutivo il periodo in cui esso resta sospeso ex art. 624 c.p.c., atteso, da un lato, che l'ampiezza della formula dell'art. 2, comma 2 *quater*, della l. n. 89 del 2001, include nella sua previsione, oltre a quella regolata dall'art. 295 c.p.c., anche tale ipotesi di sospensione, e, dall'altro, che quest'ultima si correla ai rimedi oppositivi ex artt. 615 e 619 c.p.c., i quali, rispetto alla vicenda esecutiva cui ineriscono e che li occasiona, conservano un'indubitabile autonomia strutturale, sicchè la parte, che ritenga di aver subito un pregiudizio anche per la loro eccessiva durata, deve azionare due differenti pretese - pur cumulabili nello stesso ricorso, ex art. art. 104 c.p.c. - volte a conseguire l'indennizzo per l'irragionevole durata, rispettivamente, del processo di esecuzione e di quello, distinto ed autonomo, di opposizione all'esecuzione.

Per altro verso, Sez. 2, n. 13656/2017, Scarpa, Rv. 644467-01, ha ritenuto che, in tema di equa riparazione ai sensi della l. n. 89 del 2001, ai fini della determinazione della ragionevole durata del processo, la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento che ad essa eventualmente consegue non possono, diversamente dall'ipotesi di concordato fallimentare proposto in corso procedura fallimentare - in virtù del collegamento strutturale in tale ultimo caso esistente tra l'uno e l'altra - essere considerate

unitariamente, essendo le predette procedure distinte tra loro, anche laddove tra di esse si verifichi una consecuzione.

7. Durata ragionevole del procedimento. Ribadisce Sez. 2, n. 25606/2017, Manna F, Rv. 645946-01, che la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo non discende, come conseguenza automatica, dall'essere stati disposti rinvii della causa di durata eccedente i quindici giorni, ma dal superamento della durata processuale ragionevole in termini complessivi, in rapporto ai parametri di ordine generale fissati dall'art. 2 della l. n. 89 del 2001.

8. Diritto all'indennizzo. In tema di equa riparazione, poiché ai sensi dell'art. 2 della l. n. 89 del 2001, il danno non patrimoniale è una conseguenza di tipo oggettivo derivante dalla durata irragionevole del processo che lede il diritto ad un procedimento giurisdizionale che si svolga nei tempi ragionevoli, prescritti dalla Costituzione e dalla CEDU, con conseguente perdita dei vantaggi personali conseguibili da una sollecita risposta del servizio giustizia, Sez. 6-2, n. 02028/2017, Picaroni, Rv. 642567-01, ha precisato che lo stesso deve essere riconosciuto anche per il periodo durante il quale il danneggiato, a causa della giovane età, non aveva esatta consapevolezza della vicenda giudiziaria.

Ha ritenuto Sez. 2, n. 12696/2017, Scarpa, Rv. 644214-01, che, ai fini della liquidazione dell'equa riparazione da irragionevole durata di un giudizio di scioglimento di comunione ereditaria (in fattispecie cui non sia applicabile, *ratione temporis*, l'art. 2 *bis* della l. n. 89 del 2001), può ritenersi congrua, nei limiti del controllo di legittimità, la quantificazione dell'indennizzo nella misura solitamente riconosciuta per i giudizi amministrativi o fallimentari protrattisi oltre dieci anni, rapportata su base annua a circa euro 500,00, dovendosi riconoscere al giudice il potere, avuto riguardo alle peculiarità del caso concreto, di discostarsi dagli ordinari criteri di liquidazione, dei quali deve dare conto in motivazione.

Per altro verso, ha sottolineato Sez. 6-2, n. 02995/2017, Petitti Rv. 642572-01, che, in materia di equa riparazione per irragionevole durata del processo amministrativo, è legittima la liquidazione di un indennizzo inferiore alla soglia minima (pari ad € 500,00 per anno) ove tale riduzione sia motivata dalla specifica natura e rilevanza dell'oggetto del giudizio (ed, in particolare, dall'aleatorietà della domanda, dalla natura collettiva della controversia e dall'entità della posta in gioco), nonché dal comportamento processuale delle parti

(stante la presentazione dell'istanza di prelievo a distanza di molti anni dal deposito del ricorso).

Su un piano più generale, Sez. 6-2, n. 04283/2017, Abete, Rv. 643123-01, ha ribadito che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 *bis*, comma 3, della l. n. 89 del 2001, per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto tale norma, come chiarito anche da Corte cost. 12 dicembre 2014. n. 280, si deve intendere nel senso che il valore del diritto accertato in giudizio dall'attore costituisce un dato oggettivo che non muta in ragione della posizione che la parte aveva nel processo presupposto.

Quanto all'insussistenza del diritto all'indennizzo, ha evidenziato Sez. 6-2, n. 00665/2017, Picaroni, Rv. 642556-01, che l'infondatezza della domanda nel giudizio presupposto non è, di per sé, causa ostativa al riconoscimento dello stesso, all'uopo occorrendo che di tale infondatezza la parte abbia consapevolezza, originaria - allorché proponga una lite temeraria - o sopravvenuta, - ma prima che il processo superi il termine di durata ragionevole - come nel caso di consolidamento di un orientamento giurisprudenziale sfavorevole, di dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata a fondamento della pretesa o di intervento legislativo di precisazione, in senso riduttivo, della portata della norma invocata.

Resta fermo, per altro verso, come sottolineato da Sez. 6-2, n. 24190/2017, Manna F, Rv. 645589-01, che l'indennizzo per irragionevole durata del processo, stante il carattere non tassativo dell'elenco di cui all'art. 2, comma 2 *quinquies*, della l. n. 89 del 2001, può essere negato a chi abbia agito o resistito temerariamente nel giudizio presupposto, anche in assenza di un condanna, all'esito dello stesso, per responsabilità aggravata, potendo il giudice del procedimento di equa riparazione, già prima della novella apportata dalla l. n. 208 del 2015, autonomamente valutare tale temerarietà, come evincibile dalla lett. f) dello stesso art. 2, comma 2-*quinquies* cit., che attribuisce carattere ostativo ad ogni altra ipotesi di abuso dei poteri processuali.

9. Esecuzione forzata. E' stato chiarito da Sez. 6-2, n. 25068/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, che, poiché passivamente legittimato rispetto alle azioni esecutive volte a recupero di crediti derivanti dalla liquidazione dell'indennizzo per irragionevole durata del processo è il Ministero della Giustizia, ex art. 5 *quater*, comma 2 *bis*, della l. n. 89 del 2001, introdotto dall'art. 55, comma 2, del d.l. n. 83 del 2012, di interpretazione autentica dell'art.

1, comma 1225, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, che tale legittimazione aveva invece conferito al Ministero dell'Economia e delle Finanze, ne deriva che, trattandosi di norma avente efficacia retroattiva ed applicabile, pertanto, alle azioni in corso, ove sulla base della previgente disciplina sia stata intrapresa una procedura esecutiva nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, ancora pendente al momento dell'entrata in vigore del cit. art. 5 *quater*, va rigettato l'intervento in essa, fondato su un titolo ottenuto nei confronti del Ministero della Giustizia.

CAPITOLO III

I DIRITTI DEGLI IMMIGRATI

(DI ANNA MAURO)

SOMMARIO: 1. I diritti civili dello straniero. – 2. Il sistema di protezione internazionale dell'extracomunitario. – 3. La tutela della coesione familiare ed il ricongiungimento familiare. – 4. L'espulsione dell'extracomunitario ed il sindacato del giudice ordinario. – 5. Proroga del trattenimento dello straniero in un centro di permanenza per il rimpatrio. – 6. Aspetti processuali.

1. I diritti civili dello straniero. La S.C., nel 2017, come già avvenuto negli anni precedenti, si è più volte pronunciata sul tema dei diritti civili degli stranieri. In tema di tutela del diritto alla salute, Sez. 6-1, n. 06000/2017, Ragonesi, Rv. 644266-01, ha ribadito che la garanzia del diritto fondamentale alla salute non consente l'immediata esecuzione del provvedimento di espulsione dell'extracomunitario nel caso in cui questi potrebbe subirne un danno irreparabile. La S.C. ha chiarito che siffatta garanzia comprende non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza, ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita, sicché il giudice, richiesto di confermare il provvedimento di espulsione, ha l'obbligo di verificare che la patologia di cui soffre lo straniero non costituisca ostacolo all'esecuzione del provvedimento di allontanamento.

In tema di riconoscimento del diritto alla cittadinanza italiana, Sez.1, n. 19428/2017, Genovese, Rv. 645179-03, partendo dalla premessa che il diritto al riconoscimento della cittadinanza ha natura permanente ed imprescrittibile, ha stabilito che i figli di una donna italiana, che abbia sposato uno straniero e stabilito la propria residenza all'estero, perdono la cittadinanza italiana, ai sensi dell'art. 12, comma 3, della legge 13 giugno 1912 n. 555, applicabile *ratione temporis*, esclusivamente nel caso in cui la madre, a seguito del matrimonio, abbia, ai sensi dell'art. 11 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, rinunciato spontaneamente e volontariamente alla cittadinanza italiana, senza che tale rinuncia – alla luce delle sentenze della Corte cost. 16 aprile 1975, n. 87 e 9 febbraio 1983, n. 30, – possa costituire la mera conseguenza dell'acquisto della cittadinanza del coniuge straniero (ex art. 10 della l. n. 555 del 1912) ovvero di una "volontà" abdicativa non liberamente determinata (ex art. 8 della l. n. 555 del 1912) Nella specie si trattava della domanda di riconoscimento della cittadinanza italiana proposta da due cittadini egiziani, figli di madre italiana che aveva rinunciato alla cittadinanza, ma solo per

ottemperare al disposto della legge egiziana che esigeva, per consentire il matrimonio di una straniera con un cittadino di professione militare, la rinuncia alla cittadinanza di origine e la conversione al credo musulmano. Nella medesima sentenza (Rv. 645179-02) la Corte ha affermato che il giudice di merito deve utilizzare ogni strumento e attivare i poteri officiosi d'informazione al fine di superare i dubbi afferenti alla registrazione dello stato civile estero.

In tema di apolidia e di onere della prova, Sez. I, n. 28153/2017, Acierno, in corso di massimazione, ha stabilito che nei giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento dello *status* di apolide, il richiedente è tenuto ad allegare specificatamente di non possedere la cittadinanza dello Stato o degli Stati con cui intrattenga o abbia intrattenuto legami significativi e di non essere nelle condizioni giuridiche e/o fattuali di ottenerne il riconoscimento operando l'obbligo di cooperazione istruttoria officiosa del giudice del merito soltanto al fine di colmare lacune probatorie derivanti dalla necessità di conoscere specificatamente i sistemi normativi o procedurali riguardanti la cittadinanza negli Stati di riferimento e di assumere informazioni o svolgere approfondimenti istruttori presso le autorità competenti.

Ancora in materia di riconoscimento del diritto di cittadinanza italiana, Sez. I, n. 12380/2017, Acierno, Rv. 644317-01, ha affermato che, nel caso in cui la domanda sia proposta dal figlio di stranieri al compimento della maggiore età, la verifica dei requisiti per il riconoscimento di siffatto diritto comporta che debba essere accertata la residenza ininterrotta in Italia del richiedente fin dalla nascita, applicandosi, però, non il criterio della residenza anagrafica, bensì quello della residenza effettiva, che può essere dimostrata con ogni idonea documentazione.

2. Il sistema di protezione internazionale dell'extracomunitario. In tema di protezione sussidiaria, Sez. 6-1, n. 16356/2017, Acierno, Rv. 644807-01, nel solco della precedente giurisprudenza della S.C, ha ribadito che il diritto alla protezione sussidiaria non può essere escluso dalla circostanza che a provocare il danno grave per il cittadino straniero siano soggetti privati, qualora nel paese d'origine non vi sia un'autorità statale in grado di fornire adeguata ed effettiva tutela. Il giudice, conseguentemente, ha il dovere di effettuare una verifica officiosa sull'attuale situazione di quel paese e, quindi, sull'eventuale inutilità di una richiesta di protezione alle autorità locali.

Anche Sez. 6-1, n. 23604/2017, Lamorgese, in corso di massimazione., nel caso di una cittadina pachistana, accusata dal proprio datore di lavoro di blasfemia perché di religione cattolica, ha ritenuto che, ai fini della concessione della protezione sussidiaria, non abbia rilevanza che le minacce provengano da agenti privati, potendosi ravvisare il rischio effettivo di un grave danno, nel caso di rientro dello straniero nel proprio paese di origine, anche nelle situazioni in cui il paese di provenienza non sia in grado di offrire una protezione effettiva e non temporanea e apprestare adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori. La pronuncia ha, quindi, precisato, conformemente a quanto già costantemente affermato in passato, che il giudice adito, nel valutare le dichiarazioni del richiedente la protezione internazionale, deve considerare se la parte abbia realizzato ogni apprezzabile sforzo per circostanziare la domanda e prodotto gli elementi pertinenti in suo possesso.

In linea con tali principi si pone anche Sez. 6-1, n. 26921/2017, Lamorgese, in corso di massimazione, che, nel decidere sull'opposizione avverso la sentenza del giudice di secondo grado che aveva rigettato la domanda di protezione internazionale avanzata da un cittadino nigeriano, il quale aveva riferito di temere per la propria vita nel caso di rientro nel paese di origine essendo stato minacciato dalla famiglia di un giovane, con cui aveva avuto un rapporto sessuale a pagamento, ha rimarcato il principio secondo cui è compito dell'autorità amministrativa e del giudice, chiamato a pronunciarsi su impugnazioni di decisioni negative della Commissione territoriale, svolgere un ruolo attivo nell'istruzione della domanda, disancorato dal principio dispositivo proprio del giudizio civile ordinario, libero da preclusioni o impedimenti processuali e volto ad accertare la situazione reale del paese di provenienza mediante l'esercizio di poteri-doveri officiosi d'indagine e l'acquisizione di informazioni aggiornate sul paese di origine del richiedente la protezione. La S.C. ha, quindi, precisato che la valutazione di credibilità delle dichiarazioni del richiedente non deve essere compiuta sulla base della mera mancanza di riscontri oggettivi, ma in modo unitario, alla stregua di tutti i criteri indicati nell'art. 3, comma 5, del decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251, tenendo anche conto della situazione individuale e della circostanze personali del richiedente, con riguardo alla sua condizione sociale ed all'età e non può essere esclusa sulla base di mere discordanze o contraddizioni su aspetti secondari o isolati quando non si ritiene insussistente l'accadimento.

Sez. 6-1, n. 18128/2017, Genovese, Rv. 645058-01, ha quindi affermato che gli artt. 4, par. 3, e 13, par. 13, lett. a, della direttiva

2005/85/CE del Consiglio devono essere interpretati nel senso che le autorità nazionali che procedono in ordine alle istanze di protezione internazionale non possono considerare mancanti di credibilità i richiedenti asilo per il solo motivo che l'asserito orientamento sessuale non venga fatto valere alla prima occasione concessa per esporre i motivi della persecuzione, dovendo, invece, tener conto delle peculiarità del caso, dell' estrazione sociale e delle esperienze di vita, del sesso e dell'età dei richiedenti, nonché del contesto sociale di provenienza e delle caratteristiche individuali delle persone esaminate.

Nell'ambito dei trattamenti inumani e degradanti considerati dall'art. 14, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007 che impongono il riconoscimento della protezione sussidiaria, Sez. 6-1, n. 12333/2017, De Chiara, Rv. 644272-01, ha cassato con rinvio la sentenza della corte d'appello che, valorizzando elementi quali la condanna del marito, l'ottenimento del divorzio e l'appoggio della famiglia di origine, non aveva riconosciuto la protezione sussidiaria ad una cittadina marocchina, vittima di abusi e violenze – proseguiti anche dopo il divorzio – da parte del coniuge, punito dalla giustizia marocchina con una blanda sanzione penale. La S.C. , invece, ha ritenuto, che, in virtù degli artt. 3 e 60 della Convenzione di Istanbul dell'11.5.2011, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, anche tale forma sia riconducibile nell'ambito dei trattamenti inumani e degradanti considerati dalla legge ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria.

Con riferimento all'onere della prova gravante sullo straniero che teme una minaccia grave per la propria vita derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale, Sez 6-1, n. 18130/2017, Genovese, Rv 645059-01, ha stabilito che lo straniero non deve fornire la prova di essere interessato in modo specifico dalla violenza, potendosi riconoscere la protezione sussidiaria anche solo quando il grado di violenza indiscriminata, che caratterizza il conflitto armato in corso, raggiunga un livello così elevato da far ritenere presumibile che il ritorno dell'extracomunitario nel paese di provenienza lo sottoponga, per la sola presenza sul territorio, al rischio di subirne concretamente gli effetti.

Per Sez. 6-1, n. 25083/2017, De Chiara, in corso di massimazione, il giudice, chiamato a decidere sulla domanda di protezione sussidiaria, deve farsi carico di accertare siffatta situazione eccezionale essendo possibile e doveroso acquisire, ai sensi dell'art. 8, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, tutte le

informazioni elaborate dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo sulla base dei dati forniti dall' ACNUR, dal Ministero degli affari esteri anche con la collaborazione di altre agenzie ed enti di tutela dei diritti umani operanti al livello nazionale.

Sez. 6-1, n. 14028/2017, Lamorgese, Rv. 644611-01, ha ritenuto, conformemente alla precedente giurisprudenza, che il diritto alla protezione sussidiaria non possa essere concesso, ai sensi dell'art.16, comma 1, lett. b, del d.lgs n. 251 del 2007, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. i), n.1, del decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 18, a chi abbia commesso un reato grave al di fuori del territorio nazionale. La S.C. ha affermato, quindi, che tale causa ostativa, in quanto condizione dell'azione, può essere accertata anche alla data della decisione e rilevata d'ufficio dal giudice, anche d'appello, quando essa risulti dagli atti del giudizio o dalle dichiarazioni di parte, potendo l'autorità giudiziaria, alla luce del citato parametro normativo che non predetermina le ipotesi di "gravità", valutare in concreto e senza automatismi i fatti criminosi e la loro pericolosità.

Con riguardo alla protezione umanitaria, la già menzionata Sez. 6-1, n. 23604/2017, Lamorgese, in corso di massimazione, ha affermato che siffatta misura è atipica e residuale, precisando che essa copre situazioni da individuarsi caso per caso, nelle quali, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento dello "status" di rifugiato o della protezione sussidiaria, non può comunque disporsi l'espulsione in considerazione della situazione di vulnerabilità in cui si trovi il richiedente.

Sez. U, n. 05059/2017, Giusti, Rv. 643118-01, ha stabilito che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione del provvedimento del questore di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari, richiesto ex art. 5, comma 6 del d.lgs. n. 286 del 1998, all'esito del rigetto, da parte della Commissione territoriale competente, della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, in quanto nel quadro delineato dall'art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008, di attuazione della direttiva 2005/85/CE, le Commissioni territoriali sono espressamente tenute, quando non accolgono la domanda di protezione internazionale, a valutare, per i provvedimenti di cui al citato art. 5, comma 6, le conseguenze del rimpatrio alla luce degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali, mentre al questore non è più attribuita alcuna discrezionalità valutativa in ordine all'adozione dei provvedimenti riguardanti i permessi umanitari; sussiste, quindi, in tali casi, la giurisdizione del giudice ordinario in quanto la situazione soggettiva dello straniero ha natura

di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 Cost. e dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, non degradabile ad interesse legittimo per effetto delle valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, cui può demandarsi solo l'accertamento dei presupposti di fatto legittimanti la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo riservato al legislatore il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate.

Con riferimento ai minori stranieri non accompagnati entrati illegalmente in Italia, Sez. 6-1, n. 10212/2017, Scaldaferrì, Rv. 643978, dopo aver precisato che i suddetti minori hanno diritto alla nomina di un tutore provvisorio in modo che essi possano esercitare adeguatamente i propri diritti di richiedere la protezione internazionale e domandare il rilascio del permesso di soggiorno, ha chiarito che, ai sensi dell'art. 19, comma 5, della l. n. 142 del 18 agosto 2015, la competenza per la nomina del tutore provvisorio appartiene al giudice tutelare del luogo ove si trova la struttura di prima accoglienza, mentre è competente il tribunale per i minorenni quando è pendente un procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità.

3. La tutela della coesione familiare e il ricongiungimento familiare. Sez. 6-1, n. 18689/2017, Mercolino, Rv.645470-02, ha ribadito il principio secondo cui l'art. 13, comma 2 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 – nel disporre che, qualora debba adottarsi, ai sensi del comma 2, lett. a) e b) della medesima disposizione, un provvedimento di espulsione nei confronti o dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto, occorre tenere conto anche della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale, nonché dell'esistenza dei legami familiari, culturali o sociali con il suo paese di origine – tende a salvaguardare il diritto alla vita familiare dello straniero purché esso non contrasti con gli interessi pubblici.

Nella medesima sentenza (Rv. 645470-01) è stato anche affermato il principio secondo cui lo straniero extracomunitario, figlio di cittadino italiano, ma non compreso tra i familiari di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 30 del 2007 (nella specie ultraventunenne e non a carico del genitore), soggiace ai fini della concessione del permesso di soggiorno per coesione familiare, al regime di cui all'art. 19, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 286 del 1998, che postula l'accertamento della convivenza effettiva tra il richiedente e il titolare della cittadinanza

italiana, requisito divenuto irrilevante solo nel contesto della richiamata disciplina del 2007.

Sez. 6-1, n. 06666/2017, Bisogni, Rv. 643648-01, nell'individuare i limiti del divieto di espulsione per coesione familiare, ha ritenuto che tale divieto non operi qualora, per ragioni di pericolosità sociale, sia stato revocato il titolo di soggiorno dello straniero, anche se fondato sulla medesima condizione soggettiva produttiva dell' inespellibilità (come il matrimonio con cittadina italiana). Nella medesima sentenza, la S.C. ha precisato che, come si desume dall'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2007, il suddetto divieto non opera anche in ipotesi di comportamenti della persona che rappresentino una minaccia concreta ed attuale tale da pregiudicare l'ordine e la sicurezza pubblica, secondo un giudizio che il giudice di merito deve effettuare in concreto, senza ricorrere ad automatismi sulla base dei precedenti penali, ma valutando, ad esempio, la rilevanza dei reati accertati, l'eventuale condizione di disoccupazione, il comportamento tenuto nelle occasioni in cui lo straniero ha dichiarato false generalità.

Sez. I, n. 28157/2017, Acierno, in corso di massimazione., in linea con siffatti principi, nel chiarire che in materia di opposizione al provvedimento di espulsione dello straniero, il giudice è tenuto unicamente a controllare l'assenza del permesso di soggiorno perché non richiesto, revocato, annullato o negato per mancata tempestiva richiesta di rinnovo, mentre è escluso ogni sindacato sulla sussistenza dei presupposti per l'ottenimento dello stesso, ha precisato, però, che quando viene in rilievo il diritto all'unità familiare, occorre considerare la natura e l'effettività dei vincoli familiari dello straniero la cui tutela non è incondizionata, dovendosi ritenere prevalenti i fini della sicurezza nazionale, del benessere economico del paese, della difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati, della protezione della salute e della morale e della protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Sez. 6-1, n. 26710/2017, Acierno, in corso di massimazione, richiamando i principi già da tempo chiariti dalle Sez. U. della Corte, ha precisato che la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore del minore, prevista dall'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico di quest'ultimo, in mancanza di specifiche allegazioni al riguardo, non può essere concessa sulla base della sola mera indicazione della necessità di entrambe le figure genitoriali e del disagio del minore che consegue ad un suo rimpatrio o all'allontanamento di un genitore occorrendo, come già in precedenza precisato dalle Sez. U, la sussistenza di qualsiasi danno purché effettivo, concreto, percepibile

ed obiettivamente grave, in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico che derivi o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.

Sez. I, n. 28154/2017, Acierno, in corso di massimazione, nel solco di precedenti decisioni, dopo avere rilevato che la *kafalah* convenzionale, prevista in alcuni ordinamenti giuridici che si ispirano all'insegnamento del Corano, è un istituto di protezione familiare, con caratteri comuni all'affidamento previsto nell'ordinamento nazionale, che prescinde dallo stato di abbandono del minore e che si realizza mediante un negozio stipulato tra la famiglia di origine e quella di accoglienza, ha ritenuto che, essendo tale istituto finalizzato a far godere al minore migliori condizioni di vita, salvaguardando il rapporto con i genitori, esso non contrasta con i principi dell'ordine pubblico italiano e neppure con quelli della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo che riconosce espressamente, quale istituto di protezione del minore, la sola *kafalah* giudiziale. La S.C. ha quindi affermato il diritto di un cittadino italiano ad ottenere il rilascio di un visto per il ricongiungimento familiare richiesto dal medesimo in favore di un minore extracomunitario, affidatogli in Marocco in regime di *kafalah* in forza di un accordo negoziale omologato dal giudice del paese di provenienza del minore.

4. L'espulsione dell'extracomunitario ed il sindacato del giudice ordinario. Numerose decisioni della Corte hanno dettato indicazioni precise in ordine alle garanzie da riservarsi all'extracomunitario nel caso di espulsione dello stesso dal territorio dello Stato.

Sez. 6-1, n. 19689/2017, Di Marzio M, Rv. 645473-01, nel solco della precedente giurisprudenza, ha ritenuto illegittimo il decreto di espulsione dello straniero emesso dal vice-prefetto aggiunto, in assenza di delega del prefetto, e ha ritenuto, comunque, che sia obbligo del giudice, che rilevi d'ufficio la mancanza di delega, sollecitare il contraddittorio sul punto prima di procedere all'annullamento del decreto.

Sez. 6-1, n. 28330/2017, Sambito, in corso di massimazione, ha, quindi, affermato la legittimità del provvedimento di espulsione dello straniero reso dal vice-prefetto aggiunto a ciò delegato dal vice-prefetto vicario, in quanto la previsione di tre distinte figure professionali della carriera prefettizia (prefetto, vice-prefetto vicario e vice-prefetto aggiunto), ciascuna titolare di proprie attribuzioni, non esclude la facoltà di delega al compimento di singoli atti, rientranti

nelle attribuzioni del delegante, al funzionario delegato, mentre non ha rilevanza alcuna che tale funzione non sia ricompresa nelle attribuzioni proprie del delegato.

Sez. I, n. 28157/2017, Acierno, in corso di massimazione., ha affermato, nel solco di precedenti conformi decisioni, che nel nostro sistema, il rimpatrio del cittadino straniero, che sia entrato o soggiorni irregolarmente nel nostro paese, si compone di due fasi che terminano con due provvedimenti diversi a natura vincolata, resi da due diverse autorità (l'espulsione il Prefetto; le misure attuative il Questore) e che si fondano su requisiti del tutto autonomi e non sovrapponibili, con la conseguenza che l'eventuale illegittimità del provvedimento prefettizio non comporta l'automatica caducazione dei provvedimenti del questore.

In tema di ricorso avverso il provvedimento di espulsione disposto ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998, Sez. 6-1, n. 21099/2017, Acierno, Rv. 645746-01, in linea di continuità con altre precedenti decisioni, ha ribadito che il controllo giurisdizionale deve avere ad oggetto il riscontro dell'esistenza dei presupposti di appartenenza dello straniero ad una delle categorie di pericolosità sociale normativamente indicate (art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, così come sostituito dall'art. 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, e art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, cd. legge "antimafia", come sostituito dall'art. 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646, riferimenti da intendersi ora relativi alle corrispondenti disposizioni approvate con decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159); nel compimento di tale riscontro, il giudice di pace, che ha poteri di accertamento pieni e non già limitati da un'insussistente discrezionalità dell'amministrazione, deve tenere conto del carattere oggettivo degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni, dell'attualità della pericolosità e deve necessariamente effettuare un esame globale della personalità del soggetto, quale risulta da tutte le manifestazioni sociali della sua vita.

Sez. 6-1, n. 26118/2017, De Chiara, in corso di massimazione, ha affermato che al giudice investito dell'impugnazione del provvedimento di espulsione non è consentita alcuna valutazione sulla legittimità del provvedimento del questore che abbia rifiutato, revocato o annullato il permesso di soggiorno ovvero ne abbia negato il rinnovo poiché, come ritenuto già da consolidata giurisprudenza della S:C., tale sindacato spetta esclusivamente al giudice amministrativo, la cui decisione non costituisce un antecedente logico della decisione sul decreto di espulsione.

In tema di garanzie del procedimento e del processo che si svolge nei confronti dell'extracomunitario, Sez.6-1, n. 18123/2017, Terrusi, Rv. 645055-01, ha stabilito che l'omessa traduzione del decreto di espulsione nella lingua conosciuta dallo straniero o in quella cd. veicolare comporta la nullità del provvedimento espulsivo, tranne che lo straniero conosca la lingua italiana e di tale circostanza venga fornita prova, anche presuntiva. E' stato, quindi, ritenuto che l'attestazione, contenuta nella relata di notificazione del decreto, della dichiarazione dello straniero di conoscere la lingua italiana costituisce prova della relativa circostanza, atteso il carattere fidefacente della relata quanto all'effettività della dichiarazione.

Sempre in tema di nullità del provvedimento amministrativo per omessa traduzione in una lingua conosciuta dall'interessato o in una delle lingue cd. veicolari, Sez. 6-1, n. 07385/2017, Scaldaferrì, Rv. 643652-01, ha chiarito che il giudice adito non è esonerato dall'obbligo di esaminare il merito della domanda in quanto l'oggetto della controversia non è il provvedimento negativo, ma la sussistenza o meno del diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata, sulla quale comunque il giudice deve statuire non rilevando in sé la nullità del provvedimento, ma solo eventuali conseguenze di essa sul pieno dispiegarsi del diritto di difesa. Sez. I, 25158/2017, Falabella, in corso di massimazione, nel ricordare che in tema di espulsione dello straniero vengono in rilievo i diritti soggettivi dello stesso, ha ribadito, nel solco di precedenti decisioni già adottate sul punto, che il giudice deve motivare il provvedimento, pur se reso all'esito di un procedimento camerale, e che l'omessa motivazione è causa di nullità del provvedimento medesimo proprio perché esso concerne i diritti soggettivi della parte.

5. Proroga del trattenimento dello straniero in un centro di permanenza per il rimpatrio. Il decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, recante Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, convertito nella legge 13 aprile 2017, n. 46, contiene una serie di misure volte ad incidere, anche sul piano ordinamentale, nella materia del controllo e della repressione del fenomeno migratorio, e ha introdotto numerose novità che riguardano, tra l'altro, il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, della cittadinanza italiana e dello status di apolide; esso, inoltre, ha anche provveduto a ridenominare i centri di identificazione ed espulsione (CIE) in centri di permanenza per il rimpatrio.

La S.C., ovviamente, non ha ancora conosciuto delle impugnazioni dei provvedimenti resi all'esito dei procedimenti disciplinati dalle recenti disposizioni (si ricorda che il decreto del tribunale emesso all'esito del processo di primo grado non è più appellabile, ma solo ricorribile in cassazione) e quindi, in questa sede, può darsi conto solo della nuova denominazione dei centri di accoglienza.

Quanto alla proroga del trattenimento nei predetti centri, deve sottolinearsi che essa incide in modo significativo sulla libertà personale dello straniero e, quindi, deve essere adottata nel pieno rispetto delle garanzie costituzionali. Il provvedimento di proroga del trattenimento in un CIE, per Sez. 6-1, n. 03298/2017, Genovese, Rv. 643361-01, deve essere disposto, a pena di nullità, nel termine di quarantotto ore dalla richiesta del questore, imponendo gli strumenti internazionali e comunitari (oltre che la legge nazionale) che il giudice, nel termine menzionato, debba motivare in ordine alla necessità di tale eccezionale misura limitativa della libertà personale, anziché di quelle alternative previste dalla legge, in rapporto alla delibazione della richiesta di protezione internazionale.

Questo principio, che si pone in linea di continuità rispetto a più risalenti decisioni che si fondano tutte sull'assunto che il trattenimento dello straniero costituisce una misura di privazione della libertà personale da considerarsi legittima solo in presenza delle condizioni previste dalla legge e del rigido rispetto dei termini ivi stabiliti, è in contrasto con altro meno recente indirizzo interpretativo (Sez. 6-1, n. 7158/2016, De Chiara, Rv. 639310-01) secondo cui, ai fini della tempestività della proroga del trattenimento in un CIE, è sufficiente che essa sia disposta nel termine originario di scadenza del trattenimento, mentre il decorso, tra la corrispondente richiesta e la proroga da parte del giudice, di un tempo superiore alle quarantotto ore, non ne inficia la validità non ponendosi alcuna esigenza di rispetto dell'art. 13, comma 3, Cost. in quanto il giudice non interviene per convalidare un provvedimento restrittivo già emesso dal questore, ma emette egli stesso il provvedimento restrittivo che il questore si limita a richiedergli.

Inserendosi nel solco di un consolidato orientamento, deve essere poi ricordata Sez. 6-1 n. 26803/2017, Genovese, in corso di massimazione secondo cui, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 25 del 2008, nel procedimento di convalida del trattenimento in un centro di permanenza per il rimpatrio, le garanzie del contraddittorio, consistenti nella partecipazione necessaria del difensore e nell'audizione dell'interessato, trovano applicazione senza che sia

necessaria la richiesta dell'interessato di essere sentito; la S.C. ha, quindi, affermato il principio che viene violato il diritto di difesa dello straniero qualora questi, pur chiedendolo, non venga accompagnato davanti al giudice della convalida in ragione di trattamenti di semplice profilassi (nella specie, antiscabia) che non costituiscano pericoli per la salute pubblica.

Costituisce principio anch'esso consolidato nella giurisprudenza della S.C., quello ribadito da Sez. 1, n. 28155/2017, Acierno, in corso di massimazione, secondo cui la mancanza del passaporto o di altro documento valido per l'espatrio impedisce l'adozione delle misure alternative al trattenimento e la concessione di un termine per la partenza volontaria in luogo dell'accompagnamento coattivo alla frontiera che, intanto può essere concesso, in quanto, tra l'altro, non sussista il rischio di fuga desumibile anche dalla mancanza di passaporto o di altro documento equipollente.

Sez. 6-1, n. 11299/2017, Acierno, Rv 644609-01, ha poi contribuito a cristallizzare il principio secondo cui, ex art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 25 del 2008, è competente il tribunale in composizione monocratica e non il giudice di pace, a provvedere sulla proroga del trattenimento del cittadino extracomunitario in un centro di identificazione ed espulsione ove sia ancora pendente il termine per l'impugnazione del diniego di protezione internazionale reso dalla Commissione territoriale, chiarendo che la soluzione non muta nell'ipotesi in cui lo straniero sia stato attinto da provvedimento di espulsione e trattenuto presso un centro di identificazione ed espulsione in attesa di essere rimpatriato, non trovando applicazione, nella specie, la sospensione automatica dell'efficacia esecutiva del provvedimento di rigetto della Commissione Territoriale.

Sempre in tema di proroga del trattenimento dello straniero in un CIE, Sez. 6-1, n. 17417/2017, Di Virgilio, Rv. 644939-01, ha ritenuto, in considerazione del forte flusso migratorio che da tempo interessa l'Italia, la legittimità della richiesta di proroga del trattenimento da parte della questura a causa delle difficoltà incontrate nel completamento della procedura di identificazione della persona interessata nonché la legittimità della concessione da parte dell'autorità giudiziaria della proroga richiesta prima dello scadere del primo periodo, poiché la proroga dopo la scadenza sarebbe richiesta senza alcun titolo giuridico supportante la proroga medesima.

6. Aspetti processuali. La S.C. ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti processuali che riguardano sia i procedimenti di

riconoscimento della protezione internazionale, sia quelli di convalida del provvedimento di espulsione, sia quelli di proroga del trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza per il rimpatrio.

Sez. 6-1, n. 26406/2017, De Chiara, in corso di massimazione, ha precisato che, in tema di protezione internazionale, in forza dell'art. 19, comma 2, decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, modificato dall'art. 27 decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, applicabile *ratione temporis* con riferimento alla data di presentazione della domanda, è competente a decidere del ricorso avverso il diniego di protezione internazionale pronunciato dalla Commissione territoriale, il tribunale in composizione monocratica che ha sede nel capoluogo di distretto della corte di appello in cui è situato il Centro di identificazione od accoglienza o la struttura governativa o la struttura del sistema di protezione nel quale il richiedente una misura di protezione internazionale si trova alla data di deposito del ricorso e non il tribunale nel cui circondario si trova la sede della Commissione che ha pronunciato il provvedimento impugnato.

Sez. 6-1, n. 18124/2017, Terrusi, Rv. 645056-01 e Sez. 6-1, n. 24938/2017, De Chiara, in corso di massimazione, hanno entrambe chiarito che, nel caso di ricorso avverso il provvedimento di espulsione dello straniero, la procura al difensore deve essere rilasciata davanti ad un funzionario della rappresentanza consolare o diplomatica solo ove il ricorrente si trovi all'estero e il ricorso sia inoltrato per il tramite di detta rappresentanza, mentre se lo straniero si trova nel territorio nazionale, è sufficiente l'autenticazione della procura da parte del difensore. La S.C. ha, quindi, affermato, inserendosi nel solco della propria consolidata giurisprudenza, che la nullità della procura – che sussiste esclusivamente ove sia accertato che, al momento del rilascio della procura, lo straniero si trovava all'estero – può farsi valere solo attraverso lo strumento della querela di falso in quanto il difensore, con la sottoscrizione dell'atto processuale e con l'autentica della procura riferita a se stesso, compie un negozio di diritto pubblico e riveste la qualità di pubblico ufficiale.

Sez. 6-1 n. 05241/2017, Acierno, Rv.643972-01, nell'accogliere l'impugnazione del Ministero dell'Interno avverso la sentenza della corte d'appello che non aveva consentito, ritenendola tardiva a norma dell'art. 345, comma 3 c.p.c., la produzione documentale effettuata dal Ministero solo nel grado di impugnazione, ha affermato il principio che, in tema di immigrazione, il procedimento di appello è introdotto e regolato dall'art. 702 *quater* c.p.c., secondo il quale

possono essere ammessi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione.

In tema di proroga del trattenimento Sez. 1, n. 22932/2017, Genovese, Rv. 645527-01, in applicazione del disposto di cui all'art. 15 della direttiva n. 115/2008/CE del Parlamento Europeo e della sentenza della CDGE “El Dridi”, ha stabilito che è sempre consentito il riesame del provvedimento di trattenimento presso il CIE da introdurre, in mancanza di apposita normativa al riguardo, con lo strumento del procedimento camerale ex art. 737 c.p.c., dinanzi al medesimo giudice della convalida e della proroga e ciò per il principio della concentrazione delle tutele.

Con Sez. 6-1, n. 03305/2017, Genovese, Rv. 643363-01, la S.C. si è pronunciata anche in tema di spese giudiziali affermando il principio che le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale non sono annoverate tra quelle esentate dal contributo unificato di cui agli artt. 9 e 10 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, sicché al rigetto del corrispondente ricorso per cassazione consegue il raddoppio di detto contributo.

CAPITOLO IV

LA FAMIGLIA E LA TUTELA DEI BISOGNOSI: PROFILI SOSTANZIALI

(DI PAOLO DI MARZIO)

SOMMARIO: 1. La donazione obnuziale. – 2. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale, fondo patrimoniale, impresa familiare. – 3. La crisi del matrimonio, la separazione dei coniugi e l'addebito. – 4. Matrimonio dello straniero, separazione personale e cittadinanza italiana. – 5. L'affidamento ed il collocamento dei figli minori. – 6. L'assegno di mantenimento per il coniuge nella separazione personale. – 7. L'assegno periodico in favore dell'ex coniuge. – 8. La casa familiare. – 9. La pensione di reversibilità. – 10. Il mantenimento dei figli. – 11. Il disconoscimento di paternità. – 12. Lo stato di abbandono e l'adottabilità. – 13. I figli nati da genitori non uniti in matrimonio. – 14. Il bambino con due madri. – 15. Istituti di protezione dei soggetti bisognosi. – 16. Il matrimonio concordatario.

1. La donazione obnuziale. Ai sensi dell'art. 785 c.c., la donazione obnuziale, essendo un negozio formale e tipico caratterizzato dall'espressa menzione, nell'atto pubblico, delle finalità dell'attribuzione patrimoniale eseguita da uno degli sposi o da un terzo in considerazione di un futuro, "determinato", matrimonio, ha chiarito Sez. 6-2, n. 14203/2017, Criscuolo, Rv. 644619-01, è incompatibile con l'istituto della donazione indiretta, in cui lo spirito di liberalità viene perseguito mediante il compimento di atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c. La precisa connotazione della causa negoziale, che deve espressamente risultare dal contesto dell'atto non può rinvenirsi nell'ambito di una fattispecie indiretta, nella quale la finalità suddetta, ancorché in concreto perseguita, può rilevare solo quale motivo finale degli atti di disposizione patrimoniale, fra loro collegati, ma non anche quale elemento tipizzante del contratto, chiaramente delineato dal legislatore nei suoi requisiti di forma e di sostanza, in vista del particolare regime di perfezionamento, efficacia e caducazione, che lo contraddistingue dalle altre donazioni.

2. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale, fondo patrimoniale, impresa familiare. La S.C. con Sez. 6-1, n. 05652/2017, Genovese, Rv. 643988-01 ha specificato che l'art. 177, comma 1, lett. c), c.c. esclude dalla comunione legale i proventi dell'attività separata svolta da ciascuno dei coniugi e consumati, anche per fini personali, in epoca precedente allo scioglimento della comunione.

La natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi, ha chiarito Sez. 1, n. 08803/2017, Genovese, Rv. 643515-01, permane sino al momento del suo scioglimento, di cui all'art. 191 c.c., allorquando i beni cadono in comunione ordinaria e ciascun coniuge, che abbia conservato il potere di disporre della propria quota, può liberamente e separatamente alienarla, essendo venuta meno l'esigenza di tutela del coniuge a non entrare in rapporto di comunione con estranei.

In tema di impresa familiare, la S.C. con Sez. L, n. 10147/2017, Amendola F., Rv. 643763-01 ha statuito che è sufficiente, ai fini dell'operatività della prelazione di cui all'art. 230 *bis*, comma 5, c.c., una volta accertata la partecipazione all'attività, che vi sia stato un trasferimento d'azienda affinché il familiare partecipe possa essere messo nelle condizioni di esercitare il proprio diritto. Risulta a tal fine del tutto influente che la cessione avvenga mediante conferimento in una società di persone, di cui il titolare dell'azienda stessa conservi un ruolo dominante quale socio illimitatamente responsabile ed amministratore, poiché la norma tutela il familiare estromesso e non colui che sia stato incluso nella vicenda traslativa, senza che rilevi il requisito dell'estraneità di cui all'art. 732 c.c., norma richiamata dall'art. 230 *bis* solo "in quanto compatibile".

La S.C. con Sez. 3, 19376/2017, Barreca, Rv. 645384-01 ha deciso che la costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni conferiti, affinché, con i loro frutti, sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli di disponibilità. Nella medesima decisione (Rv. 645384-03), la S. C. ha chiarito che l'istituzione di un *trust* familiare (nella specie, per fare fronte alle esigenze di vita e di studio della prole) non integra, di per sé, l'adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura -- ai fini della revocatoria ordinaria -- un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti.

In tema di impresa familiare, ed in particolare di rivalsa ex artt. 10 e 11 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965 n. 1124, a seguito della sentenza della Corte cost. 10 dicembre 1987 n. 476 (con cui la tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è stata estesa anche ai familiari collaboratori nell'impresa familiare che prestino attività lavorativa non riconducibile all'ipotesi del rapporto societario o di lavoro

subordinato) la S.C., con Sez. L, n. 20406/2017, Calafiore, Rv. 645602-01 ha chiarito che il titolare dell'impresa familiare è responsabile ove abbia omesso di predisporre le necessarie misure di sicurezza. Questo perché, ai fini dell'individuazione della figura del datore di lavoro, l'art. 2 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, come modificato dal decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 242, valorizza l'esercizio dei poteri decisionali sull'organizzazione e gestione dell'impresa, dovendosi escludere, stante la continuità normativa tra le fattispecie penali in materia di luoghi di lavoro (prima previste dall'art. 32, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 626 del 1994 ed ora dall'art. 68, comma 1, lett. b), d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), che il dovere di protezione a carico del titolare dell'impresa familiare sia stato costituito solo per effetto delle espresse previsioni del d.lgs. n. 81 del 2008.

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

La relazione di un coniuge con estranei, secondo Sez. 6-1, n. 21657/2017, Genovese, Rv. 645747-01, rende addebitabile la separazione ai sensi dell'art. 151 c. c. quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà e quindi, anche se non si sostanzia in un adulterio, comporti offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge.

4. Matrimonio dello straniero, separazione personale e cittadinanza italiana. Sez. 1, n. 00969/2017, Acierno, Rv. 643351-01, stabilisce che ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 91, così come modificato dall'art. 1, comma 11, della legge 15 luglio 2009, n. 94, la separazione personale dei coniugi costituisce

condizione ostativa all'acquisto della cittadinanza italiana mediante matrimonio con un cittadino italiano, ma non anche la separazione di fatto. Depone nel senso indicato il chiaro ed univoco tenore testuale della norma in questione, che adopera l'espressione «separazione personale», utilizzata dal legislatore anche nel titolo dell'art. 150 c.c., nel *corpus* dell'art. 154 c.c. relativo alla riconciliazione e nel testo dell'art. 155 c.c. prima delle modifica intervenuta con il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, peraltro la differenza tra “separazione personale” e “separazione di fatto” si coglie anche nel regime giuridico delle adozioni, in quanto l'art. 6, della legge n. 184 del 1983, prescrive che tra i coniugi i quali intendono procedere all'adozione non deve essere intervenuta negli ultimi tre anni separazione personale, neppure di fatto, a conferma della diversità delle due tipologie di allontanamento dei coniugi.

5. L'affidamento ed il collocamento dei figli minori. La regola dell'affidamento condiviso dei figli è derogabile, ha ribadito Sez. 1, n. 00977/2017, Falabella, Rv. 643353-01, solo ove la sua applicazione risulti «pregiudizievole per l'interesse del minore», il che si verifica nell'ipotesi in cui il genitore non collocatario si sia reso totalmente inadempiente al diritto di visita perché residente all'estero, essendo tale comportamento indicativo dell'inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabiti stabilmente.

6. L'assegno di mantenimento per il coniuge nella separazione personale. La S.C., in Sez. 1, n. 00605/2017, Terrusi, Rv. 643254-01 ha ribadito che l'art. 156, comma 2, c.c., richiede al giudice di determinare la misura dell'assegno tenendo conto non solo dei redditi delle parti ma anche di altre circostanze non indicate specificatamente, né determinabili *a priori*, ed ha chiarito che tali circostanze sono da individuarsi in tutti quegli elementi fattuali di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito ed idonei ad incidere sulle condizioni economiche delle parti, la cui valutazione, peraltro, non richiede necessariamente l'accertamento dei redditi nel loro esatto ammontare, essendo sufficiente un'attendibile ricostruzione delle complessive situazioni patrimoniali e reddituali dei coniugi.

In tema di separazione personale dei coniugi, ha chiarito Sez. 1, n. 01162/2017, Falabella, Rv. 643354-01, che alla breve durata del matrimonio non può essere riconosciuta efficacia preclusiva del diritto all'assegno di mantenimento, ove di questo sussistano gli

elementi costitutivi, rappresentati dalla non addebitabilità della separazione al coniuge richiedente, dalla non titolarità, da parte del medesimo, di adeguati redditi propri, ossia di redditi che consentano di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, e dalla sussistenza di una disparità economica tra le parti. Al più, alla durata del matrimonio può essere attribuito rilievo ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento.

L'assegno di mantenimento a favore del coniuge fissato in sede di separazione personale, stabilisce Sez. 1, n. 02960/2017, Lamorgese, Rv. 643860-02, decorre dalla data della relativa domanda, in applicazione del principio per il quale un diritto non può restare pregiudicato dal tempo necessario per farlo valere in giudizio.

Il credito vantato dal coniuge separato per assegno di mantenimento dovuto, ex art. 156 c.c., dall'altro coniuge, ha statuito Sez. 3, n. 5618/2017, Vincenti, Rv. 643391-01, sebbene dia luogo ad un'obbligazione periodica, avente ad oggetto prestazioni, autonome e distinte nel tempo, che diventano esigibili alle rispettive scadenze, è tutelabile, come tale, dal momento della sua insorgenza in forza di provvedimento giudiziale, mediante azione revocatoria ordinaria a fronte dell'alienazione immobiliare compiuta, in modo pregiudizievole, dal coniuge obbligato.

La S.C. ha, quindi, ribadito che la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, sicché i "redditi adeguati" cui va rapportato, ai sensi dell'art. 156 c.c., l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio, come sottolinea Sez. 1, n. 12196/2017, Campanile, Rv. 644070-01.

7. L'assegno periodico in favore dell'ex coniuge. La S.C., in Sez. 1, n. 02224/2017, Campanile, Rv. 643507-01, ha ribadito che gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio, sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c. Ne consegue che

di tali patti non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Nel caso di specie, la S.C. ha escluso che la dazione di una somma di denaro alla moglie, concordata in sede di separazione, possa assumere anche la valenza di anticipazione dell'assegno divorzile, così da poter condurre alla revoca della relativa previsione.

8. La casa familiare. Il coniuge, già comodatario della casa familiare ed assegnatario della stessa in forza di provvedimento giudiziale adottato nell'ambito di procedura di separazione personale, secondo Sez. 6-3, n. 07007/2017, Barreca, Rv. 643680-01, può opporre il proprio titolo – ma solo entro il limite del novennio decorrente dalla sua adozione – al terzo acquirente il medesimo bene, ancorché la trascrizione del titolo di acquisto di quest'ultimo sia anteriore a quella del menzionato provvedimento giudiziale.

Nel comodato di bene immobile stipulato senza determinazione di termine, la volontà di assoggettare il bene a vincoli d'uso particolarmente gravosi, quali la destinazione a residenza familiare, non può essere presunta ma va positivamente accertata, ha chiarito Sez. 3, n. 20151/2017, Scrima, Rv. 645731-01, dovendo, in mancanza, essere adottata la soluzione più favorevole alla sua cessazione; parimenti, nell'ipotesi in cui il vincolo matrimoniale del comodatario sopravvenga in corso di rapporto, occorre la prova che il proprietario abbia inteso, in virtù di scelta sopravvenuta, trasformare la natura del comodato, rispetto alla sua precedente finalità, ancorando la destinazione del bene alle esigenze del gruppo familiare neocostituito. (Nel caso di specie la S. C. ha accolto il ricorso incidentale della comodante e, decidendo nel merito, ha dichiarato il diritto di questa al risarcimento del danno per illegittima occupazione dell'immobile oggetto di comodato, negando che la destinazione ad uso di abitazione familiare del bene fosse desumibile dal fatto che la ricorrente principale, nuora della comodante, aveva vissuto nell'immobile con il marito-comodatario, anche prima del matrimonio in regime di famiglia di fatto).

9. La pensione di reversibilità. Con Sez. 6-1, n. 25053/2017, Micolino, in corso di massimazione, la S.C. ha confermato che non può essere attribuita una quota della pensione di reversibilità dell'ex

coniuge a chi non fosse titolare di assegno divorzile, tale dovendo intendersi soltanto quello oggetto di determinazione giudiziale. Nel caso di specie, si è negata la qualità di assegno divorzile, all'attribuzione patrimoniale mensile concordata tra le parti in occasione dell'udienza presidenziale nel corso del giudizio di divorzio, non recepita dall'organo giudicante in sede di decisione, in conseguenza della mancanza di un'apposita domanda della parte beneficiaria, rimasta contumace nel giudizio.

10. Il mantenimento dei figli. Il diritto del coniuge separato di ottenere un assegno per il mantenimento del figlio maggiorenne convivente, chiarisce Sez. 6-1, n. 06509/2017, Di Virgilio, Rv. 644269-01, deve essere escluso quando il figlio abbia iniziato ad espletare un'attività lavorativa, così dimostrando il raggiungimento di una adeguata capacità e determinando la cessazione del corrispondente obbligo di mantenimento ad opera del genitore. Né l'eventuale perdita dell'occupazione, o il negativo andamento della stessa, non comporta perciò la reviviscenza dell'obbligo del genitore al mantenimento.

11. Il disconoscimento di paternità. In tema di disconoscimento di paternità, ha chiarito Sez. 1, n. 07965/2017, Lamorgese, Rv. 644837-03, la regola prevista dall'art. 235 c.c., applicabile *ratione temporis*, disciplina anche le filiazioni originate da fecondazione artificiale, tenuto conto che il quadro normativo, a seguito dell'introduzione della legge 19 febbraio 2004, n. 40, – come formulata ed interpretabile alla luce del principio del *favor veritatis* – si è arricchito di una nuova ipotesi di disconoscimento. Pertanto, stante l'identità della *ratio* e la sussistenza di evidenti ragioni sistematiche, è applicabile anche a questa ipotesi il termine di decadenza previsto dall'art. 244 c.c., che decorre dal momento in cui sia acquisita la certezza del ricorso a tale metodo di procreazione.

12. Lo stato di abbandono e l'adottabilità. La S.C. con Sez. 1, n. 00782/2017, Terrusi, Rv. 643347-01, ha chiarito che l'art. 9, comma 3, della l. n. 183 del 1984, consente al P.M. di procedere in ogni tempo ad ispezioni straordinarie negli istituti di assistenza pubblici o privati, sia al fine di determinarsi circa eventuali iniziative per far dichiarare l'adottabilità dei minori che risultino in situazione di abbandono, sia per interporre appello avverso le sentenze che abbiano ritenuto insussistente la suddetta condizione ricorrendo, in tale ultima ipotesi, la medesima *ratio* di esercizio del potere e dovendo

la norma essere interpretata alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo.

13. I figli nati da genitori non uniti in matrimonio. In tema di successioni, l'art. 575 c.c. che, in mancanza di figli legittimi e del coniuge del genitore, ammetteva un concorso tra i figli naturali e gli ascendenti del genitore, attribuendo ai primi solo i due terzi dell'eredità paterna, non può trovare applicazione neanche per il periodo antecedente alla sua abrogazione ad opera della legge 19 maggio 1975, n. 151, ha statuito Sez. 2, n. 02287/2017, Matera, Rv. 642487-01, in quanto la norma citata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza della Corte cost. 27 marzo 1974, n. 82. Ne consegue che, pure in caso di apertura della successione antecedente al 1975, qualora non vi siano circostanze preclusive all'applicazione retroattiva della declaratoria di incostituzionalità – quale, ad esempio, l'avvenuta formazione di un giudicato – i figli naturali riconosciuti o dichiarati, come nella specie, a seguito di riconoscimento giudiziale, conseguono, in mancanza di altri membri della famiglia legittima, lo stesso trattamento successorio riservato ai figli legittimi, succedendo, pertanto, in tutta l'eredità.

In materia di filiazione, l'obbligo di contribuire al mantenimento del figlio naturale da parte del genitore non affidatario o collocatario decorre non già dalla proposizione della domanda giudiziale, ha chiarito la S.C., bensì dalla effettiva cessazione della coabitazione dei genitori, in quanto solo da quel momento diventano efficaci le statuizioni in tema di affidamento dei figli ed i conseguenti provvedimenti di natura economica, come statuito da Sez. 6-1, n. 03302/2017, Genovese, Rv. 643362-02.

Il riconoscimento del figlio minore infraquattordicenne nato fuori dal matrimonio, già riconosciuto da un genitore, costituisce un diritto soggettivo dell'altro, tutelato nell'art. 30 Cost., che può, tuttavia, essere sacrificato in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore stesso. In questo quadro, ha specificato Sez. 1, n. 07762/2017, Campanile, Rv. 644758-01, il necessario bilanciamento tra l'esigenza di affermare la verità biologica con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, impone di accertare quale sia, in concreto, l'interesse del minore, valorizzando primariamente i risultati della sua audizione, una volta accertatane da parte del giudice la capacità di discernimento. Nel caso di specie, il giudice di legittimità ha cassato la decisione della corte d'appello, che aveva accolto la domanda avanzata dal genitore di

riconoscimento della figlia infraquattordicenne, malgrado la contraria volontà di quest'ultima, manifestata all'esito della sua audizione.

14. Il bambino con due madri. Sez. 1, n. 14878/2017, Dogliotti, Rv. 645080, ha confermato che deve essere accolta la domanda di "rettificazione" dell'atto di nascita del minore nato all'estero e figlio di due madri coniugate all'estero, già trascritto in Italia nei registri dello stato civile con riferimento alla sola madre biologica, non sussistendo contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano.

15. Istituti di protezione dei soggetti bisognosi. La prodigalità, che consiste in un comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nell'assumere rischi, eccessiva rispetto alle proprie condizioni socio-economiche ed al valore oggettivamente attribuibile al denaro, configura autonoma causa di inabilitazione, ai sensi dell'art. 415, comma 2, c.c., come evidenziato da Sez. 1, n. 00786/2017, Genovese, Rv. 643349-01, indipendentemente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità, e quindi, anche quando si traduca in atteggiamenti lucidi, espressione di libera scelta di vita, purché sia ricollegabile a motivi futili (ad esempio, frivolezza, vanità, ostentazione del lusso, disprezzo per coloro che lavorano, o a dispetto dei vincoli di solidarietà familiare). Ne discende che il suddetto comportamento non può costituire ragione d'inabilitazione del suo autore quando risponda a finalità aventi un proprio intrinseco valore. Nel caso di specie, la S. C. ha ritenuto insussistenti gli estremi della prodigalità nella condotta di un soggetto che, mediante la redistribuzione della propria ricchezza a persone a lui vicine, anche se non parenti, intendeva dare una risposta positiva e costruttiva al naufragio della propria famiglia

L'art. 471 c.c., disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con il beneficio di inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso. In conseguenza, l'eventuale accettazione tacita, esplicitata dal rappresentante legale mediante il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 c.c., non produce alcun effetto giuridico nei confronti dell'incapace. Tuttavia, ha precisato Sez. 2, n. 21456/2017, Abete, Rv. 645427-01, se a seguito dell'inefficace accettazione dell'eredità per suo conto fatta dal legale rappresentante il soggetto già minore d'età non provvede – ai sensi dell'art. 489 c.c. – a conformarsi alle disposizioni degli artt. 484 e

segg. c.c. entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età, rimane ferma con pieni effetti l'accettazione pura e semplice già avvenuta nel suo interesse, ed acquistano efficacia anche tutti gli atti inerenti all'eredità accettata posti in essere dal rappresentante legale del minore. Nel caso di specie, la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che aveva riconosciuto l'efficacia dell'accettazione tacita fatta dai genitori del minore chiamato all'eredità, mediante resistenza nel giudizio promosso dall'erede legittimo per l'invalidità del testamento, sulla base della successiva costituzione in giudizio del chiamato in proprio dopo il raggiungimento della maggiore età, operata senza conformarsi alle disposizioni degli artt. 484 e segg. c.c.

16. Il matrimonio concordatario. In materia di matrimonio c.d. concordatario, secondo Sez. 1, n. 22594/2017, Dogliotti, Rv. 645783-01, la scelta del regime di separazione dei beni dei coniugi, espressa davanti al ministro del culto cattolico officiante in occasione della celebrazione delle nozze, ed alla presenza di testimoni, è valida ed efficace, nei rapporti interni tra i coniugi, dal momento della celebrazione, ancorché non sia stata annotata nell'atto di matrimonio tempestivamente trascritto nei registri dello stato civile. Nella fattispecie, l'atto di matrimonio concordatario era stato trascritto tempestivamente nei registri dello stato civile, privo però dell'annotazione relativa al regime patrimoniale della famiglia prescelto e la stessa era stata trascritta dall'ufficiale dello stato civile, anni dopo, su richiesta del solo marito.

CAPITOLO V

SUCCESSIONI E DONAZIONI

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. La delazione ereditaria. – 2. L'accettazione di eredità e il beneficio d'inventario. – 3. La rinuncia all'eredità. – 4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. – 5. Il testamento. – 6. La divisione ereditaria. – 7. Il retratto successorio. – 8. La collazione. – 9. Il pagamento dei debiti ereditari. – 10. Le donazioni.

1. La delazione ereditaria. Con riferimento all'ormai non più vigente art. 575 c.c. che, in mancanza di figli legittimi e del coniuge del genitore, ammetteva un concorso tra i figli naturali e gli ascendenti del genitore, attribuendo ai primi solo i due terzi dell'eredità paterna, Sez. 2, n. 02287/2017, Matera, Rv. 642487, ha chiarito che tale disposizione, essendo stata dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza della Corte cost. 27 marzo 1974, n. 82, non può trovare applicazione neanche per il periodo antecedente alla sua abrogazione ad opera della l. 19 maggio 1975, n. 151. A ciò consegue che, pure in caso di apertura della successione antecedente al 1975, qualora non vi siano circostanze preclusive all'applicazione retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, come la formazione di un giudicato, i figli naturali riconosciuti o dichiarati a seguito di riconoscimento giudiziale conseguono, in mancanza di altri membri della famiglia legittima, lo stesso trattamento successorio riservato ai figli legittimi e succedono, dunque, in tutta l'eredità.

Inoltre, Sez. 2, n. 15239/2017, Manna, Rv. 644491, ha confermato l'orientamento secondo cui la successione legittima può coesistere con quella testamentaria ove il *de cuius* non abbia disposto con il testamento della totalità del suo patrimonio e, in particolare, nell'ipotesi di testamento che, senza recare istituzione di erede, contenga soltanto attribuzione di legati.

2. L'accettazione di eredità e il beneficio d'inventario. Con una pronuncia concernente la trasmissione del diritto di accettare l'eredità, Sez. 6-2, n. 19303/2017, Criscuolo, Rv. 645153, ha precisato che, in tale eventualità, l'interessato deve compiere due distinti atti di accettazione, poiché egli è chiamato a succedere sia nell'eredità originaria che in quella del trasmittente, sicché l'acquisto della qualità di erede del trasmittente non implica automaticamente anche l'acquisto dell'eredità alla quale quest'ultimo era chiamato.

In tema di accettazione tacita, Sez. L., n. 01183/2017, Ghinoy, Rv. 642519, ha affermato che l'assunzione in giudizio della qualità di erede di un originario debitore costituisce accettazione tacita dell'eredità ove i chiamati si costituiscono dichiarando tale qualità senza contestare il difetto di titolarità passiva della pretesa. Infatti, essi compiono, in tal modo, un'attività non altrimenti giustificabile, se non con la veste di erede, che esorbita dalla mera attività processuale conservativa del patrimonio ereditario, essendo dichiarata non al fine di paralizzare la pretesa, ma per illustrare la qualità soggettiva nella quale agiscono.

Inoltre, Sez. 6-2, n. 08980/2017, Criscuolo, Rv. 643674, ha ribadito che l'accettazione tacita di eredità, pur potendo avvenire attraverso *negotiorum gestio*, cui segua la successiva ratifica del chiamato, o per mezzo del conferimento di una delega o dello svolgimento di attività procuratoria, può tuttavia desumersi soltanto da un comportamento del successibile e non di altri, sicché non ricorre ove solo l'altro chiamato all'eredità, in assenza di elementi dai quali desumere il conferimento di una delega o la successiva ratifica del suo operato, abbia fatto richiesta di voltura catastale di un immobile del *de cuius*.

Sez. 2, n. 20699/2017, Picaroni, Rv. 645239, ha chiarito che il conferimento della procura a vendere beni ereditari è un atto in astratto idoneo ad integrare una accettazione tacita di eredità.

Con riguardo ai rapporti con il sistema tavolare, Sez. 6-2, n. 09713/2017, Criscuolo, Rv. 643816, ha affermato che, per i beni soggetti a tale sistema, (nella specie, si trattava dell'assunzione di un maso chiuso), ai sensi del r.d. 28 marzo 1929, n. 499, l'efficacia costitutiva dell'iscrizione o intavolazione è limitata ai soli atti tra vivi e non è estensibile ai trasferimenti per successione ereditaria, in relazione ai quali, ex art. 3 del citato decreto, l'intavolazione non ha neppure il valore di condizione di opponibilità, occorrendo verificare la qualità di erede secondo la normativa successoria. Da ciò si è ricavato che la sola intavolazione del certificato di eredità compiuta su iniziativa di un determinato soggetto, anche nell'interesse di altro beneficiario, non può di per sé determinare l'acquisto della qualità di erede in capo a quest'ultimo, in assenza di una esplicita ratifica.

Vi sono state, altresì, delle interessanti decisioni di carattere processuale.

Così, secondo Sez. 2, n. 04695/2017, Criscuolo, Rv. 643056, la decorrenza del termine di prescrizione per l'accettazione dell'eredità ex art. 480 c.c. non è influenzata dalla sopravvenienza di beni nell'asse ereditario, atteso che tale circostanza, pur potendo incidere

sull'interesse concreto del chiamato a subentrare nella posizione giuridica del defunto, non esclude la giuridica possibilità di accettare l'eredità, stante il carattere universale del fenomeno successorio, che comprende non solo i rapporti attivi, ma anche quelli passivi facenti capo al *de cuius*, e rende, pertanto, irrilevante, ai fini dell'applicabilità del comma 2 della summenzionata norma, la mera ignoranza circa l'effettiva consistenza dell'asse relitto.

In ambito tributario, Sez. 5, n. 04788/2017, Scrima, Rv. 643216, discostandosi dal precedente di Sez. 5, n. 23061/2015, Terrusi, Rv. 637156, ha chiarito che, in materia di imposta di successione, la limitazione della responsabilità dell'erede per i debiti ereditari, derivante dall'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, è opponibile all'Erario anche in sede di impugnazione del diniego di rimborso dell'imposta versata, a prescindere dalla mancata impugnazione del precedente atto impositivo, atteso che l'Amministrazione, pur potendo notificare l'avviso di liquidazione all'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario, può esigere l'imposta da costui solo una volta chiusa la procedura di liquidazione dei debiti ereditari e purché sussista un attivo a suo favore.

Con riferimento all'accettazione beneficiata dell'eredità, Sez. 6-2, n. 05460/2017, Criscuolo, Rv. 643124, ha precisato che la pronuncia sul reclamo proposto avverso i provvedimenti emessi a seguito di istanza di modifica del decreto di autorizzazione alla redazione dell'inventario non è impugnabile col ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., in quanto è riconducibile, al pari del decreto di cui all'art. 769 c.p.c., alla giurisdizione volontaria e, pertanto, è priva del carattere della decisorietà e della idoneità al passaggio in giudicato.

Sempre in tema di beneficio d'inventario, Sez. 2, n. 09514/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 643742, ha affermato che l'accettazione dell'eredità ad opera di una persona giuridica, nella specie una ASL, non può che avvenire, giusta l'art. 473, comma 1, c.c., con beneficio d'inventario, con la conseguenza che il mancato perfezionamento del modulo legale, per omessa redazione dell'inventario nei termini e modi previsti dalla legge, comporta che l'ente chiamato non acquisti la qualità di erede.

Infine, secondo Sez. 2, n. 21456/2017, Abete, Rv. 645427, l'art. 471 c.c., disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con beneficio di inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso. Se ne ricava che l'eventuale accettazione tacita, fatta dal rappresentante con il compimento di uno degli atti

previsti dall'art. 476 c.c., non produce effetti nei confronti dell'incapace. Si è precisato, però, che, se, a seguito dell'inefficace accettazione dell'eredità per suo conto fatta dal legale rappresentante, il soggetto già minore di età non si conforma, come disposto dall'art. 489 c.c., agli artt. 484 e segg. c.c. entro l'anno dal raggiungimento della maggiore età, rimane ferma l'accettazione pura e semplice già avvenuta nel suo interesse ed acquistano efficacia anche tutti gli atti inerenti all'eredità accettata posti in essere dal rappresentante legale del minore.

3. La rinuncia all'eredità. Sez. 2, n. 06275/2017, Federico, Rv. 643370, ha affermato che, nel giudizio promosso o proseguito nei confronti dell'erede del debitore che sia nel possesso dei beni ereditari ed abbia eccepito l'avvenuta rinuncia all'eredità, il creditore non deve proporre alcuna domanda volta all'accertamento dell'inefficacia di detta rinuncia, per essere la stessa intervenuta dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 485 c.c., poiché la prova dell'inutile decorso di tale termine, senza che l'inventario sia stato redatto, implica che il chiamato all'eredità debba essere considerato erede puro e semplice e determina, di per sé, l'inefficacia della rinuncia medesima facendo, pertanto, venire meno la necessità sia di una sua specifica impugnazione che di un accertamento, con efficacia di giudicato, sulla questione della qualità di erede.

In tema di rinuncia a legato di beni immobili, Sez. 2, n. 14503/2017, Proto, Rv. 644482, ha ribadito che la volontà di compiere tale rinuncia deve essere espressa con forma scritta *ad substantiam*, ai sensi dell'art. 1350 c.c., avendo natura meramente abdicativa. Questa, in particolare, può essere dichiarata pure con l'atto di citazione il quale, provenendo dalla parte che, con il rilascio della procura a margine o in calce, ne ha fatto proprio il contenuto, soddisfa, altresì, il requisito della sottoscrizione, senza che assuma rilievo la sua trascrizione, in quanto volta soltanto a renderlo opponibile ai terzi.

4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. Con riferimento all'azione di riduzione, Sez. 2, n. 01357/2017, Lombardo, Rv. 642221, ha confermato l'orientamento secondo cui il legittimario che la eserciti ha l'onere di indicare entro quali limiti sia stata lesa la sua quota di riserva, determinando con esattezza il valore della massa ereditaria, nonché quello della quota di legittima violata, dovendo, a tal fine, allegare e provare, anche ricorrendo a presunzioni semplici, purché gravi precise e concordanti,

tutti gli elementi occorrenti per stabilire se, ed in quale misura, sia avvenuta la lesione della riserva, oltre che proporre, sia pure senza l'uso di formule sacramentali, espressa istanza di conseguire la legittima, previa determinazione della medesima mediante il calcolo della disponibile e la conseguente riduzione delle donazioni compiute in vita dal *de cuius*.

Inoltre, Sez. 2, n. 02120/2017, Scalisi, Rv. 642484, ha affermato che, ai sensi dell'art. 557, comma 1, c.c., l'azione di riduzione delle disposizioni lesive della quota di legittima, avendo natura patrimoniale, può essere proposta non solo dai legittimari, ma anche dai loro eredi o aventi causa, dal momento che il carattere personale dell'azione non incide sulla trasmissibilità del diritto, ma esclusivamente sull'accertamento della lesione, che va limitata alla quota di colui che agisce.

In tema di reintegrazione della quota riservata ai legittimari, Sez. 2, n. 01884/2017, Migliucci, Rv. 642482, ha chiarito che, nell'ipotesi in cui il relativo obbligo di restituzione debba essere posto a carico di più persone e su un medesimo bene ad esse donato o attribuito per quote ideali, non è configurabile un obbligo solidale dei soggetti tenuti alla restituzione poiché, in ragione del carattere personale di tale azione, la riduzione deve operarsi in misura proporzionale all'entità delle rispettive attribuzioni. Ne consegue che i vari beneficiari sono tenuti a rispondere soltanto nei limiti ed in proporzione del valore del quale si riduce l'attribuzione o la quota a suo tempo conseguita da ciascuno di essi.

Con riguardo ai rapporti fra azione di riduzione e donazione, Sez. 2, n. 13660/2017, Scarpa, Rv. 644469, ha precisato che la donazione fatta ad un legittimario dal defunto a valere in conto legittima e per l'eventuale esubero sulla disponibile, con dispensa da collazione, è soggetta a riduzione, secondo i criteri indicati negli artt. 555 e 559 c.c., non implicando tale clausola una volontà del *de cuius* diretta ad attribuire alla stessa liberalità un effetto preminente rispetto alle altre in caso di esercizio dell'azione di reintegrazione da parte degli altri legittimari lesi, diversamente da quanto, invece, stabilito per le disposizioni testamentarie dall'art. 558, comma 2, c.c., e rimanendo, pertanto, il medesimo donatario esposto alla riduzione per l'eccedenza rispetto alla sua porzione legittima.

In tema di legittimazione e successione necessaria, Sez. 2, n. 18280/2017, Criscuolo, Rv. 645098, ha affermato che, ove la lesione della legittima sia determinata dall'alienazione a terzi, ad opera dell'erede o del legatario, di beni oggetto di disposizione testamentaria, legittimato passivo rispetto all'azione di riduzione

esperita dal legittimario è soltanto il beneficiario della disposizione testamentaria lesiva della legittima e non anche i possessori dei beni con cui questa deve essere reintegrata i quali, al contrario, sono legittimati passivi rispetto alla domanda di restituzione conseguente al vittorioso esperimento della prima azione. Infatti, l'azione di riduzione ha ad oggetto i beni appartenenti al *de cuius*, sebbene già alienati, atteso che l'effetto della pronuncia è, comunque, quello di rendere inefficace nei confronti del legittimario la disposizione lesiva, e ciò pure verso gli eventuali terzi acquirenti, salvi, con riguardo ad essi, gli effetti derivanti dall'omessa trascrizione della domanda di riduzione ex art. 2652, n. 8, c.c.

Infine, con una pronuncia di carattere processuale, Sez. 2, n. 19646/2017, Penta, Rv. 645100, ha chiarito che il potere, attribuito al legittimario che sia destinatario di un legato in sostituzione di legittima, di conseguire la parte dei beni ereditari spettantegli *ex lege* anziché conservare il legato postula l'assolvimento di un onere, consistente nella rinuncia al legato medesimo che, integrando gli estremi di una condizione dell'azione, può essere assolto fino al momento della decisione.

Sempre in un'ottica processuale, secondo Sez. 2, n. 26741/2017, Picaroni, Rv. 645959-01, nel giudizio di reintegrazione della quota di riserva non costituiscono domande nuove e sono conseguentemente ammissibili anche se formulate per la prima volta in appello le richieste volte all'esatta ricostruzione sia del *relictum* che del *donatum* mediante l'inserimento di beni, liberalità o l'indicazione di pesi o debiti del *de cuius*, trattandosi di operazioni connaturali al giudizio medesimo cui il giudice è tenuto d'ufficio ed alle quali può darsi corso, nei limiti in cui gli elementi acquisiti le consentono, indipendentemente dalla formale proposizione di domande riconvenzionali in tal senso da parte del convenuto.

Inoltre, Sez. 2, n. 30485/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, ha confermato il tradizionale orientamento per il quale al legittimario cui venga restituito un immobile per reintegrare la quota di legittima spetta, a norma dell'art. 561 c.c., pure il diritto ai frutti quali accessori del bene, in relazione al suo mancato godimento. Qualora, invece, il bene non possa essere restituito e la reintegrazione della quota di riserva avvenga per equivalente monetario, con l'ulteriore riconoscimento degli interessi legali sulla somma a tal fine determinata, nulla è dovuto per i frutti.

Infine, per Sez. 6-2, n. 25441/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, il legittimario pretermesso è esonerato dal dover far precedere l'azione di riduzione, anche intentata nei confronti del

terzo, dalla previa accettazione beneficiata ovvero dalla sola redazione dell'inventario poiché la presentazione dell'azione di riduzione non può determinare immediatamente l'acquisto della qualità di erede in assenza di una vocazione, occorrendo attendere, in ogni caso, il passaggio in giudicato della decisione che accolga la relativa domanda.

5. Il testamento. In tema di redazione degli atti di ultima volontà, Sez. 2, n. 01649/2017, Migliucci, Rv. 642475, ha ribadito che il testamento, sia olografo che pubblico, non deve necessariamente contenere, a pena di nullità, le indicazioni catastali e di configurazione degli immobili cui si riferisce, essendo invece sufficiente, per la validità dell'atto, che tali beni siano comunque identificabili senza possibilità di confusione, salva la necessità, non attinente ad un requisito di regolarità e validità del testamento, che gli eredi, in sede di denuncia di successione e di trascrizione del testamento medesimo, indichino specificamente gli immobili predetti, menzionandone dati catastali, confini ed altro. La stessa decisione ha precisato che, nel testamento pubblico, le operazioni attinenti al ricevimento delle disposizioni testamentarie e quelle relative alla confezione della scheda sono idealmente distinte e, pertanto, possono svolgersi al di fuori di un unico contesto temporale, con la conseguenza che, qualora la scheda sia predisposta dal notaio, condizione necessaria e sufficiente di validità del testamento è che egli, prima di dare lettura della scheda stessa, faccia manifestare di nuovo al testatore la sua volontà in presenza dei testi.

Con riguardo alla validità del testamento, Sez. 6-2, n. 05505/2017, Criscuolo, Rv. 643258, ha confermato che la guida della mano del testatore da parte di una terza persona esclude, di per sé, il requisito dell'autografia, indispensabile per la validità del testamento olografo, a nulla rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda rispetto alla volontà del testatore ed essendo ultroneo verificare se la "mano guidante" sia intervenuta su tutta la scheda testamentaria, trattandosi di condotta in ogni caso idonea ad alterare la personalità ed abitudine del gesto scritto.

Sempre con riferimento alla tematica della formazione del testamento, secondo Sez. 2, n. 18616/2017, Abete, Rv. 645099, la finalità del requisito della sottoscrizione, previsto dall'art. 602 c.c. distintamente dall'autografia delle disposizioni in esso contenute, ha la finalità di soddisfare l'imprescindibile esigenza di avere l'assoluta certezza non solo della loro riferibilità al testatore, già assicurata dall'olografia, ma anche dell'inequivocabile paternità e responsabilità

del medesimo che, dopo avere redatto il testamento anche in tempi diversi, abbia disposto del suo patrimonio senza alcun ripensamento. Ne consegue che l'accertata apocrifia della sottoscrizione esclude in radice la riconducibilità dell'atto di ultima volontà al testatore.

In un'ottica di conservazione degli atti di ultima volontà, Sez. 2, n. 17392/2017, Manna, Rv. 644850, ha affermato che la conferma del testamento invalido per incapacità del testatore, ove avvenga con un atto formale, deve contenere i requisiti previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida dell'atto annullabile, vale a dire l'indicazione del negozio invalido, della causa di invalidità e la dichiarazione che si intende convalidarlo. La stessa pronuncia ha pure precisato che il chiamato all'eredità è legittimato ad impugnare, ex art. 591 c.c., il testamento che lo ha nominato quando il suo annullamento gli consenta di accedere, anche solo per motivi di interesse morale, ad una diversa delazione, legittima o testamentaria, la cui maggiore o minore convenienza non è sindacabile dal giudice.

Con una decisione dalla valenza processuale, Sez. 6-2, n. 17024/2017, Criscuolo, Rv. 645063, ha chiarito che le controversie aventi ad oggetto la validità del testamento per incapacità naturale del *de cuius* non rientrano tra le azioni concernenti lo stato o la capacità delle persone, con conseguente facoltatività dell'intervento del P.M. in primo grado ed insussistenza di un obbligo di integrazione del contraddittorio nei suoi confronti in appello.

Sempre con riferimento a tematiche processuali, Sez. 2, n. 22197/2017, Federico, Rv. 645432, ha affermato che la parte la quale contesti la verità della data indicata in un testamento olografo ex art. 602, comma 3, c.c. deve proporre domanda di accertamento negativo di tale elemento essenziale e ha l'onere di fornire la relativa prova, pure ove la difformità sia dovuta ad errore materiale del testatore e lo stesso non emerga da elementi intrinseci della scheda testamentaria.

Alcune decisioni hanno riguardato la revoca delle disposizioni testamentarie.

Così secondo Sez. 6-2, n. 06972/2017, Criscuolo, Rv. 643383, l'*institutio ex re certa* ha ad oggetto un bene determinato e solo di riflesso la quota, sicché l'alienazione successiva del bene attribuito implica la revoca della istituzione di erede o l'attribuzione di una quota maggiore rispetto a quella assegnata a favore di altro coerede, senza che possa trovare applicazione l'art. 686 c.c. in materia di legato poiché l'art. 588, comma 2, c.c. consente di determinare la quota spettante all'erede sulla base del valore dei beni assegnati ed in rapporto a quello del restante patrimonio eventualmente assegnato ad altri coeredi.

Inoltre, Sez. 2, n. 11587/2017, Federico, Rv. 644023, ha confermato che, al di fuori dall'ipotesi di revoca espressa di un testamento, può ricorrere un caso di incompatibilità oggettiva o intenzionale fra il testamento precedente e quello successivo, sussistendo la prima allorché, indipendentemente da un intento di revoca, sia materialmente impossibile dare contemporanea esecuzione alle disposizioni contenute in entrambi gli atti, e configurandosi, invece, la seconda quando, dal contenuto del testamento successivo, si evinca la volontà del testatore di revocare, in tutto o in parte, quello precedente e, dal raffronto del complesso delle disposizioni o di singole previsioni contenute nei due atti, si desuma che il contenuto della volontà più recente del testatore è inconciliabile con quanto risultante dall'atto antecedente.

Infine, Sez. 2, n. 18893/2017, Criscuolo, Rv. 645229, ha affermato che il testamento redatto dal *de cuius* che, al momento della sua predisposizione, già avesse figli, dei quali fosse nota l'esistenza, non è soggetto a revocazione per il caso di successiva sopravvenienza di un altro figlio ex art. 687 c.c., attesa la natura eccezionale e, dunque, non suscettibile di applicazione analogica o estensiva, di tale disposizione che contempla la diversa ipotesi in cui il testamento sia stato predisposto da chi non aveva o ignorava di avere figli o discendenti.

6. La divisione ereditaria. Sono state pubblicate delle decisioni che hanno toccato vari temi processuali.

Sez. 2, n. 01656/2017, Manna, Rv. 642476, ha confermato che la sentenza che, nel disporre la divisione della comunione, pone a carico di uno dei condividenti l'obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di conguaglio, persegue il mero effetto di perequazione del valore delle rispettive quote nell'ambito dell'attuazione del diritto potestativo delle parti allo scioglimento della comunione. Ne consegue che l'adempimento di tale obbligo non costituisce condizione di efficacia della sentenza di divisione e può essere soltanto perseguito dagli altri condividenti con i normali mezzi di soddisfazione del credito, restando ferma, comunque, la statuizione di divisione dei beni.

Inoltre, secondo Sez. 2, n. 01665/2017, Manna, Rv. 642478, il giudice, nel risolvere con sentenza gli incidenti cognitivi tipici (quali le contestazioni sul diritto alla divisione, le controversie sulla necessità della vendita e le contestazioni sul progetto di divisione), ben può regolarne anche le spese di lite, trattandosi di provvedimenti potenzialmente definitivi perché, diversamente da quanto accade nel

processo dichiarativo, quello di scioglimento della comunione non è fisiologicamente destinato a chiudersi con una decisione di merito.

Con riguardo alle conseguenze della riforma della sentenza non definitiva che abbia dichiarato la non comoda divisibilità del bene, Sez. 2, n. 09515/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 643743, ha chiarito che il giudice di appello non può rimettere la causa in primo grado ai fini dell'assegnazione del bene e della determinazione del conguaglio, non ricorrendo alcuna delle fattispecie di cui all'art. 354 c.p.c., che elenca le ipotesi tassative di rimessione della causa al primo giudice, né tali incumbenti comportando, diversamente dalla vendita, lo svolgimento di attività accertative o materiali.

Sez. 6-2, n. 27417/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, ha condiviso l'orientamento per il quale ciascun coerede può domandare il pagamento del credito ereditario in misura integrale o proporzionale alla quota di sua spettanza senza che il debitore possa opporsi adducendo il mancato consenso degli altri coeredi. In particolari, questi ultimi non sono neppure litisconsorti necessari nel conseguente giudizio di adempimento poiché i contrasti sorti tra gli stessi devono trovare soluzione nell'ambito dell'eventuale e distinta procedura di divisione.

In tema di rapporti fra azione di divisione ereditaria e di riduzione, Sez. 2, n. 09192/2017, Scarpa, Rv. 643737, ne ha ribadito la diversità sostanziale, perché la prima presuppone l'esistenza di una comunione tra gli aventi diritto all'eredità che, invece, non sussiste nella seconda, ove il *de cuius* ha esaurito il suo patrimonio in favore di alcuni degli aventi diritto, con esclusione degli altri, mediante atti di donazione o disposizioni testamentarie. Ne consegue che la domanda di riduzione, pur potendo essere proposta in via subordinata rispetto a quella di divisione la quale ha, rispetto alla prima, carattere pregiudiziale, non è implicitamente inclusa in quest'ultima sicché, se presentata per la prima volta nel corso del giudizio di scioglimento della comunione, va considerata come domanda nuova, stante la diversità di *petitum e causa petendi*.

Con riferimento alla problematica della comoda divisibilità degli immobili, Sez. 2, n. 13206/2017, Abete, Rv. 644218, ha confermato che per compiere il relativo accertamento, ai sensi dell'art. 720 c.c., deve aversi riguardo al numero delle quote che spettano agli originari chiamati (di primo grado: una quota per ogni grado; di secondo grado: una quota per ogni stirpe) che abbiano accettato, senza che rilevi il fatto che ad uno dei condividenti sia succeduta, al momento della divisione, una pluralità di soggetti, trovando detto

diritto riconoscimento solo successivamente, al tempo della ulteriore divisione della quota spettante al loro dante causa.

Con riguardo al criterio dell'estrazione a sorte previsto, nel caso di eguaglianza di quote, dall'art. 729 c.c., Sez. 2, n. 04426/2017, Lombardo, Rv. 643049, ha precisato che tale criterio, benché miri a garantire la trasparenza delle operazioni divisionali contro ogni possibile favoritismo, non ha carattere assoluto, ma soltanto tendenziale e, pertanto, è derogabile in base a valutazioni discrezionali, che possono attenersi non soltanto a ragioni oggettive, legate alla condizione funzionale ed economica dei beni, ma anche a fattori soggettivi di apprezzabile e comprovata opportunità, la cui valutazione non è sindacabile in sede di legittimità, se non sotto il profilo del difetto di motivazione, non solo ove il giudice di merito abbia ritenuto di derogare al criterio suddetto, ma anche se abbia scelto di respingere la richiesta di deroga avanzata dalla parte.

Infine, Sez. 2, n. 02810/2017, Scarpa, Rv. 643031, ha affermato che le spese occorrenti per sopperire alla vetustà degli elementi strutturali di alcuni dei beni da dividere vanno calcolate nella stima della porzione che li comprende, ai fini della tutela del diritto dei dividendi all'uguaglianza qualitativa delle distinte quote, e non poste a carico della massa, non trattandosi di spese necessarie allo svolgimento del giudizio nel comune interesse.

7. Il retratto successorio. Per Sez. 2, n. 01358/2017, Lombardo, Rv. 642222, l'esercizio del retratto successorio comporta l'integrale sostituzione all'acquirente del coerede che lo abbia esercitato, sicché non è consentito a quest'ultimo il riscatto parziale, non essendogli permesso di modificare il contenuto della compravendita.

La stessa decisione ha precisato, con riferimento alla *denuntiatio* della vendita, che questa, per essere conforme all'art. 732 c.c., deve risultare tale da permettere al destinatario di comprendere concretamente il tenore dell'offerta e valutarne in tutti i suoi elementi la convenienza, al fine di decidere se esercitare o meno il diritto di prelazione.

Secondo Sez. 2, n. 05754/2017, D'Ascola, Rv. 643172, il retratto successorio, previsto in tema di comunione ereditaria e non anche ordinaria, trova tuttavia applicazione ove una porzione di immobile della quota ereditaria si trovi già in comunione ordinaria, ipotesi in cui, essendo il retratto esercitato per l'intera quota ereditaria, l'erede subentra, tramite l'acquisto della stessa, nella situazione preesistente.

Infine, con riferimento ad una fattispecie di carattere processuale, Sez. 6-2, n. 02543/2017, Lombardo, Rv. 642569, ha affermato che, in tema di competenza territoriale, la controversia avente ad oggetto l'esercizio del diritto di prelazione ai sensi dell'art. 732 c.c. rientra tra le cause tra coeredi, previste dall'art. 22, comma 1, n. 1, c.p.c., dovendo per tali intendersi non solo le controversie che riguardano diritti caduti in successione, ma ogni causa avente un oggetto attinente alla qualità di erede.

8. La collazione. In materia di collazione, Sez. 2, n. 16701/2017, Abete, Rv. 644849, ha chiarito che la domanda diretta a conseguire gli interessi sulle somme pari al valore degli immobili oggetto di collazione per imputazione può essere proposta per la prima volta in appello, in ragione della necessaria operatività dell'istituto della collazione nel giudizio di divisione ereditaria e dell'automatica inerenza alla comunione, sin dall'apertura della successione, delle summenzionate somme.

Inoltre, secondo Sez. 6-2, n. 17022/2017, Criscuolo, Rv. 644942, la mancanza, nell'asse ereditario, di beni della stessa natura di quelli che sono stati conferiti dagli eredi donatari non esclude il diritto al prelevamento da parte degli eredi non donatari, da effettuarsi solo per quanto possibile con oggetti della stessa natura e qualità di quelli non conferiti in natura.

9. Il pagamento dei debiti ereditari. Per ciò che riguarda il pagamento dei debiti e pesi ereditari, Sez. 1, n. 20397/2017, Di Marzio P., Rv. 645219-02, ha confermato che la clausola di un contratto concluso dal *de cuius*, nella specie un contratto di conto corrente bancario, con la quale si pattuisce che per le obbligazioni derivanti dal contratto siano solidalmente responsabili gli eredi del debitore, non può ritenersi vessatoria, non rientrando fra quelle tassativamente indicate dall'art. 1341 c. c., giacché, se da un lato la deroga a un principio di diritto non costituisce parametro di configurazione delle clausole vessatorie, dall'altro la ripartizione dei debiti fra gli eredi è prevista dalla disposizione dell'art. 752 c. c., salvo che il testatore abbia disposto diversamente, potendo il debitore porre, sui suoi beni, carichi secondo la sua volontà. Gli eredi, peraltro, possono sottrarsi a quei vincoli, rinunciando all'eredità o accettandola con il beneficio d'inventario.

10. Le donazioni. Innanzitutto, Sez. 2, n. 00144/2017, Oricchio, Rv. 642190, ha ribadito l'orientamento di Sez. U, n.

05068/2016, Petitti, Rv. 638985, che, a sua volta, aveva affermato che la donazione di cosa altrui è nulla.

In tema di revocazione della donazione per sopravvenienza di figli o discendenti, Sez. 2, n. 05345/2017, Criscuolo, Rv. 643168, ha precisato che tale revocazione è preclusa ove il donante avesse consapevolezza, alla data dell'atto di liberalità, dell'esistenza di un figlio ovvero di un discendente legittimo, poiché risponde all'esigenza di consentire al donante di riconsiderare l'opportunità dell'attribuzione liberale a fronte della sopravvenuta nascita di un figlio, ovvero della sopravvenuta conoscenza della sua esistenza, in funzione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione che derivano da tale evento, In particolare, detta previsione non contrasta con gli artt. 3, 30 e 31 Cost., non determinando alcuna ingiustificata disparità di trattamento o lesione del diritto dei figli sopravvenuti, i quali sono tutelati solo in via mediata ed indiretta, in quanto l'interesse protetto dalla norma è quello di consentire al genitore di soddisfare le esigenze fondamentali dei figli. Se ne ricava che è proprio l'assenza in assoluto di discendenti al momento della donazione che legittima la revocazione, per assicurare rilevanza giuridica ad un intimo e profondo sentire dell'essere umano, che può non essere stato valutato adeguatamente dal donante ancora privo di figli, diversamente da quello che, avendo già provato il sentimento di amore filiale, si è comunque determinato a beneficiare il donatario, benché conscio degli oneri scaturenti dalla condizione genitoriale.

Sez. 2, n. 13619/2017, D'Ascola, Rv. 644326, ha confermato che, nell'ipotesi di acquisto di un immobile con danaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il primo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario e, quindi, integra, anche ai fini della collazione, donazione indiretta del bene stesso e non del danaro.

Con riferimento alla donazione obnuziale, Sez. 6-2, n. 14203/2017, Criscuolo, Rv. 644619, ha ribadito che, ai sensi dell'art. 785 c.c., la donazione obnuziale, essendo un negozio formale e tipico caratterizzato dall'espressa menzione, nell'atto pubblico, delle finalità dell'attribuzione patrimoniale eseguita da uno degli sposi o da un terzo in riguardo di un futuro, "determinato", matrimonio, è incompatibile con l'istituto della donazione indiretta, in cui lo spirito di liberalità viene perseguito mediante il compimento di atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c. La pronuncia ha precisato che la specifica connotazione della causa negoziale, che deve espressamente risultare dal contesto dell'atto, non può rinvenirsi nell'ambito di una

fattispecie indiretta, nella quale la finalità suddetta, ancorché in concreto perseguita, può rilevare solo quale motivo finale degli atti di disposizione patrimoniale fra loro collegati, ma non quale elemento tipizzante del contratto, chiaramente delineato dal legislatore nei suoi requisiti di forma e di sostanza, in vista del particolare regime di perfezionamento, efficacia e caducazione che lo contraddistingue dalle altre donazioni.

Infine, Sez. U, n. 18725/2017, Giusti, Rv. 645125, ha affrontato, con una statuizione dall'elevato rilievo sistematico, la tematica dei rapporti fra donazione diretta ed indiretta, con specifico riguardo alle operazioni cd. trilaterali che vedono coinvolto un istituto bancario.

E' stato affermato, infatti, che, in tema di atti di liberalità, il trasferimento, attraverso un ordine di bancogiro del disponente, di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta, soggetta alla forma dell'atto pubblico, salvo che sia di modico valore, poiché realizzato non tramite un'operazione triangolare di intermediazione giuridica, ma mediante un'intermediazione gestoria dell'ente creditizio. E' stato chiarito che l'operazione bancaria tra il donante ed il donatario costituisce mero adempimento di un distinto accordo negoziale fra loro concluso e ad essa rimasto esterno, il quale solo realizza il passaggio immediato di valori da un patrimonio all'altro, e che tale circostanza esclude, quindi, la configurabilità di un contratto in favore di terzo, considerato che il patrimonio della banca rappresenta una "zona di transito" tra l'ordinante ed il destinatario, non direttamente coinvolta nel processo attributivo, e che il beneficiario non acquista alcun diritto verso l'istituto di credito in seguito al contratto intercorso fra quest'ultimo e l'ordinante.

PARTE SECONDA

I BENI

CAPITOLO VI

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO

(DI GIAN ANDREA CHIESI)

SOMMARIO: 1. Proprietà pubblica. – 1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione. – 2. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati. – 3. Azioni a tutela della proprietà. – 4. Comunione di diritti reali. – 4.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria – 5. Usufrutto, uso e abitazione. – 6. Servitù prediali. – 6.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù. – 7. Tutela ed effetti del possesso. – 7.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie.

1. Proprietà pubblica. Gli interventi della Corte in materia hanno coinvolto svariate tematiche, anzitutto di carattere squisitamente "proprietario".

Così, Sez. U, n. 14645/2017, Campanile, Rv. 644571-04 partendo dal presupposto per cui gli alvei dei fiumi e dei torrenti che rientrano nel demanio idrico sono costituiti da quei tratti di terreno su cui l'acqua scorre fino al limite delle piene normali, osserva che, mentre le sponde o rive interne – ossia quelle zone soggette ad essere sommerse dalle piene ordinarie – sono comprese nel concetto di alveo e costituiscono beni demaniali, non altrettanto è da dirsi con riferimento alle sponde e rive esterne che, essendo soggette alle sole piene straordinarie, appartengono, invece, ai proprietari dei fondi rivieraschi, con conseguente possibilità di insistenza, su di esse, di un manufatto occupato da persone.

Si è occupata della questione concernente l'acquisto, da parte dello Stato, di un bene sottoposto alla misura di prevenzione della confisca *ex lege* n. 575 del 1965 Sez. 2, n. 12586/2017, Giusti, Rv. 644278-01 la quale ha, anzitutto, chiarito come, dopo l'entrata in vigore della l. n. 228 del 2012, detto acquisto avviene a titolo originario e non derivativo e, quindi, ha precisato che, essendo la nuova disciplina applicabile a tutte le misure di prevenzione disposte prima del 13 ottobre 2011, ex art. 1, comma 194, della cit. l. n. 228, la stessa, in base al principio *tempus regit actum*, essa trova immediata applicazione, quale *ius superveniens*, anche nei giudizi in corso, con

conseguente inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. (essendosi al di fuori del fenomeno della successione a titolo particolare nel diritto controverso) ed esclusione, per il prevenuto il cui immobile sia stato confiscato, di continuare ad esercitare, come sostituto processuale dello Stato, le azioni a tutela del diritto di proprietà.

Quanto, poi, alla questioni problematiche connesse al trasferimento in proprietà degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, Sez. U, n. 17623/2017, Armano, Rv. 644925-01 ha chiarito che, qualora, dopo l'accettazione da parte dell'ente gestore dell'istanza di cessione e la comunicazione del prezzo indicato, l'assegnatario sia deceduto senza procedere alla stipula del contratto di compravendita, gli eredi dello stesso non acquisiscono a titolo derivativo il diritto alla cessione dell'alloggio, ma sono soltanto esonerati, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 513 del 1977, dall'onere di confermare la relativa domanda, atteso che la situazione precedente alla stipula del contratto, richiedente agli effetti della cessione la verifica di determinati requisiti, non è trasmissibile *iure haereditatis*. Né tale disciplina risulta derogata dall'art. 2, comma 3, della l. n. 136 del 2001, che ha solo ribadito la non necessità di un'espressa conferma della domanda di riscatto da parte degli eredi e l'obbligo dell'amministrazione di provvedere comunque nei loro confronti in ordine alla richiesta cessione, individuando tra di essi chi sia in grado di subentrare nella posizione dell'originario assegnatario riscattante, ma non anche il necessario accoglimento della relativa domanda, a prescindere dalla valutazione di quei requisiti, di parentela e convivenza dell'erede o degli eredi, che, in quanto non espressamente abrogati, non possono ritenersi posti nel nulla da una norma meramente interpretativa.

Laddove, invece, si discuta di concessione in locazione di immobili di edilizia residenziale pubblica, Sez. 3, n. 11235/2017, Olivieri, Rv. 644195-01 osserva che l'unico titolo che abilita alla locazione è l'assegnazione, sicché la morte dell'assegnatario determina la cessazione del rapporto locatizio ed il ritorno dell'alloggio nella disponibilità dell'ente assegnante, non essendo previsto dalla legge un diritto di subentro automatico degli eredi dell'assegnatario, ai quali, tuttavia, è data la facoltà di chiedere, *jure proprio* e non *jure successionis*, una nuova assegnazione in loro favore del medesimo bene a titolo preferenziale, ai sensi dell'art. 12 del d.P.R. n. 1035 del 1972, sempre che sussistano le condizioni di carattere generale richieste dalla legge; per rientrare nella disponibilità di un alloggio occupato *sine titulo* da soggetto non assegnatario né, tantomeno, legittimato a subentrare a quest'ultimo, l'ente gestore non

deve, tuttavia, necessariamente ricorrere agli ordinari rimedi di diritto privato, potendosi avvalere, secondo quanto chiarito da Sez. 3, n. 01432/2017, Olivieri, Rv. 642707-01, anche delle speciali misure di autotutela ex art. 18, comma 1, del d.P.R. n. 1035 del 1972, la cui attribuzione all'ente medesimo, in aggiunta ai primi, si fonda sulla particolare natura del bene, caratterizzato dal vincolo di destinazione funzionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico, ed il ricorso alle quali non implica ambiti di discrezionalità, né situazioni di interesse legittimo, non immutando la natura privatistica del rapporto dedotto in giudizio. Prosegue su tale percorso argomentativo Sez. 6-3, n. 16466/2017, Olivieri, Rv. 644811-01, affermando che il decreto di rilascio dell'alloggio occupato senza titolo, di cui all'art. 18 del d.P.R. n. 1035 del 1972, presuppone il difetto del "titolo di assegnazione", dal quale soltanto dipende la qualificazione come legittima od abusiva dell'occupazione dell'immobile; sicché, in assenza di un provvedimento di assegnazione, - in quanto mai emesso, ovvero successivamente revocato od annullato o divenuto inefficace per decadenza dallo stesso - l'occupazione predetta deve qualificarsi sempre come "abusiva", non essendo configurabile un titolo di detenzione autonomo dal titolo di assegnazione, atteso che, ove quest'ultimo venga meno, la normativa vigente prevede la risoluzione di diritto del contratto di locazione sottostante, secondo il principio *simul stabunt, simul cadent*.

Quanto alla dismissione dei beni facenti parte del patrimonio degli enti previdenziali, Sez. 2, n. 01359/2017, Federico, Rv. 642467-01 chiarisce che l'art. 3 del d.l. n. 351 del 2001 (conv., con modif., dalla l. n. 410 del 2001), nell'individuare le condizioni per l'esercizio del diritto di opzione in capo ai relativi conduttori, subordina l'esercizio di tale diritto unicamente alla condizione che il conduttore sia in regola con il pagamento dei canoni e non sia proprietario di altra abitazione, sicché non sussiste alcun divieto all'esercizio del diritto di opzione nel caso (affrontato nella specie) in cui il conduttore sia titolare di due contratti di locazione, vista anche la *ratio* della disciplina che prevede, quale modalità privilegiata di cessione volta a favorire la dismissione degli appartamenti, la cd. "vendita in blocco", e quindi, anche la facoltà di esercitare l'opzione in relazione a più unità immobiliari.

Si sono, invece, interessate del trasferimento di proprietà in ambito sanitario due decisioni. Quanto alla dotazione patrimoniale delle Aziende sanitarie, Sez. 2, n. 01895/2017, Scalisi, Rv. 642483-01, ha evidenziato come la riforma sanitaria attuata con la l. n. 833 del 1978, nell'attribuire alle USL le funzioni in materia di igiene e sanità

precedentemente svolte da una serie di altre amministrazioni, ha disposto il trasferimento dei beni e delle attrezzature di tali ultimi soggetti al patrimonio del comune, con vincolo di destinazione alle USL medesime, secondo due diverse modalità operative, rispettivamente disciplinate dagli artt. 65 e 66 della l. cit.: mentre, nel primo caso, il trasferimento avviene mediante decreto interministeriale, da adottare d'intesa con la regione interessata, nel secondo, cui è riconducibile il trasferimento, al patrimonio del comune, dei beni già appartenenti ai disciolti enti ospedalieri, esso si verifica *ope legis*, essendo a ciò sufficiente il contenuto immediatamente traslativo della norma stessa. Con riferimento, invece, al diverso tema dell'alienazione a terzi dei beni delle ASL, Sez. 1, n. 03618/2017, Di Virgilio, Rv. 643726-01, ha chiarito che, in forza del principio di specialità, tale alienazione deve seguire il regime della proprietà privata, poiché l'art. 5 del d.lgs. n. 229 del 1999 deroga alla generale previsione di cui all'art. 3, comma 109, della l. n. 662 del 1996 in tema di dismissione del patrimonio immobiliare delle pubbliche amministrazioni.

Relativamente, infine, al regime giuridico dei beni pubblici, meritano particolare menzione due interventi: a) Sez. U, n. 15279/2017, De Stefano, Rv. 644581-01, che ha affrontato il tema dell'ambito di operatività della disciplina in materia di cave e miniere prevista dal d.P.R. n. 128 del 1959 (nella specie, laddove prevede, all'art. 104, distanze diverse per gli scavi e specifici criteri di misurazione), chiarendo che essa prevale, in base al criterio di specialità, su quella del codice civile e del codice della strada, dovendo ritenersi che l'interesse pubblico sotteso alla coltivazione di cave e miniere sia prevalente, salve le norme di raccordo eventualmente e specificamente adottate dalla disciplina speciale, su quelle generali dettate in tema di rapporti di vicinato nonché di polizia e sicurezza delle strade, genericamente intese quali manufatti destinati alla circolazione di pedoni e veicoli; b) Sez. 2, n. 10323/2017, Giusti, Rv. 643889-01, che, a proposito dei beni archeologici presenti in Italia, ha evidenziato come essi si presumono, salvo prova contraria gravante sul privato che ne rivendichi la proprietà, provenienti dal sottosuolo o dai fondali marini italiani e conseguentemente appartengono al patrimonio indisponibile dello Stato.

1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione. Sul versante processuale, molteplici sono state le decisioni che hanno affrontato, sotto vari angoli prospettici,

il tema del riparto di giurisdizione in ipotesi di azioni a tutela di beni pubblici.

Anzitutto, Sez. U, n. 22188/2017, Mocchi, Rv. 645994, per cui le controversie instaurate tra un privato ed un Ente pubblico relative a rapporti tra proprietà finitime, alla loro effettiva estensione nonché al regolamento dei rispettivi confini, vanno devolute alla cognizione del G.O., non potendosi includere alcuna di esse nella "materia urbanistica ed edilizia" ex art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998; quindi, Sez. U, n. 18165/2017, Scarano, Rv. 645030 – 01, che, ravvisato nella realizzazione di un parco eolico un intervento di interesse pubblico – siccome attinente alla produzione di energia elettrica ed al suo trasporto nella rete nazionale – ha ricondotto alla giurisdizione esclusiva amministrativa gli atti del gestore di tale servizio funzionali alla sua costituzione ed alla determinazione delle sue modalità di esercizio e, conseguentemente, le domande del proprietario confinante, aventi ad oggetto la collocazione delle pale eoliche e le immissioni da esse provocate, laddove si traducano nella contestazione non di un'attività materiale posta in essere al di fuori di quella autoritativa, bensì di quella esecutiva dei provvedimenti amministrativi e delle relative scelte discrezionali riguardanti l'individuazione e la determinazione dell'opera pubblica sul territorio; per concludere, Sez. U n. 11988/2017, Falaschi, Rv. 644071-02, alla cui stregua, se l'Amministrazione titolare di un bene demaniale, di cui la controparte abbia la detenzione in virtù di precedente concessione, si avvalga, a difesa di tale proprietà, dei mezzi ordinari, la conseguente controversia di carattere meramente patrimoniale, in cui non si pongano questioni sul provvedimento o sull'azione autoritativa, rientra nella giurisdizione ordinaria, in quanto concernente un diritto soggettivo.

In tema concessioni di beni pubblici e relativa tutela possessoria, ancora, Sez. U, n. 02735/2017, Manna F., Rv. 642419-01, estende la disciplina dettata per il demanio, in quanto compatibile, anche al mare territoriale (benché quest'ultimo non vi rientri, configurandosi come una *res communis omnium*), essendone configurabile un diritto soggettivo ad uso speciale in favore del titolare della concessione avente ad oggetto uno stabilimento balneare aperto al pubblico, che ha un interesse differenziato all'esercizio della balneazione nello specchio di mare antistante, sicché anche l'alterazione dell'acqua marina è idonea a turbare l'esercizio del possesso corrispondente al diritto del concessionario.

Esclude, infine, l'applicabilità delle norme sulle distanze legali, allorché si tratti di opera costruita su area di proprietà demaniale, Sez.

2, n. 09913/2017, Federico, Rv. 643744-02, atteso che, in tal caso, l'eventuale pregiudizio dei diritti dei proprietari dei fondi contigui deve essere valutato in relazione all'uso normale spettante ai medesimi sul bene pubblico.

2. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati. Le distanze fra le costruzioni sono predeterminate con carattere cogente in via generale ed astratta, in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza, di guisa che al giudice non è lasciato alcun margine di discrezionalità nell'applicazione della disciplina in materia per equo contemperamento degli appositi interessi. Pertanto, Sez. 2, n. 08691/2017, Parziale, Rv. 643541-01 specifica che, in caso di costruzione realizzata in violazione delle distanze legali o regolamentari, il giudice deve ordinare incondizionatamente la riduzione in pristino, ancorché questa possa incidere sulle parti dell'edificio regolari. Sotto altro – ma concorrente – profilo, peraltro, Sez. 2, n. 0389/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 643037-01, chiarisce che, di fronte ad una domanda di riduzione in pristino di opere eseguite in contrasto con le prescrizioni vigenti, il giudice deve verificare la sussistenza delle lamentate violazioni sotto ogni profilo, alla stregua di criteri normativi identificabili ed applicabili d'ufficio, non incorrendo nel vizio di ultrapetizione ove applichi integralmente la disciplina sanzionatoria delle violazioni accertate, ancorché la domanda non abbia fatto specifico riferimento a tutte le conseguenze derivanti dalla violazione delle prescrizioni predette.

L'azione volta al rispetto delle distanze legali, avendo natura reale, va proposta nei confronti del proprietario attuale della costruzione illegittima, quale unico possibile destinatario dell'eventuale ordine di demolizione della stessa, sicché, ove nel corso del giudizio il bene sia alienato ed il successore a titolo particolare diventi parte del processo per intervento o per esservi stato chiamato, rileva Sez. 2, n. 03236/2017, Cosentino, Rv. 642494-02 che l'alienante non estromesso acquista la posizione di interventore *ad adiuvandum* dell'acquirente, esclusivamente nei confronti del quale va pronunciata la sentenza di condanna.

Delimita il campo di applicazione della normativa sulle distanze Sez. 2, n. 06855/2017, Criscuolo, Rv. 643375-01, la quale, in ipotesi di realizzazione, sul fondo di titolarità di un unico proprietario, di costruzioni a distanze inferiore a quella legale o regolamentare, ne afferma la legittimità, mirando la previsione di un'area di distacco ad assicurare il rispetto delle distanze tra fabbricati

edificati su fondi finitimi appartenenti a diversi proprietari. Nella perimetrazione dell'ambito di operatività della disciplina in questione vanno poi evidenziate Sez. 2, n. 25890/2017, Grasso, Rv. 648503-01, per cui le norme sulle distanze tra le costruzioni, integrative di quelle contenute nel codice civile, vanno applicate indipendentemente dalla destinazione dello spazio intermedio che ne risulti e prescindendo dall'appartenenza di tale spazio a terzi e Sez. 2, n. 09913/2017, Federico, Rv. 643744-02, già richiamata in precedenza, che esclude "in radice" l'applicabilità della disciplina delle distanze allorché si tratti di opera costruita su area di proprietà demaniale, giacché l'eventuale pregiudizio dei diritti dei proprietari dei fondi contigui deve essere valutato in relazione all'uso normale spettante ai medesimi sul bene pubblico.

Nella nozione di "costruzione", rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 873 c.c. e delle eventuali maggiori distanze stabilite dalle norme dei regolamenti locali integrativi della disciplina codicistica, Sez. 2, n. 24473/2017 fa rientrare il muro di sostegno del terrapieno, mentre Sez. 2, n. 08922/2017, Criscuolo, Rv. 643545-01, delineando con precisione il concetto di "muro di cinta" – da non considerare per il computo delle distanze nelle costruzioni, ex art. 878 c.c. – esclusivamente in quello con facce emergenti dal suolo che, essendo destinato alla demarcazione della linea di confine ed alla separazione dei fondi, si presenti separato da ogni altra costruzione, esclude la riconducibilità allo stesso del muro eretto in sopraelevazione di un fabbricato, a delimitazione di una terrazza di copertura di questo, posto che un simile manufatto non si configura separato dall'edificio cui inerisce e resta nel medesimo incorporato.

Più in generale, Sez. 2, n. 04190/2017, Lombardo, Rv. 643045-01 ricomprende nella nozione di "costruzione", rispetto alla quale il secondo costruttore può edificare in aderenza o a distanza legale, ogni opera edilizia che, oltre a presentare carattere di consistenza e stabilità, emerga in modo sensibile al di sopra del livello del suolo, non rilevando, in senso contrario, che il manufatto in questione (nella specie: rudere di un fabbricato) sia privo di destinazione od utilità economica.

Non può essere invece invocata, per evitare lo spostamento di una costruzione alla distanza prescritta dalle norme in materia, la disciplina prescritta dall'art. 2933, comma 2, c.c., che limita l'esecuzione forzata degli obblighi di non fare, vietando la distruzione della cosa che sia di pregiudizio all'economia nazionale giacché, come osserva Sez. 2, n. 25890/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 645803-02, tale limitazione va riferita alle sole fonti di produzione o distribuzione

della ricchezza dell'intero paese mentre la persistenza della costruzione a distanza inferiore rispetto a quella legale implica unicamente una lesione di - pur rilevanti - interessi individuali.

Per concludere, infine, indaga la tematica dei parcheggi pertinenziali negli edifici condominiali Sez. 2, n. 16441/2017, Dongiacomo, Rv. 644771-01, per cui la sostituzione automatica della clausola che riservi al venditore la proprietà esclusiva dell'area destinata a parcheggio ai sensi dell'art. 41-sexies della l. n. 1150 del 1942, come introdotto dall'art. 18 della l. n. 765 del 1967, con la norma imperativa che sancisce il proporzionale trasferimento del diritto d'uso a favore dell'acquirente di unità immobiliari comprese nell'edificio, attribuisce al venditore, ad integrazione dell'originario prezzo della compravendita, il diritto al corrispettivo del diritto d'uso sull'area medesima, il quale, in difetto di pattuizione tra le parti, va determinato in base al prezzo di mercato, presumendosene la coincidenza con il prezzo normalmente praticato dall'alienante, cui occorre in tal caso riferirsi ex art. 1474, comma 1, c.c.

In tale ambito, peraltro, Sez. 2, n. 22364/2017, D'Ascola, Rv. 645557-01, evidenzia come, mentre il vincolo di destinazione ex artt. 18 della l. n. 765 del 1967 e 26 della l. n. 47 del 1985 implica l'insorgenza dell'obbligo, non già di trasferire la proprietà dell'area destinata a parcheggio insieme alla costruzione quanto, piuttosto, di non eliminare il vincolo esistente, così creando in capo all'acquirente dell'appartamento un diritto reale d'uso sull'area medesima, come individuata sulla base della concessione edilizia, diversamente, nel caso dei parcheggi soggetti al vincolo pubblicistico d'inscindibilità con l'unità immobiliare, introdotto dall'art. 2 della l. n. 122 del 1989, il proprietario dell'unità abitativa può pretendere una determinata autorimessa, essendo tali parcheggi assoggettati a un regime di circolazione controllata e di utilizzazione vincolata e, conseguentemente, non trasferibili in via autonoma.

3. Azioni a tutela della proprietà. La "*probatio diabolica*" che accompagna l'esercizio dell'azione di rivendicazione trova applicazione, come osservato da Sez. 2, n. 01210/2017, Scarpa, Rv. 642466-01, anche nel caso di azione volta ad ottenere il mero accertamento della proprietà o comproprietà di un bene, anche unicamente per eliminare uno stato di incertezza circa la legittimità del potere di fatto esercitato sullo stesso, trattandosi di onere probatorio da assolvere ogni volta che sia proposta una domanda che fonda sul diritto di proprietà tutelato *erga omnes*.

Una parziale attenuazione del regime probatorio richiesto dall'art. 948 c.c. si registra allorché la domanda fondi sull'avvenuta usucapione di un bene: Sez. 2, n. 22667/2017, Lombardo, Rv. 645561-01 chiarisce, infatti, che se l'attore deve dare la prova di tutti gli elementi costitutivi della dedotta fattispecie acquisitiva e, quindi, non solo del *corpus*, ma anche dell'*animus*, cionondimeno quest'ultimo elemento può eventualmente essere desunto in via presuntiva dal primo, se vi è stato svolgimento di attività corrispondenti all'esercizio del diritto di proprietà ed in tal caso sul convenuto grava l'onere di dimostrare il contrario, provando che la disponibilità del bene è stata conseguita dall'attore mediante un titolo (nella specie, un contratto di comodato) che gli conferiva un diritto di carattere soltanto personale.

Più in generale, in tema di onere della prova, Sez. 2, n. 00472/2017, Scarpa, Rv. 642212-01, detta criteri chiari per distinguere l'azione *negatoria servitutis*, quella di rivendica e la *confessoria servitutis*: le tre azioni, infatti, si differenziano in quanto l'attore, con la prima, si propone quale proprietario e possessore del fondo, chiedendone il riconoscimento della libertà contro qualsiasi pretesa di terzi; con la seconda, si afferma proprietario della cosa di cui non ha il possesso, agendo contro chi la detiene per ottenerne, previo riconoscimento del suo diritto, la restituzione; con la terza, infine, dichiara di vantare sul fondo, che pretende servente, la titolarità di una servitù. Ne consegue che, sotto il profilo probatorio, nel primo caso l'attore deve dimostrare, con ogni mezzo ed anche in via presuntiva, di possedere il fondo in forza di un titolo valido; allorché, invece, agisca in rivendica, deve fornire la piena prova della proprietà, dimostrando il suo titolo di acquisto e quello dei suoi danti causa fino ad un acquisto a titolo originario; da ultimo, nell'ipotesi di *confessoria servitutis*, ha l'onere di provare l'esistenza della servitù che lo avvantaggia.

La tematica dell'onere della prova è stata ulteriormente approfondita in materia di tutela avverso le immissioni e di azione di regolamento di confini.

Quanto al primo profilo, Sez. 2, 01606/2017, Scarpa, Rv. 642471-01 assegna un ruolo di rilievo alle indagini peritali, chiarendo che i mezzi di prova esperibili per accertare il livello di normale tollerabilità ex art. 844 c.c. costituiscono tipicamente accertamenti di natura tecnica che, di regola, vengono compiuti mediante apposita consulenza d'ufficio con funzione "percipiente", in quanto soltanto un esperto è in grado di accertare, per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone, l'intensità dei suoni o delle emissioni di vapori o gas, nonché il loro grado di sopportabilità per le persone,

potendosi in tale materia ricorrere alla prova testimoniale soltanto quando essa verta su fatti caduti sotto la diretta percezione sensoriale dei deponenti e non si riveli espressione di giudizi valutativi.

Quanto, invece, all'azione ex art. 950 c.c., Sez. 2, 14020/2017, Federico, Rv. 644478-01 precisa che il ricorso al sistema di accertamento sussidiario costituito dalle mappe catastali è consentito al giudice non soltanto in caso di mancanza assoluta ed obiettiva di altri elementi, ma anche nell'ipotesi in cui questi (per la loro consistenza, o per ragioni attinenti alla loro attendibilità) risultino, secondo l'incensurabile apprezzamento svolto in sede di merito, comunque inidonei alla determinazione certa del confine.

La delimitazione del campo di operatività dell'azione di regolamento di confini è stata, in realtà, oggetto di plurime pronunzie.

Anzitutto Sez. 2, n. 02297/2017, Scalisi, Rv. 642489-01, che qualifica in termini di *actio finium regundorum*, e non di rivendica, l'azione proposta dal proprietario che, pur in presenza di un confine apparente, ne deduca l'incertezza per intervenuta usurpazione di una porzione del proprio terreno da parte del vicino, e chieda, per l'effetto, un accertamento giudiziale della superficie dei fondi confinanti senza porre in discussione i titoli di proprietà, dovendosi ritenere del tutto irrilevante, al riguardo, che l'accertamento della proprietà di una delle parti sulla porzione di fondo controversa comporti anche un effetto recuperatorio della proprietà stessa quale mera conseguenza dell'esperimento della detta azione, la cui finalità è soltanto quella di eliminare l'incertezza e le contestazioni relativa alla linea divisoria, prescindendo da ogni controversia sul diritto di proprietà.

Quindi, Sez. 2, 20349/2017, Sabato, Rv. 645102-01, che legittima l'esercizio di tale azione, sussistendone i presupposti, anche nel caso in cui, per effetto della traslazione dei confini, i fondi interessati dalla situazione di incertezza siano a due a due contigui, ove, in base alle relazioni geometriche esistenti tra le rispettive giaciture dei confini, l'attore abbia interesse a farli accertare tutti in un unico processo.

Infine, Sez. 2, n. 25354/2017, Abete, Rv. 645994-01, che osserva come l'azione ex art. 950 c.c. concerna non solo terreni rustici, ma anche a quelli urbani, edificati o non, essendo la parola "fondo" indicativa dell'unità immobiliare come area suscettibile di tutte le sue possibili utilizzazioni.

Relativamente all'*actio negatoria servitutis*, poi, premesso (Sez. 2, n. 00203/2017, Scarpa, Rv. 642206-01) che la stessa tende alla

negazione di qualsiasi diritto, anche dominicale, affermato dal terzo sul bene e, quindi, non al mero accertamento dell'inesistenza della pretesa servitù ma al conseguimento della cessazione della dedotta situazione antiggiuridica, al fine di ottenere la libertà del fondo – in ciò distinguendosi, dunque, dalla domanda di riduzione in pristino per aggravamento di servitù esistente, la quale prospetta un'alterazione dei luoghi compiuta dal titolare di una servitù prediale e trova fondamento nei rimedi di cui agli artt. 1063 e 1067 c.c. – Sez. 2, n. 19145/2017, Sabato, Rv. 644991-01 osserva che legittimato passivo alla domanda proposta da colui che, essendo nel possesso di un bene immobile, vanta di averne acquistato la proprietà a titolo di usucapione, è solo chi contesti detto acquisto a titolo originario ovvero vanta altri diritti sul bene, e non anche l'apparente proprietario dello stesso.

Del tutto peculiare, ancora, è il caso affrontato da Sez. 2, n. 09913/2017, Federico, Rv. 643744-01, relativo alla violazione delle disposizioni in materia di distanze tra fondi finitimi, conseguente all'erezione di un muro sulla linea di mezzeria di un fosso che separa due terreni: osserva, infatti, la S.C. che, in simile ipotesi, la deduzione concernente la natura demaniale del fosso stesso integra una mera difesa, rilevabile d'ufficio, inerendo alla sussistenza degli elementi costitutivi del diritto azionato, sicché, ove sollevata in appello, la relativa eccezione non è tardiva, ostando l'art. 345, comma 2, c.p.c. alla proposizione delle sole eccezioni in senso stretto.

Si sofferma, infine, sui poteri riconosciuti alle parti in appello Sez. 6-2, n. 24435/2017, Giusti, in corso di massimazione, che, ribadito come i diritti reali si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto (ossia il bene che ne forma l'oggetto) e non al titolo che ne costituisce il fondamento, ne fa derivare la conseguenza per cui l'allegazione nel giudizio di rivendicazione, in primo come in secondo grado, di un titolo diverso rispetto a quello originariamente posto a base della domanda rappresenta solo un'integrazione delle difese sul piano probatorio, non implicando la proposizione di una domanda nuova né la rinuncia alla valutazione del diverso titolo dedotto in precedenza. Pertanto, decisa la controversia sulla base di uno dei titoli suddetti, al giudice dell'impugnazione non è preclusa la decisione sulla base dell'altro o di entrambi i titoli dedotti, anche se la parte interessata non abbia proposto alcuna specifica doglianza ed istanza in tal senso, giacché l'art. 346 c.p.c. attiene alle domande ed eccezioni non accolte nella sentenza appellata e non riproposte in appello, non agli elementi di prova che, acquisiti al giudizio ma

pretermessi dal primo giudice, il secondo ritenga, invece, rilevanti ai fini dell'esatta definizione della controversia.

4. Comunione di diritti reali. Fermo il rinvio al relativo capitolo tematico, cionondimeno vanno comunque evidenziate alcune decisioni che affermano principi di carattere generale in materia di comunione.

Si occupa della disciplina applicabile ai consorzi di urbanizzazione – consistenti in aggregazioni di persone fisiche o giuridiche, preordinate alla sistemazione o al miglior godimento di uno specifico comprensorio mediante la realizzazione e la fornitura di opere e servizi – Sez. 1, n. 09568/2017, Ferro, Rv. 643730-01, che, sottolineata la loro natura di figure atipiche, nelle quali i connotati delle associazioni non riconosciute si coniugano con un forte profilo di realtà, chiarisce come il giudice, nell'individuare la fonte regolamentare, debba avere riguardo, in primo luogo, alla volontà manifestata nello statuto e, solo ove questo non disponga, alla normativa delle associazioni o della comunione.

Ribadendo, poi, un orientamento costante in materia di comunione legale tra i coniugi, Sez. 1, n. 08803/2017, Genovese, Rv. 643515-01 ne afferma la natura di comunione senza quote sino al momento del suo scioglimento ex art. 191 c.c., allorché i beni cadono in comunione ordinaria e ciascun coniuge, che abbia conservato il potere di disporre della propria quota, può liberamente e separatamente alienarla, essendo venuta meno l'esigenza di tutela del coniuge a non entrare in rapporto di comunione con estranei.

Da ultimo Sez. 2, 24489/2017, Sabato, Rv. 645801-01 ha chiarito che in tema di comunione, la delibera che abbia ad oggetto la stipula (al limite anche in forma orale) di un contratto di affitto di fondo rustico per la durata minima di quindici anni, prescritta dalla l. n. 203 del 1982, va assunta all'unanimità, ex art. 1108, comma 3, c.c., non derogando la richiamata normativa speciale alla previsione codicistica dettata per deliberazioni che concernono le locazioni ultranovennali.

4.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria. Ravvisa nel provvedimento con cui l'autorità giudiziaria nomina, ex art. 1105, comma 4, c.c., un amministratore della cosa comune, al fine di supplire all'inerzia dei partecipanti alla comunione, un atto di giurisdizione volontaria – perciò privo di carattere decisorio o definitivo, in quanto revocabile e reclamabile ai sensi degli artt. 739, 742 e 742 *bis* c.p.c. – Sez. 6-2, n. 15548/2017, Scarpa, Rv. 644623-01:

ne consegue che detto provvedimento non è ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., salvo che, travalicando i limiti previsti per la sua emanazione, abbia risolto in sede di volontaria giurisdizione una controversia su diritti soggettivi.

Con riguardo alle domande di risoluzione del contratto di locazione e di condanna del conduttore al pagamento dei canoni, poi, Sez. 3, n. 09556/2017, Dell'Utri, Rv. 643852-01 nega la legittimazione attiva del comproprietario del bene locato *pro parte dimidia*, ove risulti l'espressa volontà contraria degli altri comproprietari (e sempre che il conflitto, non superabile con il criterio della maggioranza economica, non venga composto in sede giudiziale, a norma dell'art. 1105 c.c.), considerato che, in detta situazione, resta superata la presunzione che il singolo comunista agisca con il consenso degli altri, e, quindi, cade il presupposto per il riconoscimento della sua abilitazione a compiere atti di utile gestione rientranti nell'ordinaria amministrazione della cosa comune.

Particolarmente copiosa, la giurisprudenza in materia di scioglimento della comunione: fermi, anche in tal caso, gli approfondimenti nei capitoli specificamente dedicati alla comunione ed alla disciplina delle successioni, appare tuttavia opportuno segnalare, in questa sede, due decisioni di carattere generale.

Anzitutto Sez. 2, n. 01665/2017, Manna F., Rv. 642478-01, che ha il pregio di chiarire come, il giudice, nel risolvere con sentenza gli incidenti cognitivi tipici del giudizio di scioglimento di comunione (quali le contestazioni sul diritto alla divisione, le controversie sulla necessità della vendita e le contestazioni sul progetto di divisione), ben può regolarne anche le spese di lite, trattandosi di provvedimenti potenzialmente definitivi perché, diversamente da quanto accade nel processo dichiarativo, quello di scioglimento della comunione non è fisiologicamente destinato a chiudersi con una decisione di merito.

Quindi, Sez. 2, n. 13621/2017, D'Ascola, Rv. 644327-01, per cui, nel procedimento per lo scioglimento di una comunione, non solo non occorre una formale osservanza delle disposizioni previste dall'art. 789 c.p.c., essendo sufficiente che il giudice istruttore faccia proprio, sia pure implicitamente, il progetto approntato e depositato dal c.t.u., ma neppure è necessaria la fissazione dell'apposita udienza di discussione del progetto quando le parti abbiano già escluso, con il loro comportamento processuale (nella specie, richiedendo concordemente di differire la causa all'udienza di precisazione delle conclusioni e sollecitando, per quanto concerne la posizione di tre dei comunisti, l'assegnazione di una quota personale, in luogo di assegnazioni congiunte), la possibilità di una chiusura del

procedimento mediante accettazione consensuale della proposta di divisione, in tal modo giustificandosi la diretta rimessione del giudizio alla fase decisoria.

5. Usufrutto, uso e abitazione. Si è occupata di usufrutto Sez. 2, n. 14803/2017, Giusti, Rv. 644488-01, a proposito di decadenza dell'usufruttuario dal suo diritto in conseguenza dell'abuso fattone, ex art. 1015 c.c. e consistente nella mancanza di ordinarie riparazioni che lasci andare in perimento i beni che ne formano oggetto: in tal caso, il nudo proprietario deve limitarsi a dimostrare la sussistenza di tale condizione al momento della proposizione della domanda, mentre grava sull'usufruttuario, che affermi che la mancanza di manutenzione preesisteva alla costituzione del suo diritto, l'onere di provare tale circostanza, trattandosi un'eccezione diretta a paralizzare la pretesa fatta valere in giudizio.

Il tema del pagamento degli oneri condominiali a carico di un appartamento gravato da diritto di abitazione è invece sviluppato, sia pure relativamente a fattispecie anteriore alla novella introdotta con la l. n. 220 del 2012, da Sez. 2, n. 09920/2017, Giusti, Rv. 643746-01, per cui, ove un appartamento sia oggetto di diritto reale di abitazione, gravano sul titolare di quest'ultimo le spese di amministrazione e di manutenzione ordinaria, mentre cedono a carico del nudo proprietario quelle per le riparazioni straordinarie, trovando applicazione, giusta l'art. 1026 c.c., le disposizioni dettate dagli artt. 1004 e 1005 c.c. in tema di usufrutto.

Distingue chiaramente, infine, l'"uso esclusivo" delle parti comuni all'interno di un edificio condominiale dal diritto d'uso ex art. 1021 c.c., Sez. 2, n. 24301/2017, Sabato, Rv. 645793-01, la non incidendo l'"uso esclusivo" su parti comuni dell'edificio eventualmente riconosciuto, al momento della costituzione di un condominio, in favore di unità immobiliari in proprietà esclusiva, al fine di garantirne il migliore godimento, sull'appartenenza delle dette parti comuni alla collettività quanto, piuttosto, sul riparto delle correlate facoltà di godimento fra i condomini, che avviene secondo modalità non paritarie determinate dal titolo, in deroga a quello altrimenti presunto ex artt. 1102 e 1117 c.c.: tale diritto, dunque, non è riconducibile al diritto reale d'uso previsto dall'art. 1021 c.c. e, pertanto, oltre a non mutuarne le modalità di estinzione, è tendenzialmente perpetuo e trasferibile ai successivi aventi causa dell'unità immobiliare cui accede.

6. Servitù prediali. Muovendo, anzitutto, dall'esame dei modi di costituzione delle servitù, Sez. U, n. 19042/2017, Bianchini, Rv. 645139-01, esclude la riconducibilità alle "servitù" in senso proprio della servitù di allagamento, la quale va – invece – ricondotta nell'ambito dei vincoli pubblicistici alla proprietà privata, indicati solo descrittivamente come "servitù" dall'art. 43, comma 6 *bis*, del d.P.R. n. 327 del 2001: essa, infatti, da un lato rappresenta oggetto di un atto di imperio e la sua regolamentazione costituisce una forma di governo del territorio, rientrando nella competenza concorrente tra Stato e Regioni, in virtù degli artt. 117 Cost. e 5, comma 10, del d.P.R. n. 327 del 2001, mentre, dall'altro, per i suoi caratteri di temporaneità e periodicità, non è riconducibile al novero delle servitù di natura civilistica, per le quali opera il principio di tipicità.

In tema di parcheggi, si pone in linea di parziale discontinuità rispetto al recente passato, invece, Sez. 2, n. 16698/2017, Picaroni, Rv. 644848-01, che ritiene come lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non precluda in assoluto la costituzione di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un'autovettura su fondo altrui, a condizione che, in base all'esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione.

Quanto, poi, alle condizioni occorrenti per disporre il passaggio necessario ex art. 1051 c.c., Sez. 2, n. 14788/2017, Scalisi, Rv. 644487-01, ravvisa la loro ricorrenza allorché il fondo sia circondato da fondi altrui e non abbia uscita sulla strada pubblica o non possa procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, mentre, laddove un immobile non sia intercluso, ma il suo accesso alla via pubblica sia inadatto od insufficiente ai relativi bisogni e non possa essere ampliato, si verte in ipotesi di passaggio coatto, che può essere disposto *officio iudicis*, ex art. 1052 c.c.: in tale ultimo caso, peraltro, ove l'accesso alla via pubblica già avvenga in forza di servitù volontaria su altro fondo, la costituzione della servitù prevista dall'art. 1052 c.c. è condizionata, oltre al rispetto dei requisiti predetti, alla rispondenza alle esigenze di sfruttamento agricolo od industriale del fondo dominante, senza compromettere analoghe utilizzazioni di quello servente, e la ricorrenza di tale requisito deve essere valutata con riguardo allo stato attuale dei terreni ed alle effettive possibilità di un loro più ampio o migliore impiego. Né rileva, in senso ostativo alla costituzione di tale tipologia di servitù, la circostanza che il proprietario del fondo intercluso sia comproprietario dei fondi interposti tra quello di sua esclusiva proprietà e la via pubblica, in

quanto, come osserva Sez. 2, n. 07318/2017, Lombardo, Rv. 643524-01, il comunista non può asservire il fondo comune al proprio.

Caso peculiare di costituzione di servitù di passaggio ed acquedotto coattivi è quello affrontato da Sez. 2, n. 24470/2017, Sabato, Rv. 645798-01 e Rv. 645798-02, a proposito dell'attraversamento di fondi da parte di ferrovie private di seconda categoria: con riferimento alla prima tipologia, è stato chiarito come già il tenore letterale dell'art. 55 del r.d. n. 1447 del 1912 legittimi il titolare dello stabilimento necessitante di un binario di raccordo o di un allacciamento a richiedere, mediante la parificazione di questi ultimi ad una ferrovia privata di seconda categoria, la costituzione di servitù coattiva ex art. 5 del medesimo r.d., ove sia necessario l'attraversamento di terreni di terzi interposti rispetto alla strada ferrata; avuto riguardo, invece, alla costituzione della servitù di acquedotto mediante opere già esistenti sul fondo servente, che trova la propria disciplina nell'art. 1034 c.c., giusta il rinvio ad esso operato dall'art. 5 del r.d. n. 1447 cit., essa deve ritenersi consentita, oltre che quando lo offra il titolare di quest'ultimo, anche quando lo domandi l'avente diritto sul fondo dominante e non sussistano l'aggravio o il conflitto di uso che la norma tende ad evitare, in particolare ove il proprietario del fondo servente non prospetti la necessità o possibilità – da apprezzarsi da parte del giudice con congrua motivazione – di adibire dette opere per il corso di altre acque.

Per quanto concerne la costituzione di servitù di passaggio coattivo a favore di fondo non intercluso Sez. 2, n. 01603/2017, Federico, Rv. 642470-01, definisce ulteriormente i contorni entro cui deve muoversi la valutazione dell'autorità giudiziaria, dovendosi interpretare il riferimento alle esigenze dell'agricoltura o dell'industria, ex art. 1052, comma 2, c.c., nel senso di ricomprendere anche interessi di carattere abitativo o di carattere generale, anche di natura economica, di valorizzazione dell'attività d'impresa in determinati settori produttivi, riconosciuti meritevoli di tutela dalla legislazione speciale.

Indugia, più nello specifico, sulla costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia, Sez. 2, n. 14292/2017, Dongiacomo, Rv. 644480-01, alla cui stregua il requisito dell'apparenza, necessario ai fini dell'acquisto della servitù ex art. 1062 c.c., si configura come presenza di opere permanenti e visibili destinate al suo esercizio, all'uopo essendo sufficiente che le opere siano individuabili – anche se solo saltuariamente ed occasionalmente – da qualsivoglia punto d'osservazione, anche esterno al fondo servente, purché, per la loro struttura e consistenza, esse rendano

manifesta la situazione di asservimento di tale fondo (nella specie, la S.C. ha ritenuto la natura apparente di una servitù di tubatura idrica collocata al di sotto del pavimento dell'appartamento che fungeva da fondo servente, in quanto visibile dal proprietario di quest'ultimo in occasione dello svolgimento di lavori edili).

Sostanzialmente nel medesimo senso Sez. 2, n. 25355/2017, Scalisi, Rv. 645945, e Sez. 6-2, n. 07004/2017, Lombardo, Rv. 643386-01, con riferimento all'acquisto, per usucapione o destinazione del padre di famiglia, di una servitù di passaggio: a tal fine non sono state ritenute sufficienti l'esistenza, rispettivamente, di un'apertura nella recinzione di un fondo – siccome non univocamente preordinata all'esercizio dell'invocata servitù – ovvero di una strada o di un percorso idonei all'esercizio del passaggio, occorrendo che l'una o l'altro mostrino di essere stati realizzati al preciso scopo di dare accesso al fondo preteso dominante attraverso quello preteso servente e necessitandosi, pertanto, di un *quid pluris* che dimostri la loro specifica destinazione all'esercizio della servitù.

Con riferimento al sistema tavolare, infine, Sez. 2, n. 09993/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 643887-01, muovendo dalla considerazione per cui l'iscrizione nei libri fondiari (o intavolazione), richiesta per rendere efficaci e documentare l'acquisto, la modificazione o l'estinzione dei diritti reali, deve indicare con precisione tutto il contenuto e l'estensione del diritto, con gli eventuali confini, come richiesto dall'art. 12 dell'allegato al r.d. n. 499 del 1929, osserva che, ove l'intavolazione concerna una servitù prediale e sia generica, non rispettando tali indicazioni né comprendendo un preciso richiamo ad una determinata disposizione dell'atto costitutivo della servitù medesima, come consentito dall'art. 5 del citato allegato, si deve presumere che detto atto non regoli in alcun modo l'estensione e l'esercizio di quella servitù, con la conseguenza che devono trovare applicazione, al riguardo, le norme suppletive previste dagli artt. 1064 e ss. c.c.

Avuto riguardo alle modalità di esercizio delle servitù, Sez. 2, n. 07564/2017, Scarpa, Rv. 643527-01 chiarisce che l'estensione di una servitù convenzionale e le modalità del suo esercizio devono essere desunte dal titolo, da interpretarsi secondo i criteri di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. con l'ulteriore precisazione per cui, ove la convenzione manchi di sufficienti indicazioni, divengono operanti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1063, 1064 e 1065 c.c., i criteri di legge, in forza dei quali il diritto comprende quanto necessario per farne uso e deve essere esercitato in modo da

consentire di soddisfare il bisogno del fondo dominante, con il minor aggravio per il fondo servente.

Entro tale ambito, Sez. 6-2, n. 06653/2017, Scarpa, Rv. 643382-01 ripartisce tra il proprietario del fondo servente ed il proprietario del fondo dominante, proporzionalmente ai rispettivi vantaggi, le spese inerenti le opere necessarie alla conservazione della servitù, in applicazione estensiva dell'art. 1069, comma 3, c.c.

6.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù. In tema di *actio confessoria servitutis*, Sez. 2, n. 10617/2017, Abete, Rv. 643891-01 riconosce la legittimazione al relativo esperimento all'enfiteuta, essendo questi abilitato a costituire una servitù in favore del fondo oggetto del suo dominio, ai sensi dell'art. 1078 c.c., ed in applicazione analogica dell'art. 1012, comma 2, c.c., secondo cui l'usufruttuario può far riconoscere l'esistenza delle servitù a favore del fondo.

Si occupa della domanda volta alla costituzione coattiva di servitù di passaggio che riguardi una pluralità di fondi che si frappongono all'accesso alla pubblica via, Sez. 2, n. 01646/2017, Cosentino, Rv. 642447-01, la quale richiede l'evocazione in giudizio di tutti i proprietari di tali fondi, poiché solo con la costituzione del passaggio nella sua interezza si realizza la funzione propria del diritto riconosciuto al proprietario del fondo intercluso dall'art. 1051 c.c.: con la conseguenza che, in mancanza, la domanda va respinta, perché diretta a far valere un diritto inesistente, restando esclusa la possibilità di integrare il contraddittorio rispetto ai proprietari pretermessi.

È inoltre ammissibile l'acquisto, per usucapione, di una servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dal codice civile o dai regolamenti e dagli strumenti urbanistici, anche nel caso in cui la costruzione sia abusiva, atteso che – come chiarito da Sez. 6-2, n. 1395/2017, Lombardo, Rv. 642565-01 – il difetto della concessione edilizia esaurisce la sua rilevanza nell'ambito del rapporto pubblicistico, senza incidere sui requisiti del possesso *ad usucapionem*.

Quanto, poi, all'eccezione di estinzione della servitù per prescrizione, Sez. 2, n. 02789/2017, Picaroni, Rv. 642810-01 ne ammette la proponibilità ad opera del solo titolare del fondo servente, quale soggetto a favore del quale la prescrizione stessa matura.

7. Tutela ed effetti del possesso. Numerose le pronunce della S.C. relativamente al possesso utile ai fini dell'usucapione.

In primo luogo Sez. 6-2, n. 24781/2017, Orilia, in corso di massimazione, che affronta la questione del comproprietario nel possesso del bene comune il quale, prima della divisione, intenda usucapire la quota degli altri comunisti: confermando il costante orientamento di legittimità, è stato in tale circostanza ribadito come non occorranza atti di interversione del titolo del possesso, dovendo egli estendere il possesso già esercitato sul bene comune – ed a titolo di comproprietà – in temi di esclusività, a tal fine occorrendo che fruisca del bene in modo inconciliabile con la possibilità di godimento altrui e tale da evidenziare in modo univoco la volontà di possedere *uti dominus* e non più *uti condominus*, non essendo dunque sufficiente che gli altri partecipanti si astengano dall'uso della cosa comune.

La delicatezza delle questioni in gioco (perdita del diritto di proprietà e contestuale acquisto di esso in capo ad altro soggetto) ha quindi spinto Sez. 2, n. 20539/2017, Sabato, Rv. 645235-01, a chiarire come, l'esigenza di un attento bilanciamento dei valori in conflitto, tutelati dall'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, impone al giudice nazionale l'impiego di un particolare rigore nell'apprezzamento – anche sul piano probatorio – della sussistenza dei presupposti per l'acquisto a titolo originario della proprietà, prevalente sul precedente titolo dominicale. Ove congruamente motivato ed immune da vizi giuridici, poi, l'apprezzamento del giudice del merito in ordine alla validità degli eventi dedotti dalla parte al fine di accertare se, nella concreta fattispecie, ricorrano, o meno, gli estremi del possesso idoneo ad usucapire è incensurabile in sede di legittimità, secondo quanto precisato da Sez. 6-2, n. 00356/2017, Correnti, Rv. 642317-01.

Sicché, qualora si proponga una domanda (nella specie, volta ad ottenere la condanna al rilascio di un immobile per occupazione senza titolo) avente come fatto costitutivo la detenzione della cosa da parte del convenuto, Sez. 3, n. 14640/2017, Graziosi, Rv. 644649-01 pone sull'attore l'onere di provare la natura del potere fattuale esercitato dalla controparte, operando, in difetto, la presunzione di possesso sancita dall'art. 1141 c.c. A tale proposito, peraltro, Sez. 2, n. 03517/2017, Grasso, Rv. 648265-01 ribadisce che, a norma dell'art. 1142 c.c., il possesso si presume ininterrotto sin dall'origine in capo al possessore attuale che ha posseduto in tempo più remoto, incombendo sulla parte interessata l'onere di provare che tale possesso è mancato, per un tempo più o meno lungo, nel periodo intermedio.

Né l'invalidità, per difetto dei prescritti requisiti di forma, dell'atto o del negozio in virtù del quale è stato consegnato un bene vale ad escludere, secondo quanto chiarito da Sez. 2, n. 16412/2017, Giusti, Rv. 644847-01, la rilevanza di detto atto quale prova di una detenzione qualificata del bene medesimo, perciò inidonea all'acquisto della relativa proprietà per usucapione, salva la dimostrazione del suo mutamento in possesso, ex art. 1141, comma 2, c.c.

Casi peculiari sono, invece, quelli affrontati da Sez. 2, n. 20451/2017, Scalisi, Rv. 645104-02, in tema di usucapione speciale ex art. 1159 *bis* c.c. e da Sez. 2, n. 20610/2017, Varrone, Rv. 645237-01, a proposito di radiofrequenze. Nella prima circostanza, la S.C. ha chiarito come non sia sufficiente, ai fini dell'operatività dell'istituto disciplinato dall'art. 1159 *bis* c.c., che il fondo sia iscritto nel catasto rustico, occorrendo che esso, quanto meno all'atto dell'inizio della *possessio ad usucapionem*, sia destinato in concreto all'attività agraria, atteso che tale usucapione può avere ad oggetto soltanto un fondo rustico inteso come entità agricola ben individuata ed organizzata, che sia destinata ed ordinata a una propria vicenda produttiva. Con la conseguenza che ne discende per cui l'art. 1159 *bis* c.c. non é applicabile, né in via analogica, trattandosi di norma eccezionale rispetto a quella di cui all'art. 1158 c.c., né in base ad un'interpretazione estensiva, tenuto conto delle finalità perseguite dal legislatore, qualora il possesso protratto venga dedotto ai fini dell'acquisizione di limitate superfici, ancorché facenti parti di maggiori fondi coltivati o coltivabili siti in zone montane, che non siano di per sé idonee a costituire un'autonoma unità produttiva. Nel secondo caso, invece, la S.C. ha riconosciuto al titolare di un'autorizzazione provvisoria all'esercizio dell'impianto di radiodiffusione la legittimazione, sulla base del semplice "preuso" della propria banda di frequenza, ad esperire le azioni a tutela di quest'ultima contro le interferenze provenienti da altre emittenti, ivi incluse le azioni possessorie.

L'aspetto relativo all'interruzione del decorso del termine *ad usucapionem* è affrontato da Sez. 6-2, n. 11698/2017, Correnti, Rv. 644065-01, che nega tale effetto alla querela per arbitraria occupazione di una porzione di terreno, giacché essa non comporta la perdita materiale, in capo al querelato, del potere di fatto sulla cosa e da Sez. 6-2, n. 00362/2017, D'Ascola, Rv. 642552, che, relativamente all'usucapione del diritto a mantenere una distanza tra immobili inferiore a quella legale, ritiene che il possesso continuato debba ritenersi interrotto allorché la vecchia costruzione sia sostituita

da una costruzione nuova – cioè modificata – per dimensioni e volumetrie.

Diverso modo di acquisto della proprietà è esaminato da Sez. 2, n. 01593/2017, Falabella, Rv. 642469-03, che, occupandosi dell'istituto disciplinato dall'art. 1153 c.c., evidenzia come la buona fede che rileva ai sensi della richiamata previsione corrisponde a quella di cui all'art. 1147 c.c., onde essa non è invocabile, ai sensi del comma 2 della norma da ultimo richiamata, da chi compie l'acquisto ignorando di ledere l'altrui diritto per colpa grave; nel delineare i contorni di quest'ultima, quindi, la S.C. osserva che essa ricorre quando quell'ignoranza sia dipesa dall'omesso impiego, da parte dell'acquirente, di quel minimo di diligenza, proprio anche delle persone scarsamente avvedute, che gli avrebbe permesso di percepire l'idoneità dell'acquisto a determinare la lesione dell'altrui diritto, poiché “*non intelligere quod omnes intellegunt*” costituisce un errore inescusabile, incompatibile con il concetto stesso di buona fede (la S.C. pertanto ha escluso la buona fede nell'acquisto di dipinti antichi di provenienza illecita da parte di un professionista del settore che, non usando la dovuta prudenza, si era accontentato della dichiarazione mendace del venditore di aver acquistato i beni ad un'asta fallimentare, senza chiedere il verbale di aggiudicazione delle opere, nonostante il loro elevatissimo valore).

Sempre relativamente all'ambito di operatività dell'art. 1153 c.c., esclude la sua applicabilità alle opere immateriali dell'ingegno Sez. 1, n. 00039/2017, Lamorgese, Rv. 643015-01, ciò ostando il carattere particolare del diritto d'autore, che trova fondamento unicamente nell'atto creativo e realizzativo dell'idea, per il trasferimento del quale non si richiede una consegna che, quand'anche ricorrente, si riferisce all'oggetto materiale in cui l'opera si estrinseca, senza però mai immedesimarsi in essa; inoltre, seppure l'art. 167 della l. n. 633 del 1941, abbia voluto assicurare, a chi si trovi in una posizione corrispondente a quella del possessore di buona fede, la possibilità di far valere i suoi diritti nei confronti di eventuali contraffattori, non ha tuttavia inteso innovare i principi che attengono alla natura immateriale dell'opera dell'ingegno ed ai modi di acquisto dei diritti ad essa inerenti.

Chiarisce, infine, Sez. 2, n. 20207/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 645231-01, che essendo il credito per l'indennità ex art. 1150 c.c. un credito di valore, giacché mira a reintegrare il patrimonio del possessore che ha eseguito i miglioramenti, nella relativa determinazione il giudice deve tenere conto della svalutazione monetaria.

7.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie. Si occupa della tempestività delle azioni di reintegrazione e manutenzione Sez. 6-2, n. 20134/2017, Scarpa, Rv. 645701-01 ed Rv. 645701-02, la quale osserva come, nel caso di spoglio o turbativa posti in essere con una pluralità di atti, il termine utile per l'esperimento dell'azione possessoria decorre dal primo di essi soltanto se quelli successivi, essendo strettamente collegati e connessi, devono ritenersi prosecuzione della stessa attività; altrimenti, quando ogni atto – presentando caratteristiche sue proprie – si presta ad essere considerato isolatamente, il termine decorre dall'ultimo atto. Sicché, ove vengano denunciati, quali molestie possessorie, l'ampliamento e la sopraelevazione di un edificio preesistente in violazione delle norme sulle distanze legali, il giudice non può limitarsi, ai fini della determinazione del termine utile per l'esercizio dell'azione, a dare rilievo all'inizio dei lavori in elevazione, ma deve accertare se l'attività anteriore, specie di sbancamento e di posa in opera delle fondazioni, rendendo percepibile la lesione del possesso dovesse considerarsi oggettivamente molesta.

In tema di spoglio, poi, Sez. 2, n. 14797/2017, Scalisi, Rv. 644484-01 delinea i contorni dei requisiti dell'azione, dovendo l'accertamento del giudice riguardare sia l'elemento oggettivo della privazione totale o parziale del possesso, violenta o clandestina, che l'elemento soggettivo, ossia l'*animus spoliandi*, che non consiste nella sola coscienza e volontà dell'agente di compiere il fatto materiale della privazione del possesso, bensì nella consapevole volontà di sostituirsi al detentore, contro la volontà di questo (ovvero nella sua inconsapevolezza o impossibilità di venire a conoscenza dell'azione espoliatrice), nella detenzione totale o parziale e nel godimento del bene, con la conseguenza che il consenso, espresso o tacito, del possessore allo spoglio, costituisce causa escludente dell'*animus spoliandi*. Indugia ulteriormente sull'elemento oggettivo dell'azione di reintegrazione, inoltre, Sez. 2, n. 08911/2017, Manna F., Rv. 643736-01, chiarendo che il requisito della clandestinità sussiste ogni qual volta lo spossessamento avviene mediante atti che non possano venire a conoscenza di colui che è stato privato del possesso o della detenzione, sicché ciò che rileva è che il possessore o il detentore, usando l'ordinaria diligenza ed avuto riguardo alle concrete circostanze in cui lo spossessamento si è verificato, si siano trovati nell'impossibilità di averne conoscenza, secondo un apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito che, ove sorretto da motivazione

congrua ed esente da vizi logici o errori di diritto, si sottrae al sindacato di legittimità.

Quanto, invece, ai requisiti dell'azione di manutenzione, Sez. 2, n. 03901/2017, Lombardo, Rv. 643041-01 con specifico riferimento all'*animus turbandi* osserva che tale elemento psicologico deve presumersi ogni volta che si dimostrino gli estremi della turbativa, restando irrilevante anche l'eventuale convincimento dell'autore del fatto di esercitare un proprio diritto.

Con precipuo riferimento alle azioni di nunciazione, poi, Sez. U, n. 25546/2017, D'Ascola, Rv. 645813-01 devolve alla giurisdizione del G.O. quelle che, seppure intentate nei confronti della P.A., presentino un *petitum* sostanziale volto a tutelare un diritto soggettivo, senza dolersi dell'emissione di atti o provvedimenti ricollegabili all'esercizio di poteri discrezionali spettanti alla P.A. medesima (nella specie, si verteva in ipotesi di denuncia di nuova opera esercitata, da un privato, nei confronti di ente locale territoriale, al fine di tutelare di una servitù di passaggio).

Affronta, invece, il regime di impugnabilità del provvedimento emesso in sede di reclamo in materia cautelare o possessoria Sez. 2, n. 20954/2017, Cortesi, Rv. 645244-01, escludendo la proponibilità, in tal caso, del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., previsto per i soli provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto che siano definitivi ed abbiano carattere decisorio, essendo in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale, dovendosi al contrario escludere che l'ordinanza conclusiva della fase cautelare, ancorché se ne deduca la "abnormità", siccome recante statuizioni eccedenti la funzione meramente cautelare, presenti detti requisiti, trattandosi di decisione a carattere strumentale ed interinale, operante per il limitato tempo del giudizio di merito e sino all'adozione delle determinazioni definitive all'esito di esso, come tale inidonea a conseguire efficacia di giudicato, sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale.

Analoga è la posizione di Sez. 6-2, n. 16259/2017, Scarpa, Rv. 645858-01 relativamente all'ordinanza emessa in sede di reclamo, ex art. 669 *terdecies* c.p.c., avverso il provvedimento reso all'esito della fase cautelare dei procedimenti di nunciazione: questi, infatti, si articolano in due fasi, la prima delle quali, di natura cautelare, si esaurisce con l'emissione di un'ordinanza che concede o nega la tutela interinale, e la seconda, di merito, destinata alla definitiva decisione sull'effettiva titolarità della situazione soggettiva azionata e sulla meritevolezza della tutela possessoria o petitoria invocata: ne consegue che il provvedimento conclusivo della fase di reclamo

avverso il provvedimento reso all'esito della fase cautelare, condividendo i caratteri di provvisorietà e non decisorietà propri di quest'ultimo, è inidonea ad acquisire, dal punto di vista formale e sostanziale, efficacia di giudicato e non è, pertanto, ricorribile per cassazione, neppure limitatamente al profilo concernente le spese, la cui contestazione – ove il soccombente non intenda iniziare il giudizio di merito – va effettuata in sede di opposizione al precetto intimato su tale titolo ovvero all'esecuzione, ove iniziata sulla base di esso.

CAPITOLO VII

COMUNIONE E CONDOMINIO

(DI GIAN ANDREA CHIESI E ROSARIA GIORDANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il godimento della cosa comune. – 3. La responsabilità del condominio. – 4. Le parti comuni nel condominio di edifici. – 5. Le innovazioni. – 6. La ripartizione delle spese condominiali. – 7. L'amministratore. – 8. L'assemblea. – 9. L'impugnazione delle deliberazioni assembleari. – 10. Il regolamento di condominio.

1. Premessa. Nel corso del 2017 la S.C. ha affrontato molteplici aspetti in materia condominiale e, pur occupandosi di fattispecie per la maggior parte antecedenti alla novella introdotta con la legge 11 dicembre 2012, n. 220, cionondimeno, nell'affermazione dei principi che di seguito verranno illustrati, ha costantemente fatto riferimento alla riforma, quale indirizzo interpretativo delle modifiche da quella introdotta.

2. Il godimento della cosa comune. L'art. 1139 c.c. rende applicabili, in materia condominiale, le disposizioni dedicate alla comunione ordinaria e, in specie, l'art. 1102 (per cui ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri di farne parimenti uso, secondo il loro diritto, non essendogli tuttavia consentito estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri comunisti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso).

Chiarito in via preliminare da Sez. 2, n. 08507/2017, Abete, Rv. 643534-01, che il principio di cui all'art. 1102 c.c. sull'uso della cosa comune consentito al partecipante non è applicabile ai rapporti tra proprietà individuali (e loro accessori) e beni condominiali finitimi, essendo questi disciplinati dalle norme attinenti alle distanze legali ed alle servitù prediali, ossia da quelle che regolano i rapporti tra proprietà contigue od asservite e che non contraddicono alla particolare normativa della comunione, osserva la successiva Sez. 6-2, n. 15705/2017, Scarpa, Rv. 644624-01, che l'uso della cosa comune da parte di ciascun condomino è soggetto, ai sensi dell'art. 1102 c.c., al duplice divieto di alterarne la normale ed originaria destinazione (per il cui mutamento è necessaria l'unanimità dei consensi dei partecipanti) e di impedire agli altri condomini di farne parimenti uso secondo il loro diritto: sicché configura un abuso la condotta del condomino consistente nella stabile e pressoché integrale occupazione di un "volume tecnico" dell'edificio condominiale (nella

specie, il locale originariamente destinato ad accogliere la caldaia centralizzata), mediante il collocamento in esso di attrezzature e impianti fissi, funzionale al miglior godimento della sua proprietà individuale.

La nozione di "miglior uso" della cosa comune per il maggior godimento del bene di proprietà esclusiva non va tuttavia intesa in senso rigido e, sostanzialmente, ostativo a qualunque intervento del singolo condomino su di essa: in particolare, definiscono il perimetro di operatività dell'art. 1102 c.c. in ambito condominiale due pronunzie della S.C., che riprendono ed affinano i principi a suo tempo affermati da Sez. 2, n. 14107/2012, D'Ascola, Rv. 623614-01.

Anzitutto Sez. 2, n. 06253/2017, Parziale, Rv. 643368-01, la quale chiarisce che il condomino che abbia in uso esclusivo il lastrico di copertura dell'edificio e che sia proprietario dell'appartamento sottostante ad esso può, ove siano rispettati i limiti ex art. 1102 c.c., collegare l'uno e l'altro mediante il taglio delle travi e la realizzazione di un'apertura nel solaio, con sovrastante bussola, non potendosi ritenere, salvo inibire qualsiasi intervento sulla cosa comune, che l'esecuzione di tali opere, necessarie alla realizzazione del collegamento, di per sé violi detti limiti e dovendosi, invece, verificare se da esse derivi un'alterazione della cosa comune che ne impedisca l'uso, come ad esempio, una diminuzione della funzione di copertura o della sicurezza statica del solaio. Quindi Sez. 2, n. 07938/2017, Federico, Rv. 643532-01, che, in tema di eliminazione delle barriere architettoniche, precisa che la l. n. 13 del 1989 costituisce espressione di un principio di solidarietà sociale e persegue finalità di carattere pubblicistico volte a favorire, nell'interesse generale, l'accessibilità agli edifici, sicché la sopraelevazione del preesistente impianto di ascensore ed il conseguente ampliamento della scala padronale non possono essere esclusi per una disposizione del regolamento condominiale che subordini l'esecuzione dell'opera all'autorizzazione del condominio, dovendo tributarsi ad una norma siffatta valore recessivo rispetto al compimento di lavori indispensabili per un'effettiva abitabilità dell'immobile, rendendosi, a tal fine, necessario solo verificare il rispetto dei limiti previsti dall'art. 1102 c.c., da intendersi, peraltro, alla luce del principio di solidarietà condominiale.

Di particolare interesse, infine, il principio affermato da Sez. 2, n. 24301/2017, Sabato, Rv. 645793-01, con riferimento alla nozione di "uso esclusivo" su parti comuni dell'edificio, riconosciuto, al momento della costituzione del condominio, in favore di unità immobiliari in proprietà esclusiva, al fine di garantirne il migliore godimento: tale regime di "esclusività" – osserva la S.C. – incide non

sull'appartenenza delle dette parti comuni alla collettività, ma solo sul riparto delle correlate facoltà di godimento fra i condomini, che in simile ipotesi avviene secondo modalità non paritarie determinate dal titolo, in deroga a quello altrimenti presunto ex artt. 1102 e 1117 c.c. In conseguenza, tale diritto non è riconducibile al diritto reale d'uso previsto dall'art. 1021 c.c. e, pertanto, oltre a non mutuarne le modalità di estinzione, è tendenzialmente perpetuo e trasferibile ai successivi aventi causa dell'unità immobiliare cui accede.

3. La responsabilità del condominio. Il condominio è custode delle parti comuni e risponde, nei confronti dei condomini come dei terzi danneggiati dalla loro omessa manutenzione, secondo il regime delineato dall'art. 2051 c.c.; il medesimo principio vale per quei beni che, sebbene in proprietà o uso esclusivi, svolgano tuttavia una funzione per i condomini o parte di essi, nel senso di fornire agli stessi una utilità.

Il principio è stato ribadito da Sez. 2, n. 03239/2017, Orilia, Rv. 642495-01, la quale, a proposito dei danni derivanti dall'omessa manutenzione del lastrico solare (o della terrazza a livello), non comune a tutti i condomini, ha individuato nel proprietario o usuario esclusivo, quale custode del bene, ai sensi dell'art. 2051 c.c., e nel condominio, in forza degli obblighi inerenti l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni, ex artt. 1130, comma 1, n. 4 e 1135, comma 1, n. 4, c.c., i soggetti responsabili, in concorso tra loro, ribadendo altresì che il concorso di tali responsabilità va risolto, di regola, secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c., salva la rigorosa prova contraria della specifica imputabilità soggettiva del danno. Tale conclusione, d'altra parte, rappresenta il logico corollario del principio – affermato da Sez. 2, n. 00199/2017, Scarpa, Rv. 642205-02 – per cui il dovere di contribuzione dei condomini ai costi di manutenzione di un terrazzo di proprietà esclusiva non fonda sull'applicazione degli artt. 1110 e 1134 c.c., siccome postulanti spese inerenti ad una cosa comune, ma trova la propria ragione, ex art. 1126 c.c., nell'utilità che i condomini sottostanti traggono dal bene; con l'ulteriore conseguenza – indagata da Sez. 6-2, 19779/2017, Scarpa, Rv. 645340-01 – per cui, indipendentemente dal regime di uso o proprietà esclusivi, le decisioni circa la necessità di procedere alla riparazione, ricostruzione e sostituzione degli elementi strutturali del lastrico o della terrazza a livello, funzionali alla copertura dell'edificio (quali solaio, guaine impermeabilizzanti, etc.), spettano all'assemblea, cui è riservata una valutazione discrezionale di merito che, come tale,

esula dal controllo di mera legittimità rimesso al giudice attraverso l'impugnativa di cui all'art. 1137 c.c.

Sempre in relazione al lastrico (o terrazza a livello) di proprietà o in uso esclusivo, di assoluto rilievo è il principio affermato da Sez. 6-2, n. 11484/2017, Scarpa, Rv. 644184-01 a proposito della definizione del concetto di "verticale" tenuta al concorso nelle spese nella misura dei 2/3: si osserva, infatti, che l'art. 1126 c.c., allorché pone l'obbligo di partecipare alla spesa relativa alle riparazioni del lastrico solare di uso esclusivo, nella misura di due terzi, a carico di "tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve", fa riferimento ai soli condomini che siano anche proprietari individuali delle singole unità immobiliari comprese nella proiezione verticale di detto lastrico ed alle quali esso funge da copertura, mentre restano esclusi gli altri condomini alle cui porzioni individuali il lastrico stesso non sia sovrapposto, indipendentemente dall'esistenza, nella colonna d'aria ad esso sottostante, di parti comuni (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, in un condominio diviso in più scale, aveva posto a carico di tutti i condomini, limitatamente alla cennata aliquota dei due terzi, la spesa occorrente per il rifacimento del lastrico solare, in virtù dell'esistenza di parti di proprietà comune ad esso sottostanti).

Avuto riguardo, invece, alla responsabilità contrattuale del condominio, Sez. 6-2, n. 05833/2017, Scarpa, Rv. 643175-01 chiarisce che il contratto stipulato dall'amministratore, qualora implichi l'obbligo di sostenere le spese relative ad un bene non rientrante tra le parti comuni dell'edificio condominiale, assume efficacia vincolante nei confronti dei condomini solo in virtù di uno speciale mandato rilasciato da ciascuno di essi, ovvero della ratifica del pari proveniente da ognuno, atteso che, trattandosi di ipotesi estranea all'ambito di operatività dei poteri rappresentativi di cui agli artt. 1130 e 1131 c.c., è necessaria la sussistenza, in capo all'amministratore predetto, di un potere di rappresentanza convenzionale. Diversifica, poi, il regime di imputabilità della spesa disposta dall'amministratore Sez. 2, n. 02807/2017, Federico, Rv. 642814-01, la quale evidenzia che, qualora l'amministratore, avvalendosi dei poteri di cui all'art. 1135, comma 2, c.c., abbia disposto, in assenza di previa delibera assembleare, lavori di straordinaria amministrazione, la relativa obbligazione è riferibile al condominio solo ove l'amministratore ne abbia speso il nome e quei lavori siano caratterizzati dall'urgenza, mentre, in mancanza di quest'ultimo requisito, non è configurabile alcun diritto di rivalsa o regresso del condominio medesimo, atteso che il relativo rapporto

obbligatorio non gli è riferibile, trattandosi di atto posto in essere dell'amministratore al di fuori delle sue attribuzioni.

Per quanto concerne, più in generale, il regime giuridico delle obbligazioni assunte dall'amministratore, o comunque, nell'interesse del condominio, nei confronti di terzi, Sez. 6-2, n. 14530/2017, Scarpa, Rv. 644621-01, sulla sica dell'autorevole precedente rappresentato da Sez. U, n. 09148/2008, Corona, Rv. 602479-01, osserva che - in difetto di un'espressa previsione normativa che stabilisca il principio della solidarietà, trattandosi di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro, e perciò divisibile, vincolando l'amministratore i singoli condomini nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione delle quote, in conformità con il difetto di struttura unitaria del condominio - la responsabilità dei condomini è retta dal criterio della parziarietà, per cui le obbligazioni assunte nell'interesse del condominio si imputano ai singoli suoi componenti soltanto in proporzione delle rispettive quote, secondo criteri simili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie. Grava, peraltro, sul terzo creditore l'onere di esatta individuazione dell'effettivo proprietario, non trovando applicazione in materia condominiale - come chiarito da Sez. 6-2, 23621/2017, Scarpa, in corso di massimazione, il principio dell'apparenza del diritto (cfr. "infra").

4. Le parti comuni nel condominio di edifici. L'art. 1117 c.c. contiene una elencazione non tassativa delle parti comuni dell'edificio, ponendo una "presunzione" di condominialità, applicabile - secondo Sez. 2, n. 02800/2017, Bianchini, Rv. 642812-01 - anche in relazione alle parti poste concretamente a servizio soltanto di alcune porzioni dello stabile e suscettibile di essere vinta in presenza di prova contraria. Così, Sez. 2, n. 14796/2017, Scalisi, Rv. 644483-01 evidenzia che, per stabilire se un locale tra quelli indicati dall'art. 1117, n. 2., c.c. - suscettibili di utilizzazioni diverse ed anche autonome - sia comune, occorre accertare se, prima della costituzione del condominio, come conseguenza dell'alienazione dei singoli appartamenti da parte dell'originario proprietario dell'intero fabbricato, vi sia stata, espressamente o di fatto, una destinazione del bene al servizio comune ovvero se questa gli sia stata sottratta. Nella specie, la S.C. ha pertanto ritenuto che la contestuale messa in vendita, in uno alle altre unità immobiliari, del locale originariamente adibito, da parte dell'ente pubblico proprietario dell'intero stabile, ad alloggio del portiere, ne avesse determinato la sottrazione alla sua destinazione al servizio della cosa comune.

Diversamente, le scale e l'androne, essendo elementi strutturali necessari all'edificazione di uno stabile condominiale e mezzo indispensabile per accedere al tetto ed al terrazzo di copertura, conservano, in assenza di titolo contrario, la qualità di parti comuni, come indicato nell'art. 1117 c.c., anche relativamente ai condomini proprietari di negozi o locali terranei con accesso dalla strada, poiché - osserva Sez. 2, n. 09986/2017, Abete, Rv. 643885-01 - anche tali condomini ne fruiscono, quanto meno in ordine alla conservazione e manutenzione della copertura dell'edificio.

In applicazione del medesimo principio, Sez. 6-2, n. 05831/2017, Scarpa, Rv. 643173-01 chiarisce che l'area esterna di un edificio condominiale, della quale manchi un'espressa riserva di proprietà nel titolo originario di costituzione del condominio e sia stato omissivo qualsiasi riferimento nei singoli atti di trasferimento delle unità immobiliari, può essere ritenuta di natura condominiale, ai sensi dell'art. 1117 c.c., in quanto soggetta alla speciale normativa urbanistica dettata dall'art. 41 sexies della l. n. 1150 del 1942, introdotto dall'art. 18 della l. n. 765 del 1967, ove venga accertato che sia destinata a parcheggio secondo la prescrizione della concessione edilizia, originaria o in variante, e che poi, in corso di costruzione, sia stata riservata a tale fine e non impiegata, invece, per realizzarvi opere di altra natura. Nel riparto dell'onere della relativa prova, spetta a chi vanta il diritto di uso a parcheggio di una determinata area, in quanto vincolata ex art. 41 sexies della l. n. 1150 cit., dimostrare che la stessa sia compresa nell'ambito dell'apposito spazio riservato, trattandosi di elemento costitutivo del relativo diritto.

Affrontano, poi, il regime giuridico dell'unica terrazza a livello di copertura di distinti ed autonomi condomini, due pronunzie della S.C.

In primo luogo Sez. 6-2, n. 21340/2017, Scarpa, Rv. 645704-01, che, nella controversia fra due aventi causa dall'unico originario proprietario di un complesso immobiliare, poi suddiviso in due distinti condomini, afferma che la proprietà di una terrazza a livello, svolgente funzione di copertura dei sottostanti piani di uno dei due edifici ed attigua ad un'unità immobiliare ricompresa nell'altro edificio condominiale, è da ritenersi oggetto di proprietà comune dei proprietari delle unità immobiliari da essa coperte, a norma dell'art. 1117, n. 1), c.c., quale parte necessaria all'esistenza del fabbricato, salvo che non risulti dal titolo l'espressa disposizione o destinazione della proprietà superficiale della terrazza in favore del proprietario del contiguo appartamento estraneo al condominio. Specifica ulteriormente il principio la pressoché coeva Sez. 2, n. 20287/2017,

Scarpa, Rv. 645233-01, che affrontando un caso analogo relativo ad un terrazza a livello, con funzione di copertura e protezione dagli agenti atmosferici dei vani sottostanti, ancorché appartenenti ad unità immobiliari rientranti in edifici autonomi, ma tra loro materialmente congiunti, ne afferma la natura condominiale, ex art. 1117 c.c., giacché, svolgendo la terrazza la medesima funzione del lastrico solare, è necessaria all'esistenza stessa del fabbricato; né osta a tale conclusione la circostanza che ad essa si acceda da un appartamento contiguo (ubicato, nella specie, in uno degli edifici coperti e) al cui servizio pertinenziale la terrazza è destinata, non pregiudicando tale destinazione i diritti dei condomini sulla cosa comune, ex art. 819 c.c., né essendo il regime di comunione escluso dal solo fatto che uno o più comproprietari traggano dal bene utilità maggiori rispetto ad altri ed occorrendo, al contrario, che la deroga all'attribuzione legale al condominio, con assegnazione della terrazza a livello in proprietà od uso esclusivi, risulti da uno specifico titolo, mediante espressa disposizione nel negozio di alienazione, ovvero mediante un atto di destinazione del titolare di un diritto reale, a prescindere dalla natura reale o personale del diritto così costituito.

Con riferimento agli impianti condominiali, Sez. 6-2, n. 16608/2017, Scarpa, Rv. 645062-01, chiarisce che il singolo condomino non è titolare, nei confronti del condominio, di un diritto di natura sinallagmatica al relativo buon funzionamento (nella specie, l'impianto elettrico comune), che possa essere esercitato mediante un'azione di condanna della stessa gestione condominiale all'adempimento corretto della relativa prestazione contrattuale, trovando causa l'uso dell'impianto che ciascun partecipante vanta nel rapporto di comproprietà delineato negli artt. 1117 e ss. c.c.: conseguentemente il condomino non ha azione per richiedere la messa a norma dell'impianto medesimo, potendo al più avanzare, verso il condominio, una pretesa risarcitoria nel caso di colpevole omissione nella sua riparazione o adeguamento, ovvero sperimentare altri strumenti di reazione e di tutela, quali, ad esempio, le impugnazioni delle deliberazioni assembleari ex art. 1137 c.c., i ricorsi contro i provvedimenti dell'amministratore ex art. 1133 c.c., la domanda di revoca giudiziale dell'amministratore ex art. 1129, comma 11, c.c., o il ricorso all'autorità giudiziaria in caso di inerzia agli effetti dell'art. 1105, comma 4, c.c.

La comunanza di talune cose, impianti e servizi legati, attraverso la relazione di accessorio e principale, a più edifici, costituiti in altrettanti condomini, determina, inoltre, secondo Sez. 2, n. 27094/2017, Besso Marcheis, Rv. 645955-01, l'esistenza “ipso iure

et facto” del supercondominio, se il titolo non dispone altrimenti, senza bisogno di apposite manifestazioni di volontà o altre esternazioni e tanto meno di approvazioni assembleari.

Avuto riguardo, infine, ai danni arrecati dai singoli alle parti comuni, Sez. 2, n. 26360/2017, Besso Marcheis, Rv. 645957-01, precisa che, il principio secondo cui il condomino responsabile di danni alle parti comuni ne risponde verso gli altri condomini, non comporta che, in assenza del riconoscimento di tale responsabilità, anche per via giudiziale, l'assemblea possa porre a carico del suddetto condomino l'obbligo di ripristino, né imputargli a tale titolo alcuna spesa, non potendo disattendere l'ordinario criterio di ripartizione né la tabella millesimale e dovendo, invece, applicare la regola generale stabilita dall'art. 1123 c.c.

5. Le innovazioni. Ritorna sulla distinzione tra innovazioni ex art. 1120 c.c. e modificazioni ex art. 1102 c.c. Sez. 2, n. 20712/2017, Scarpa. Rv. 645550-01 che, riepilogando i risultati raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità, chiarisce che la distinzione emerge sia dal punto di vista oggettivo, che da quello soggettivo: sotto il profilo oggettivo, le prime consistono in opere di trasformazione, che incidono sull'essenza della cosa comune, alterandone l'originaria funzione e destinazione, mentre le seconde si inquadrano nelle facoltà riconosciute al condomino, con i limiti indicati nello stesso art. 1102 c.c., per ottenere la migliore, più comoda e razionale utilizzazione della cosa; per quanto concerne, poi, l'aspetto soggettivo, nelle innovazioni rileva l'interesse collettivo di una maggioranza qualificata, espresso con una deliberazione dell'assemblea, elemento che invece difetta nelle modificazioni, che non si confrontano con un interesse generale, bensì con quello del singolo condomino, al cui perseguimento sono rivolte.

Peraltro, Sez. 2, n. 21049/2017, Orilia, Rv. 645425-01 specifica ulteriormente che il consenso alle innovazioni sulla cosa comune deve essere espresso con un atto avente la forma scritta "ad substantiam".

Quanto, poi, all'installazione di un ascensore su area comune, allo scopo di eliminare le barriere architettoniche, chiarisce Sez. 6-2, n. 06129/2017, Scarpa, Rv. 643264-01 che si rientra fra le opere di cui all'art. 27, comma 1, della l. n. 118 del 1971 ed all'art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 384 del 1978, e, pertanto, tale attività costituisce un'innovazione che, ex art. 2, commi 1 e 2, della l. n. 13 del 1989, va approvata dall'assemblea con la maggioranza prescritta dall'art. 1136, commi 2 e 3, c.c., ovvero, in caso di deliberazione contraria o omessa

nel termine di tre mesi dalla richiesta scritta, che può essere installata, a proprie spese, dal portatore di handicap, con l'osservanza dei limiti previsti dagli artt. 1120 e 1121 c.c., secondo quanto prescritto dal comma 3 del citato art. 2; ad ogni modo, la verifica della sussistenza di tali ultimi requisiti deve tenere conto del principio di solidarietà condominiale, che implica il temperamento di vari interessi, tra i quali deve includersi anche quello delle persone disabili all'eliminazione delle barriere architettoniche, trattandosi di un diritto fondamentale che prescinde dall'effettiva utilizzazione, da parte di costoro, degli edifici interessati e che conferisce comunque legittimità all'intervento innovativo, purché lo stesso sia idoneo, anche se non ad eliminare del tutto, quantomeno ad attenuare sensibilmente le condizioni di disagio nella fruizione del bene primario dell'abitazione.

6. La ripartizione delle spese condominiali. Con riferimento alle spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza, l'art. 1123, comma 1, c.c. prevede che esse sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione.

Al riguardo, Sez. 2, n. 09986/2017, Abete, Rv. 643885-01, ha rilevato, sull'assunto per il quale le scale e l'androne, essendo elementi strutturali necessari all'edificazione di uno stabile condominiale e mezzo indispensabile per accedere al tetto ed al terrazzo di copertura, conservano, in assenza di titolo contrario, la qualità di parti comuni, come indicato nell'art. 1117 c.c., anche relativamente ai condomini proprietari di negozi o locali terranei con accesso dalla strada, poiché anche tali condomini ne fruiscono, quanto meno in ordine alla conservazione e manutenzione della copertura dell'edificio, che, di conseguenza, è applicabile la tabella millesimale generale ai fini del computo dei *quorum* per la ripartizione delle spese dei lavori di manutenzione straordinaria (ed eventualmente ricostruzione) dell'androne e delle scale, cui anche detti condomini sono tenuti a concorrere, in rapporto ed in proporzione all'utilità che possono in ipotesi trarne.

Per altro verso, Sez. 6-2, n. 15547/2017, Scarpa, Rv. 644730-01, ha chiarito, rispetto ad una fattispecie anteriore alla novella apportata dalla l. n. 220 del 2012, che, in tema di riparto delle spese condominiali concernenti lavori di manutenzione straordinaria sulle parti comuni, laddove, successivamente alla delibera assembleare che abbia disposto l'esecuzione di tali interventi, sia venduta un'unità

immobiliare sita nel condominio, i costi dei lavori gravano – secondo un criterio rilevante anche nei rapporti interni tra compratore e venditore, che non si siano diversamente accordati tra di loro alla luce di patti comunque inopponibili al condominio – su chi era proprietario dell'immobile compravenduto al momento dell'approvazione di detta delibera, la quale ha valore costitutivo della relativa obbligazione. La S.C. ha precisato che, rispetto a tale principio, non rileva, in senso contrario, che la vendita sia avvenuta prima dell'approvazione di tutti gli stati di ripartizione dei lavori, ovvero prima che il condomino che aveva approvato la suddetta delibera abbia assolto integralmente ai propri oneri verso il condominio, trattandosi di circostanze ostative unicamente all'emissione, nei confronti dell'alienante – che non è più condomino – di decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo, ex art. 63, comma 1, disp. att. c.c., ma non estintiva del debito originario del cedente, che rimane azionabile nei suoi confronti in sede di processo di cognizione o di ingiunzione ordinaria.

Ha affermato, poi, Sez. 2, n. 00199/2017, Scarpa, Rv. 642205-02, che il dovere di contribuzione dei condomini ai costi di manutenzione di un terrazzo di proprietà esclusiva non si fonda sull'applicazione degli artt. 1110 e 1134 c.c., siccome postulanti spese inerenti ad una cosa comune, ma trova la propria ragione, ex art. 1126 c.c., nell'utilità che i condomini sottostanti traggono dal bene.

Ancora, Sez. 2, n. 26360/2017, Besso Marcheis, Rv. 645957-01, ha evidenziato che il condomino risponde dei danni da lui causati alle parti comuni, solo se vi sia stato riconoscimento di responsabilità o all'esito di un accertamento giudiziale, non potendo l'assemblea, in mancanza di tali condizioni, porre a suo carico l'obbligo di ripristino, o imputargli a tale titolo alcuna spesa, ed essendo obbligata ad applicare, come criterio di ripartizione della spesa, la regola generale stabilita dall'art. 1123 c.c.

Sotto altro profilo, ha precisato, inoltre, Sez. 2, n. 09920/2017, Giusti, Rv. 643746-01, che, ove un appartamento sia oggetto di diritto reale di abitazione, gravano sul titolare di quest'ultimo le spese condominiali di amministrazione e di manutenzione ordinaria, mentre cedono a carico del nudo proprietario quelle per le riparazioni straordinarie, trovando applicazione, giusta l'art. 1026 c.c., le disposizioni dettate dagli artt. 1004 e 1005 c.c. in tema di usufrutto.

Nel corso del 2017, la S.C. ha affrontato, in materia di oneri condominiali, anche diverse e spinose questioni di carattere processuale.

In particolare, secondo Sez. 2, n. 20528/2017, Sabato, Rv. 645234-01, al condomino cui non sia riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sostenute per la gestione delle parti comuni, per essere carente il presupposto dell'urgenza all'uopo richiesto dall'art. 1134 c.c., non spetta neppure il rimedio sussidiario dell'azione di arricchimento ex art. 2041 c.c. in quanto, per un verso, essa non può essere esperita in presenza di un divieto legale di esercitare azioni tipiche in assenza dei relativi presupposti e, per altro verso e difetta del necessario carattere sussidiario, esso difetta giacché, se la spesa non è urgente ma è necessaria, il condomino interessato può comunque agire perché sia sostenuta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1133 c.c. (con ricorso all'assemblea) e 1137 e 1105 c.c. (con ricorso all'autorità giudiziaria).

Con riferimento al condomino che abbia pagato l'intero corrispettivo di un contratto d'appalto concluso dall'amministratore per l'esecuzione di lavori di rifacimento del solaio di un lastrico solare di proprietà esclusiva del primo, ha affermato, poi, Sez. 6-2, n. 20073/2017, Scarpa, Rv. 645344-01, in una fattispecie regolata, *ratione temporis*, dalla disciplina anteriore a quella introdotta dalla l. n. 220 del 2012, che detto condomino non ha diritto di regresso verso gli altri condomini, sia pure limitatamente alla quota millesimale di ciascuno di essi, né può avvalersi della surrogazione legale ex art. 1203, n. 3, c.c., trattandosi di un'obbligazione parziaria e non solidale e difettando l'interesse comune all'adempimento, mentre può agire nei confronti degli altri condomini per ottenere l'indennizzo da ingiustificato arricchimento, stante il vantaggio economico ricevuto da costoro.

Ha altresì precisato Sez. 6-2, n. 23621/2017, Scarpa, in corso di pubblicazione, che nell'ipotesi di azione proposta da soggetti terzi rispetto al condominio e volta all'adempimento delle obbligazioni contratte dall'amministratore per conto del condominio medesimo, legittimati passivi sono i proprietari effettivi delle unità immobiliari e non anche coloro che possano apparire tali, poggiando la responsabilità *pro quota* dei condomini sul collegamento tra il debito e la titolarità del diritto reale condominiale, emergente dalla trascrizione nei registri immobiliari.

Si segnala, infine, Sez. 3, n. 22856/2017, Tatangelo, Rv. 645511-01, per la quale l'esecuzione nei confronti di un singolo condomino, sulla base di titolo esecutivo ottenuto nei confronti del condominio, per le obbligazioni contratte dall'amministratore, può avere luogo esclusivamente nei limiti della quota millesimale dello stesso, sicché, ove il creditore ne ometta la specificazione ovvero

proceda per il totale dell'importo portato dal titolo, l'esecutato può proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, c.p.c., deducendo di non essere affatto condomino o contestando la misura della quota allegata dal creditore: nel primo caso, l'onere di provare il fatto costitutivo di detta qualità spetta al creditore procedente ed in mancanza il precetto deve essere dichiarato inefficace per l'intero, mentre, nel secondo caso, è lo stesso opponente a dover dimostrare l'effettiva misura della propria quota condominiale, ai fini della declaratoria di inefficacia dell'atto di precetto per l'eccedenza, ed, in mancanza, l'opposizione non può essere accolta.

7. L'amministratore. All'amministratore compete l'esecuzione delle deliberazioni dell'assemblea nonché tutta l'attività di ordinaria amministrazione. La S.C. si è occupata dei temi relativi all'individuazione dei suoi poteri ed attribuzioni sul piano sostanziale e processuale, affrontando, inoltre, questioni in tema di revoca giudiziale dello stesso.

In particolare, Sez. 6-2, n. 20136/2017, Scarpa, Rv. 646057-01, ha precisato che l'iniziativa contrattuale dell'amministratore che, senza previa approvazione o successiva ratifica dell'assemblea, disponga l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria dell'edificio condominiale e conferisca altresì ad un professionista legale l'incarico di assistenza per la redazione del relativo contratto di appalto, non determina l'insorgenza di alcun obbligo di contribuzione dei condomini al riguardo, non trovando applicazione il principio secondo cui l'atto compiuto, benché irregolarmente, dall'organo di una società resta valido nei confronti dei terzi che abbiano ragionevolmente fatto affidamento sull'operato e sui poteri dello stesso, in quanto i poteri dell'amministratore del condominio e dell'assemblea sono delineati con precisione dagli artt. 1130 e 1335 c.c., che limitano le attribuzioni del primo all'ordinaria amministrazione, mentre riservano alla seconda le decisioni in materia di amministrazione straordinaria. La S.C. ha sottolineato che, peraltro, in una fattispecie siffatta, il terzo non può invocare l'eventuale carattere urgente della prestazione commissionatagli dall'amministratore, valendo tale presupposto a fondare, ex art. 1135, ultimo comma, c.c., il diritto dell'amministratore al rimborso delle spese nell'ambito interno al rapporto di mandato.

Invero, ha sottolineato anche Sez. 2, n. 02807/2017, Federico, Rv. 642814-01, che ove l'amministratore, avvalendosi dei poteri di cui all'art. 1135, comma 2, c.c., abbia disposto, in assenza di previa delibera assembleare, lavori di straordinaria amministrazione, la

relativa obbligazione è riferibile al condominio ove l'amministratore ne abbia speso il nome e quei lavori siano caratterizzati dall'urgenza, mentre, in mancanza di quest'ultimo requisito, non è configurabile alcun diritto di rivalsa o regresso del condominio medesimo, atteso che il relativo rapporto obbligatorio non gli è riferibile, trattandosi di atto posto in essere dell'amministratore al di fuori delle sue attribuzioni.

Su un piano più generale, ha evidenziato Sez. 6-2, n. 05833/2017, Scarpa, Rv. 643175-01, che il contratto stipulato dall'amministratore, qualora implichi l'obbligo di sostenere le spese relative ad un bene non rientrante tra le parti comuni dell'edificio condominiale, assume efficacia vincolante nei confronti dei condomini solo in virtù di uno speciale mandato rilasciato da ciascuno di essi, ovvero della ratifica del pari proveniente da ognuno, atteso che, trattandosi di ipotesi estranea all'ambito di operatività dei poteri rappresentativi di cui agli artt. 1130 e 1131 c.c., è necessaria la sussistenza, in capo all'amministratore predetto, di un potere di rappresentanza convenzionale.

Circa la legittimazione processuale dell'amministratore si segnala, in primo luogo, Sez. 2, n. 01208/2017, Federico, Rv. 642465-01, la quale ha statuito che la legittimazione ad agire per il pagamento degli oneri condominiali, nonché a proporre l'eventuale impugnazione, spetta all'amministratore e non anche ai singoli condomini, poiché il principio per cui l'esistenza dell'organo rappresentativo unitario non priva i singoli condomini del potere di agire in difesa dei diritti connessi alla loro partecipazione, né di intervenire nel giudizio in cui tale difesa sia stata legittimamente assunta dall'amministratore, non trova applicazione nelle controversie aventi ad oggetto non già un diritto comune, ma la sua gestione, ovvero l'esazione delle somme a tal fine dovute da ciascun condomino, siccome promosse per soddisfare un interesse direttamente collettivo, senza correlazione immediata con quello esclusivo di uno o più partecipanti.

È stato inoltre chiarito, da parte di Sez. 2, n. 00133/2017, Falaschi, Rv. 642188-02, che spetta all'amministratore la legittimazione passiva per qualunque azione abbia ad oggetto parti comuni dello stabile condominiale, sicché, ove un condomino od un terzo propongano una domanda avente ad oggetto l'accertamento della proprietà esclusiva di un bene non espressamente contemplato nell'elencazione di cui all'art. 1117 c.c., l'individuazione della sua natura, ai fini della sussistenza, o meno, di detta legittimazione, deve avvenire tenendo conto che la richiamata disposizione contiene

un'elencazione non tassativa, ma solo esemplificativa, delle cose comuni, essendo tali, salvo risulti diversamente dal titolo, anche quelle aventi un'oggettiva e concreta destinazione al servizio comune di tutte o di una parte soltanto delle unità immobiliari di proprietà individuale.

Sempre sul piano della legittimazione passiva si segnala Sez. 2, n. 19651/2017, Scarpa, Rv. 645851-02, secondo cui l'amministratore di condominio è passivamente legittimato, ex art. 1131, comma 2, c.c., rispetto ad ogni azione volta alla determinazione giudiziale di tabelle millesimali che ripartiscano le spese in applicazione aritmetica dei criteri legali giacché, rientrando l'approvazione di tali tabelle nella competenza gestoria dell'assemblea, si versa in presenza di controversia riconducibile alle attribuzioni riconosciute allo stesso amministratore dall'art. 1130 c.c. ed ai correlati poteri rappresentativi processuali, senza alcuna necessità di litisconsorzio di tutti i condomini.

Sotto altro e concorrente profilo, ha rilevato Sez. 2, n. 07095/2017, Manna F., Rv. 643519-01, che l'amministratore di condominio, tenuto conto delle attribuzioni demandategli dall'art. 1131 c.c., può resistere all'impugnazione della delibera assembleare ed impugnare la relativa decisione giudiziale senza necessità di autorizzazione o ratifica dell'assemblea, atteso che, in dette ipotesi, non è consentito al singolo condomino dissenziente separare la propria responsabilità da quella degli altri condomini in ordine alle conseguenze della lite, ai sensi dell'art. 1132 c.c., ma solo ricorrere all'assemblea avverso i provvedimenti dell'amministratore, ex art. 1133 c.c., ovvero al giudice contro il successivo deliberato dell'assemblea stessa.

È stato inoltre precisato, da Sez. 2, n. 05832/2017, Scarpa, Rv. 643174-01, che, nel caso di contratto di assicurazione stipulato dal condominio, l'amministratore è legittimato ad agire giudizialmente per il conseguimento dell'indennizzo, ai sensi degli artt. 1130, comma 1, n. 4, e 1131 c.c., senza necessità di preventiva autorizzazione da parte dell'assemblea dei condomini.

Su un piano generale, allorché nel corso di un giudizio, di cui sia parte costituita un condominio legalmente rappresentato dall'amministratore, intervenga la cessazione del rapporto di rappresentanza e si costituisca in giudizio il nuovo amministratore, il rapporto processuale prosegue senza soluzione di continuità e senza dare luogo a successione nel giudizio, ha evidenziato Sez. 6-2, n. 27165/2017, Scarpa, in corso di massimazione.

Talune precisazioni sono intervenute, poi, in ordine al

procedimento giudiziale di revoca dell'amministratore di condominio.

In particolare, Sez. 6-2, n. 15706/2017, Scarpa, Rv. 644731-01, ha affermato che nel giudizio di revoca dell'amministratore di condominio non è richiesto il patrocinio di un difensore legalmente esercente, ex art. 82, comma 3, c.p.c., trattandosi di un procedimento camerale plurilaterale tipico, che culmina in un provvedimento privo di efficacia decisoria, in quanto non incidente su situazioni sostanziali di diritti o *status*, sicché, ove si difenda personalmente e non rivesta anche la qualità di avvocato, il condomino che agisca per la revoca può richiedere, indicandole in apposita nota, unicamente il rimborso delle spese vive concretamente sopportate e non anche la liquidazione del compenso professionale, che spetta solo al difensore legalmente esercente.

Ha inoltre chiarito Sez. 6-2, n. 08656/2017, Abete, Rv. 643671-01, che è inammissibile il regolamento di competenza avverso il decreto con il quale la corte di appello provvede sul reclamo contro il decreto del tribunale in tema di revoca dell'amministratore di condominio, ex artt. 1129 c.c. e 64 disp. att. c.c., trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione, privo, pertanto, dei caratteri di decisorietà e definitività.

8. L'assemblea. L'assemblea dei condomini è l'organo deliberativo del condominio e, in particolare, secondo quanto disposto dall'art. 1135 c.c., provvede all'approvazione del preventivo delle spese occorrenti durante l'anno ed alla relativa ripartizione tra i condomini nonché all'approvazione del rendiconto annuale dell'amministratore e all'impiego del residuo attivo della gestione.

Il successivo art. 1136 c.c. disciplina, invece, la costituzione dell'assemblea e la validità delle sue deliberazioni.

In proposito, Sez. 6-2, n. 08015/2017, Scarpa, Rv. 643670-01, ha precisato che la clausola del regolamento di condominio volta a limitare il potere dei condomini di farsi rappresentare nelle assemblee è inderogabile, in quanto posta a presidio della superiore esigenza di garantire l'effettività del dibattito e la concreta collegialità delle assemblee, nell'interesse comune dei partecipanti alla comunione, considerati nel loro complesso e singolarmente, sicché la partecipazione all'assemblea di un rappresentante fornito di un numero di deleghe superiore a quello consentito dal regolamento suddetto, comportando un vizio nel procedimento di formazione della relativa delibera, dà luogo ad un'ipotesi di annullabilità della stessa, senza che possa rilevare il carattere determinante del voto

espresso dal delegato per il raggiungimento della maggioranza occorrente per l'approvazione della deliberazione.

Quanto al condominio cd. minimo, ha chiarito Sez. 2, n. 05329/2017, Orilia, Rv. 643062-01, che le regole codicistiche sul funzionamento dell'assemblea si applicano allorché quest'ultima si costituisca regolarmente con la partecipazione di entrambi i condomini e deliberi validamente con decisione "unanime", tale dovendosi intendere quella che sia frutto della partecipazione di ambedue i comproprietari, mentre ove, invece, non si raggiunga l'unanimità, o perché l'assemblea, in presenza di entrambi i condomini, decida in modo contrastante, oppure perché, come nella specie, alla riunione - benché regolarmente convocata - si presenti uno solo dei partecipanti e l'altro resti assente, è necessario adire l'autorità giudiziaria, ai sensi degli artt. 1105 e 1139 c.c., non potendosi ricorrere al criterio maggioritario.

Per altro verso, ha precisato Sez. 6-2, n. 11375/2017, Scarpa, Rv. 644181-01, che il verbale di un'assemblea condominiale, munito di sottoscrizione del presidente e del segretario, ha natura di scrittura privata, sicché il valore di prova legale è limitato alla provenienza delle dichiarazioni dai sottoscrittori e non si estende al contenuto della scrittura medesima, per impugnare la cui veridicità non occorre la proposizione di querela di falso, potendosi far ricorso ad ogni mezzo di prova.

Sempre con riferimento al verbale dell'assemblea, si segnala Sez. 6-2, n. 27163/2017, Scarpa, in corso di massimazione, per la quale l'omessa sottoscrizione dello stesso ad opera del presidente non costituisce causa di annullabilità della delibera, non esistendo - neppure a seguito della novella introdotta dalla l. n. 220 del 2012 - alcuna disposizione che prescriva, a pena di invalidità, tale adempimento, dovendosi presumere che l'organo collegiale agisca sotto la direzione del presidente ed assolvendo la sottoscrizione del verbale unicamente la funzione di imprimere ad esso il valore probatorio di scrittura privata con riguardo alla provenienza delle dichiarazioni dai sottoscrittori.

Su un piano più generale, Sez. 2, n. 28763/2017, Dongiacomo, in corso di massimazione, ha chiarito che le delibere dell'assemblea condominiale, ove esprimano una volontà negoziale, devono essere interpretate secondo i canoni ermeneutici stabiliti dagli artt. 1362 e seguenti c.c., privilegiando, innanzitutto, l'elemento letterale, e quindi, nel caso in cui esso si appalesi insufficiente, gli altri criteri interpretativi sussidiari indicati dalla legge, tra cui quelli della valutazione del comportamento delle parti.

9. L'impugnazione delle deliberazioni assembleari. Ai sensi dell'art. 1137 c.c., le deliberazioni assunte dall'assemblea sono obbligatorie per tutti i condomini. Contro le deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio ogni condomino assente, dissenziente o astenuto può adire l'autorità giudiziaria, chiedendone l'annullamento, nel termine perentorio di trenta giorni, che decorre dalla data della deliberazione per i dissenzienti o astenuti e dalla data di comunicazione della deliberazione per gli assenti. Tuttavia, nessun termine è stabilito per far valere la radicale nullità di tali delibere, vizio che può essere rilevato anche d'ufficio dal giudice.

In materia di impugnazione delle delibere, sull'assunto per il quale condominio è un ente di gestione sfornito di personalità distinta da quella dei suoi partecipanti, Sez. 2, n. 26557/2017, Falaschi, in corso di massimazione, ha chiarito che l'esistenza dell'organo rappresentativo unitario non priva i singoli condomini del potere di agire a difesa di diritti connessi alla detta partecipazione, né, quindi, del potere di intervenire nel giudizio per il quale tale difesa sia stata legittimamente assunta dall'amministratore e di avvalersi dei mezzi d'impugnazione per evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza pronunciata nei confronti dell'amministratore stesso che non l'abbia impugnata.

Sul tema, Sez. 6-2, n. 06128/2017, Scarpa, Rv. 643263-01, ha precisato che il condomino che intenda impugnare una delibera dell'assemblea, per l'assunta erroneità della disposta ripartizione delle spese, deve allegare e dimostrare di avervi interesse, il quale presuppone la derivazione dalla detta deliberazione di un apprezzabile pregiudizio personale, in termini di mutamento della sua posizione patrimoniale.

Quanto all'oggetto del sindacato sulle delibere impugnite, Sez. 6-2, n. 20135/2017, Scarpa, Rv. 645763-01, ha affermato che lo stesso non può estendersi alla valutazione del merito e al controllo della discrezionalità di cui dispone l'assemblea, quale organo sovrano della volontà dei condomini, ma deve limitarsi ad un riscontro di legittimità che, oltre ad avere riguardo alle norme di legge o del regolamento condominiale, può abbracciare anche l'eccesso di potere, purché la causa della deliberazione risulti – sulla base di un apprezzamento di fatto del relativo contenuto, che spetta al giudice di merito – falsamente deviata dal suo modo di essere, in quanto anche in tal caso lo strumento di cui all'art. 1137 c.c. non è finalizzato a controllare l'opportunità o convenienza della soluzione adottata dall'impugnata delibera, ma solo a stabilire se la decisione collegiale

sia, o meno, il risultato del legittimo esercizio del potere dell'assemblea. Ne consegue, ha osservato ancora la S.C., che esulano dall'ambito del sindacato giudiziale sulle deliberazioni condominiali le censure inerenti la vantaggiosità della scelta operata dall'assemblea sui costi da sostenere nella gestione delle spese relative alle cose e ai servizi comuni.

Sul piano processuale si segnala la statuizione, da parte di Sez. 6-2, n. 21339/2017, Scarpa, in corso di massimazione, per la quale, ove il giudice abbia dichiarato nulla una deliberazione dell'assemblea, deve escludersi l'interesse della parte a impugnare la sentenza al solo fine di ottenere una modificazione della qualificazione del vizio in termini di annullabilità, anziché di nullità, della delibera medesima, salvo che a quest'ultima sia ricollegabile una diversa statuizione contraria all'interesse della parte, quale, ad esempio, la non soggezione della relativa impugnazione al termine di decadenza di trenta giorni previsto dall'art. 1137 c.c.

Ha inoltre chiarito Sez. 6-2, n. 08839/2017, Scarpa, Rv. 643673-01, che l'appello avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione, avanzata nelle forme del ricorso (secondo la formulazione dell'art. 1137 c.c. antecedente alla l. n. 220 del 2012), di una delibera assembleare, va proposto, in assenza di specifiche previsioni di legge, mediante citazione, in conformità alla regola generale di cui all'art. 342 c.p.c., sicché la tempestività del gravame deve essere verificata in base alla data di notifica dell'atto e non a quella di deposito dello stesso nella cancelleria del giudice *ad quem*.

Rilevante, infine, la precisazione, operata da Sez. 2, n. 22678/2017, Varrone, Rv. 645435-01, per la quale, in tema di impugnazione delle delibere condominiali trova applicazione il principio dettato in materia di contratti secondo cui la richiesta di accertamento, per la prima volta in appello, di un motivo di nullità diverso da quelli proposti in primo grado è inammissibile, a ciò ostando il divieto di *nova ex art. 345, comma 1, c.p.c.*, salva la possibilità per il giudice del gravame – obbligato comunque a rilevare d'ufficio ogni possibile causa di nullità – di convertirla ed esaminarla come eccezione di nullità legittimamente formulata dall'appellante, ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c.

10. Il regolamento di condominio. In base alla previsione dell'art. 1138 c.c., è prescritta l'adozione di un regolamento condominiale quando il numero dei condomini sia superiore a dieci. Il regolamento, che costituisce espressione dell'autonomia organizzativa nel condominio, deve contenere le norme circa l'uso

delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino, nonché le norme per la tutela del decoro dell'edificio e quelle relative all'amministrazione. Il regolamento condominiale si distingue dal regolamento contrattuale, che postula una "convenzione" intervenuta tra tutti i condomini in via contestuale ovvero mediante adesione di tutti gli acquirenti, attraverso i loro "atti di acquisto", ad un testo di regolamento predisposto dall'originario proprietario alienante.

In proposito, Sez. 6-2, n. 12580/2017, Scarpa, Rv. 644277-01, ha rilevato che è valida la clausola del regolamento contrattuale che, in ipotesi di rinuncia o distacco dall'impianto di riscaldamento centralizzato, ponga, a carico del condomino rinunciante o distaccatosi, l'obbligo di contribuzione alle spese per il relativo uso in aggiunta a quelle, comunque dovute, per la sua conservazione, potendo i condomini regolare, mediante convenzione espressa, adottata all'unanimità, il contenuto dei loro diritti ed obblighi e, dunque, ferma l'indisponibilità del diritto al distacco, suddividere le spese relative all'impianto anche in deroga agli artt. 1123 e 1118 c.c., a ciò non ostando alcun vincolo pubblicistico di distribuzione di tali oneri condominiali dettato dall'esigenza dell'uso razionale delle risorse energetiche e del miglioramento delle condizioni di compatibilità ambientale. Di senso diametralmente opposto Sez. 2, n. 11970/2017, Criscuolo, Rv. 644081-01, che ha propeso per la nullità di una simile clausola, in quanto il regolamento costituisce un contratto atipico, meritevole di tutela solo in presenza di un interesse generale dell'ordinamento, mentre una clausola siffatta, oltre a vanificare il principale ed auspicato beneficio che il condomino mira a perseguire distaccandosi dall'impianto comune, si pone in contrasto con l'intento del legislatore di correlare il pagamento delle spese di riscaldamento all'effettivo consumo, come emergente dagli artt. 1118, comma 4, c.c. (nel testo successivo alla novella apportata dalla l. n. 220 del 2012), 26, comma 5, della l. n. 10 del 1991 e 9, comma 5, del d.lgs. n. 102 del 2014.

CAP. VII - COMUNIONE E CONDOMINIO

CAPITOLO VIII

L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI ROBERTO MUCCI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le questioni di giurisdizione. – 3. Titolarità degli obblighi indennitari. – 4. Potestà legislativa delle Province autonome. – 5. Effetti dell'espropriazione per i terzi. – 6. La determinazione dell'indennità di espropriazione. A) Aree edificabili. – 6.1. (*segue*). B) Aree agricole. – 6.2. (*segue*). C) Interessi. – 6.3. (*segue*). D) L'espropriazione parziale. – 7. L'indennità per l'imposizione di servitù. – 8. La cessione volontaria. – 9. L'opposizione alla stima. – 10. Le espropriazioni illegittime.

1. Premessa. La materia dell'espropriazione per pubblica utilità non esibisce, per la porzione di competenza del giudice ordinario, rilevanti novità, sicché l'opera della S.C. – e, per essa, della Sez. Prima civile – può dirsi in generale rivolta, per l'anno 2017, al consolidamento ed all'ulteriore sistemazione dei principi, come risulta dagli eserti giurisprudenziali in rassegna ricomposti, nelle pagine che seguono, secondo l'intavolazione della materia contenuta nel T.U. espropriazioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, e successive modificazioni.

2. Le questioni di giurisdizione. Ricollegandosi a Sez. U, n. 12179/2015, Mammone, Rv. 635540-01, e a Sez. U, n. 10879/2015, Di Amato, Rv. 635545-01 – entrambe sulla tematica della riconducibilità anche mediata del comportamento della P.A. all'esercizio del potere amministrativo nella materia dell'espropriazione per p.u. ex art. 133, comma 1, lett. g, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, (codice del processo amministrativo) –, Sez. U, n. 01092/2017, De Chiara, Rv. 641999-01, ha affermato che è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la controversia avente ad oggetto la mancata retrocessione di un bene, acquisito mediante decreto di esproprio, nonostante la sopravvenuta decadenza della dichiarazione di p.u., atteso che tale domanda è ricollegabile, in parte, direttamente ad un provvedimento amministrativo, venendo in rilievo il concreto esercizio di un potere ablatorio culminato nel decreto di espropriazione, e, per il resto, ad un comportamento della P.A. ad esso collegato, consistito nell'omessa retrocessione del bene malgrado il verificarsi della suddetta decadenza.

Sulla medesima problematica Sez. U, n. 17110/2017, Manna, Rv. 644919-01, ribadendo – sulla scia di Sez. U, n. 02052/2016,

Frasca, Rv. 638281-01 – che sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quando il comportamento della P.A., cui si ascrive la lesione, sia la conseguenza di un assetto di interessi conformato da un originario provvedimento ablativo, legittimo o illegittimo, ma comunque espressione di un potere amministrativo in concreto esistente, cui la condotta successiva si ricollega in senso causale, ha chiarito che, diversamente dalla mancata retrocessione del fondo occupato, l'eventuale usucapione della proprietà di quest'ultimo non è immediatamente riconducibile al pregresso esercizio del potere espropriativo, ma ne costituisce una conseguenza meramente occasionale (atteso che, tra quel potere e questo effetto intercorre, necessariamente, l'intervento possessionis, dalla detenzione qualificata al possesso, dell'occupante), sicché il relativo suo accertamento appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

Afferma poi la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento di un contratto di transazione di liti promosse dinanzi al giudice amministrativo, aventi ad oggetto la parziale cessione di un immobile in favore dell'espropriante e la determinazione delle indennità spettanti per il diminuito valore della residua parte del bene, Sez. U, n. 01643/2017, Nappi, Rv. 642266-01, atteso che si tratta di giudizi rientranti nella riserva di giurisdizione ordinaria sancita dall'ultima parte dell'art. 133, comma 1, lett. g, d.lgs. n. 104 del 2010 cit., e che attengono non già a due distinti crediti, ma unicamente alla determinazione della indennità di espropriazione, la quale, per definizione, riguarda l'intera diminuzione patrimoniale patita dal soggetto passivo per effetto del provvedimento ablativo, comprendendo, pertanto, anche il risarcimento per il deprezzamento subito dalle parti residue del bene espropriato.

Infine, Sez. U, n. 05055/2017, Cristiano, Rv. 643117-01 e Sez. U, n. 07303/2017, Cristiano, Rv. 643339-01 hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto la determinazione e corresponsione delle indennità di occupazione legittima dovute in conseguenza di atti ablativi, e ciò anche quando la relativa domanda sia stata proposta unitamente a quella, devoluta al giudice amministrativo, di risarcimento del danno da perdita del bene, stante il principio generale di inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione.

3. Titolarità degli obblighi indennitari. Conformandosi a Sez. 1, n. 06807/2007, Benini, Rv. 596097-01, Sez. 1, n. 07104/2017, Lamorgese, Rv. 644754-01, ha affermato che il trasferimento degli

obblighi indennitari in via esclusiva all'affidatario dell'opera, concessionario o appaltatore, è configurabile solo ove sia stato conferito l'esercizio dei poteri espropriativi ed il conferimento non sia rimasto fatto interno tra espropriante ed affidatario, occorrendo che, nell'attività che abbia portato il delegato in contatto con il soggetto passivo dell'esproprio, il primo si sia correttamente manifestato come titolare degli obblighi indennitari, oltre che investito dell'esercizio del potere espropriativo, essendo irrilevante, al fine di configurare una responsabilità solidale dell'espropriante, la sistemazione dei rapporti economici interni con l'affidatario.

4. Potestà legislativa delle Province autonome. Su tale particolare profilo è intervenuta Sez. 1, n. 11921/2017, Mercolino, Rv.644078-01, affermando, con riferimento alla disciplina delle espropriazioni vigente nella Provincia autonoma di Trento, che, stante la modifica dei rapporti tra le fonti normative statali e quelle regionali dovuta alla riformulazione dell'art. 117 Cost. operata dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e considerato lo statuto di autonomia speciale della Regione Trentino-Alto Adige, nella quale le province autonome di Trento e di Bolzano hanno competenza legislativa primaria in tema di espropriazione per pubblica utilità – che è istituto “trasversale”, servente e strumentale ad ogni interesse pubblico cui risulti funzionale l'acquisizione di un bene, come tale oggetto di disciplina dello Stato e delle Regioni nelle materie in cui tali enti hanno potestà legislativa esclusiva – l'accertamento dell'edificabilità dell'area ablata ai fini della determinazione dell'indennità va effettuato non già con riferimento alla data del decreto di esproprio, ai sensi dell'art. 32 del T.U. espropriazioni, bensì a quella del decreto del Presidente della giunta provinciale di autorizzazione dell'esecuzione del piano delle espropriazioni, come previsto dall'art. 6 della legge provinciale Trento 19 febbraio 1993, n. 6, che anticipa a tale momento la ricognizione legale del bene per la determinazione dell'indennità e l'insorgenza del relativo diritto di credito dell'espropriando a prescindere dalla futura adozione del decreto di esproprio, con conseguente irrilevanza delle varianti dello strumento urbanistico successive al detto decreto di autorizzazione.

5. Effetti dell'espropriazione per i terzi. Al riguardo si segnala Sez. 3, n. 21591/2017, Frasca, Rv. 645732-01, secondo cui la sopravvenienza, nelle more dell'esecuzione forzata immobiliare, di un decreto di espropriazione per p.u. sul bene che ne forma oggetto, determina, ai sensi dell'art. 25 del T.U. espropriazioni, l'estinzione del processo, che va dichiarata anche d'ufficio da parte del giudice

dell'esecuzione in ragione della natura imperativa della norma e dell'interesse pubblicistico sotteso alla procedura espropriativa.

6. La determinazione dell'indennità di espropriazione. A) Aree edificabili. Sulle complesse questioni concernenti l'individuazione della natura – edificatoria o meno – del bene ablati ai fini dell'esatta stima del valore dello stesso per la determinazione della giusta indennità di espropriazione secondo i canoni legali, anche nel 2017 sono intervenute varie pronunce.

In generale, sul tema centrale dell'incidenza dei vincoli urbanistici, Sez. 1, n. 23572/2017, Campanile, Rv. 645529-01, riafferma, con riferimento alla reiterazione dei vincoli (ed in fattispecie relativa al vincolo di destinazione a “Spazi pubblici attrezzati a parco per il giuoco e lo sport”, impresso nel p.r.g. comunale ad un'intera area nella quale ricadevano i terreni ablati), l'indirizzo (su cui già Sez. 1, n. 10325/2016, Campanile, Rv. 639976-01 sulla destinazione di piano a “verde pubblico”) secondo la quale il carattere conformativo (e non ablatorio) del piano regolatore o di una sua variante non discende dalla sua collocazione in una specifica categoria di strumenti urbanistici, ovvero dalla presenza di piani particolareggiati o attuativi, ma dipende soltanto dai requisiti oggettivi, di natura e struttura, che presentano i vincoli in esso contenuti; esso è dunque configurabile tutte le volte in cui gli stessi vincoli mirino ad una nuova zonizzazione dell'intero territorio comunale o di parte di esso, così da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti in funzione della destinazione della intera zona in cui questi ricadono ed in ragione delle sue caratteristiche intrinseche o del rapporto con un'opera pubblica.

Ancora sulla reiterazione dei vincoli, Sez. 1, n. 11444/2017, Campanile, Rv. 644073-01, ha affermato che l'indennizzo per i vincoli ex art. 2 della legge 19 novembre 1968, n. 1187 (di integrazione e modifica alla legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150) è dovuto quando la reiterazione dopo la loro decadenza, disposta dalla P.A. per giustificate ragioni di interesse pubblico, determini il superamento della durata fissata dal legislatore come limite alla sopportabilità del sacrificio da parte del soggetto titolare del bene, sicché non sono indennizzabili i vincoli urbanistici che non sono soggetti a decadenza, quali quelli posti a carico di intere categorie di beni, come i vincoli di tipo conformativo e paesistici.

Sez. 1, n. 25320/2017, Campanile, Rv.645933-01, ribadendo l'insegnamento di Sez. 1, n. 19072/2015, Campanile, Rv. 636757-01,

ha affermato – in fattispecie relativa ad un complesso industriale da lungo tempo degradato e da destinare al servizio della città – che il vincolo particolare imposto dalla variante al piano regolatore generale che incida su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona ma della localizzazione di un'opera pubblica la cui realizzazione non può coesistere con la proprietà privata, va qualificato come preordinato alla relativa espropriazione e da esso deve, dunque, prescindere nella qualificazione dell'area, dovendosi pertanto determinare l'indennità di espropriazione con riferimento alla previgente destinazione del piano regolatore generale.

Sez. 1, n. 25314/2017, Campanile, in corso di massimazione, – decidendo una fattispecie di risoluzione del contratto di cessione volontaria di un immobile e conseguente condanna dell'ente al risarcimento del danno per perdita della proprietà del fondo da parte del privato –, ha ribadito che la relativa liquidazione deve avvenire sulla base del valore venale del bene rilevando, ai fini indennitari, la distinzione tra suoli edificabili e non edificabili, da effettuarsi in ragione del criterio dell'edificabilità legale di cui all'art. 5-*bis*, comma 3, del decreto legge 11 luglio, n. 333, convertito dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, recepito nel d.P.R. n. 327 del 2001, sicché un'area va ritenuta edificabile ove così classificata al momento della vicenda ablativa dagli strumenti urbanistici, dovendosi escludere che essa possa considerarsi tale ove questi ultimi la vincolino ad un utilizzo meramente pubblicistico, suscettibile di precludere al proprietario le forme di trasformazione del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione e, come tali, soggette al regime autorizzatorio previsto dalla vigente legislazione edilizia.

Sempre in fattispecie di terreno vincolato dallo strumento urbanistico ad un utilizzo meramente pubblicistico, si inquadra anche Sez. 1, n. 24150/2017, Campanile, in corso di massimazione, secondo cui la determinazione dell'indennità di espropriazione deve avvenire sulla base dell'accertamento non della contrapposizione tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi, ma della ricorrenza o, per converso, della mancanza delle “possibilità legali di edificazione” al momento del decreto di espropriazione, considerando per la stima dell'indennità le possibilità di utilizzazioni intermedie tra l'agricola e l'edificatoria (parcheggi, depositi, chioschi, ecc.) purché assentite dalla normativa vigente.

Circa le varie possibili previsioni pianificatorie, Sez. 1, n. 25318/2017, Campanile, in corso di massimazione – sviluppando l'insegnamento di Sez. U, n. 11433/1997, Bibolini, Rv. 510072-01, sulla natura e funzione del piano per l'edilizia economica e popolare),

ha affermato che l'inserimento di un'area nel programma costruttivo ex art. 51 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, non consente di ritenere la connotazione edificatoria delle relative porzioni, ove destinate ad opere infrastrutturali, non essendo il programma anzidetto equiparabile al p.e.e.p., rispetto al quale è alternativo ed autonomo, in quanto privo di carattere programmatico e conformativo, nonché soggetto ad un procedimento semplificato ed accelerato d'individuazione ed acquisizione delle aree destinate a iniziative di edilizia residenziale pubblica, cui far ricorso proprio qualora non possano adottarsi tempestivamente le complesse procedure previste per l'approvazione del p.e.e.p.

Ancora sui piani attuativi, Sez. 1, n. 03459/2017, *Campanile*, Rv. 643723-01, ha chiarito che l'inclusione di un'area in un piano per insediamenti industriali (p.i.p.) ne implica l'acquisizione della prerogativa di edificabilità, non diversamente dall'inserimento in un piano di zona per l'edilizia economica e popolare (p.e.e.p.), anche ove l'originaria zonizzazione del piano regolatore generale ne comportasse la qualificazione come suolo agricolo: infatti, l'acquisto del carattere di edificabilità avviene in virtù della variante introdotta dal piano attuativo, che in tale parte va considerato strumento programmatico e conformativo.

Sulle opere di viabilità indicate nel p.r.g. ex art. 7, comma 2, n. 1, della legge urbanistica n. 1150 del 1942 cit., Sez. 1, n. 11913/2017, *Campanile*, Rv. 644076-01, chiarisce – in conformità, da ultimo, a Sez. 1, n. 19204/2016, *Giancola*, Rv. 641835-01 – che esse comportano, in via ordinaria, un vincolo di inedificabilità delle parti di territorio interessate, non concretante un vincolo preordinato all'esproprio, a meno che non si tratti, in via eccezionale, di destinazione assimilabile all'indicazione delle reti stradali all'interno ed a servizio delle singole zone (art. 13 legge urbanistica), come tali riconducibili a vincoli imposti a titolo particolare, di carattere espropriativo.

Sulla nozione di area edificata, Sez. 1, n. 00499/2017, *Campanile*, Rv. 643249-01 – resa in peculiare fattispecie di immobile già adibito a cinema all'aperto –, ha affermato, reiterando il principio già fissato da Sez. 1, n. 12844/2005, *Rordorf*, Rv. 582136-01, che l'area siffatta presuppone che su di essa siano stati costruiti edifici ed installate attrezzature tali da avere impresso al terreno una stabile trasformazione, così da renderne attuali le originarie potenzialità edificatorie; con riguardo, poi, alle strutture necessarie all'esercizio di attività d'impresa, il terreno è da considerare edificato solo se vi sia stata installazione di stabili manufatti, non rimuovibili se non

provocando alterazione della morfologia dell'area, con modifica della destinazione urbanistica, senza alcuna possibilità di distinguere il valore delle costruzioni da quello dell'area su cui insistono.

Sulla misura dell'indennità di espropriazione di area edificabile ex art. 37, comma 2, T.U. espropriazioni, Sez. 1, n. 12058/2017, Lamorgese, Rv. 644204-01, ha puntualizzato – in una prospettiva di tutela della posizione dell'espropriato – che l'aumento dell'indennità nella misura del 10 per cento trova applicazione indipendentemente dalla riduzione dell'indennità del 25 per cento (prevista dal comma 1 per le ipotesi in cui l'espropriazione sia finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale) e va riconosciuto in via automatica dal giudice, anche ove ciò comporti il superamento del tetto del valore di mercato nella quantificazione dell'indennizzo, allorché emerga dagli atti la presenza di uno dei presupposti previsti dalla norma (ossia quando l'amministrazione abbia offerto un'indennità provvisoria inferiore agli otto decimi di quella definitiva), mirando ad incentivare la definizione del procedimento espropriativo in via consensuale e non giudiziale, sanzionandone l'ingiustificata attesa, imposta al proprietario, della sua conclusione, così stimolando comportamenti virtuosi della P.A., la quale ha la possibilità di evitare di pagare tale maggiorazione offrendo una somma non inferiore agli otto decimi.

Sul tema degli effetti delle note e fondamentali pronunce della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, nonché n. 181 del 11 giugno 2011, sulla determinazione dell'indennità di espropriazione in relazione al valore venale, possono qui ricordarsi Sez. 1, n. 20177/2017, Campanile, Rv. 645211-01, che ha ribadito nuovamente il principio fissato da Sez. U, n. 05265/2008, Morelli, Rv. 603721-01, secondo cui, a seguito di Corte cost., n. 348/2007, cit., lo *ius superveniens* costituito dall'art. 2, commi 89, lett. a), e 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 si applica retroattivamente ai soli procedimenti espropriativi in corso soggetti al T.U. espropriazioni, non anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina.

Un richiamo agli arresti costituzionali nella soggetta materia è altresì contenuto in Sez. 6-1, n. 18732/2017, Marulli, Rv. 645679-01, secondo cui l'evoluzione del sistema indennitario seguita agli interventi della Corte cost. ed alle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, agganciando indissolubilmente l'indennizzo espropriativo al valore venale del bene, comporta che, ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio, per suoli che, quale ne sia la destinazione, dispongano di

un soprassuolo arboreo idoneo a conferire particolari condizioni di sicurezza, utilità e amenità, deve tenersi conto dell'aumento di valore di cui il suolo viene a beneficiare, assumendo rilievo ciò che contribuisce a connotarne l'identità fisica e urbanistica.

Infine, Sez. 6-1, n. 18163/2017, Sambito, Rv. 645061-01, ha chiarito che la sentenza della Corte cost. 22 dicembre 2011, n. 338, che ha dichiarato illegittimo il criterio con cui si prevedeva la riduzione della stessa in base al valore desumibile dalle dichiarazioni ICI della parte espropriata, ha effetto dal giorno successivo alla sua pubblicazione, restando irrilevante che la modifica dell'indennità medesima, in base al menzionato parametro, risulti a favore degli espropriati.

6.1. (segue). B) Aree agricole. Sull'indennità aggiuntiva ex art. 17 della legge n. 865 del 1971, si segnala Sez. 1, n. 19931/2017, Genovese, Rv. 645200-01, secondo cui la relativa domanda del proprietario coltivatore del fondo, diversamente da quanto accade o può accadere per tutti gli altri soggetti che hanno titolo a richiedere quell'emolumento, non può essere richiesta separatamente da quella relativa alla perdita del bene, risolvendosi essa, in tali casi, in una modalità di calcolo della somma complessivamente dovuta dall'espropriante a colui che venga privato del suo diritto reale in uno con l'attività di coltivatore del fondo, somma che perciò deve essere calcolata accrescendo l'ammontare della perdita del cespite di base con l'indennità aggiuntiva del coltivatore, a ristoro della perdita complessiva, in un unico e non frazionabile giudizio di stima.

6.2. (segue). C) Interessi. Si segnala Sez. 1, n. 20178/2017, Campanile, Rv. 645212-01, che ha ribadito il principio già espresso, tra le molte, da Sez. 1, n. 13456/2011, Di Virgilio, Rv. 618330-01, secondo cui le obbligazioni di pagare l'indennità di espropriazione e di occupazione legittima costituiscono debiti di valuta (e non di valore), sicché, nel caso in cui, in esito ad opposizione alla stima effettuata in sede amministrativa, venga riconosciuto all'espropriato una maggiore somma a titolo di indennità espropriativa, l'espropriante deve corrispondere, solo su detta maggiore somma, gli interessi legali, di natura compensativa, dal giorno dell'espropriazione e fino alla data del deposito della somma medesima.

6.3. (segue). D) L'espropriazione parziale. In fattispecie concernente l'esercizio di un'azienda agricola Sez. 6-1, n. 26243/2017, Sambito, in corso di massimazione, sulla scorta di Sez.

1, n. 20241/2016, Lamorgese, Rv. 641845-02 – e premesso che la liquidazione dell'indennità per l'espropriazione parziale, ex artt. 33 e 40 del T.U. espropriazioni, è commisurata alla differenza tra il giusto prezzo dell'immobile prima dell'esproprio e il giusto prezzo della parte residua dopo l'esproprio stesso, dovendo tenersi conto, oltre che del valore della porzione ablata, anche del decremento della parte di fondo residua all'espropriazione –, ha affermato che, per i suoli agricoli, deve essere attribuito un valore complementare che, nel caso di esercizio di azienda agricola, compensa anche i maggiori oneri di conduzione aziendale, in quanto la legge introduce, quale componente essenziale dell'indennità, anche il ristoro del pregiudizio subito dall'azienda.

7. L'indennità per l'imposizione di servitù. In generale, Sez. 1, n. 13368/2017, Mercolino, Rv. 644320-01, ribadendo il conforme principio di cui a Sez. 1, n. 16619/2013, Lamorgese, Rv. 627098-01, ha affermato che l'indennizzo in questione spetta se l'opera pubblica abbia realizzato una “significativa compressione del diritto di proprietà” conseguente alla riduzione della capacità abitativa, che può verificarsi sia per effetto di immissioni intollerabili di rumori, vibrazioni, gas di scarico e simili, sia in tutti i casi in cui il bene subisca un'oggettiva ed apprezzabile riduzione della luminosità, panoramicità e godibilità, purché idonea a tradursi in una altrettanto oggettiva riduzione del suo valore economico.

Sez. 1, n. 20185/2017, Valitutti, Rv. 645214-01, ha dal canto suo affermato, in conformità a Sez. 2, n. 23707/2009, Bursese, Rv. 610733-01, che l'art. 1054 c. c., sull'interclusione del fondo a seguito di alienazione a titolo oneroso o di divisione, trova applicazione anche nell'analoga ipotesi di interclusione derivante da espropriazione per p.u., sicché il diritto di accesso senza corresponsione di indennità va fatto valere dal proprietario del fondo rimasto intercluso nei confronti dell'ente espropriante, non potendo il proprietario medesimo, rinunciando all'anzidetto beneficio, rivolgersi ad altro confinante e chiedere il passaggio pagando l'indennità. Su tale specifico aspetto può segnalarsi anche Sez. 3, n. 22815/2017, Moscarini, Rv. 645508-01, che ha reiterato il principio fissato dalla risalente Sez. 1, n. 01833/1979, Carnevale, Rv. 398210-01, secondo cui, qualora l'esecuzione dell'opera pubblica determini l'eliminazione di una servitù di passaggio esistente sul fondo espropriato e la conseguente interclusione del fondo dominante, il proprietario dello stesso subisce un danno *in re ipsa*, quantificabile nella diminuzione di valore del fondo, sicché deve essere liquidata in

favore del medesimo una indennità pari alla somma occorrente per la costituzione di una servitù coattiva e, solo ove detta somma risultasse superiore alla misura della diminuzione di valore del fondo intercluso, la relativa indennità deve essere commisurata alla minor somma corrispondente alla diminuzione di valore del fondo.

Infine, per la ricorrente ipotesi dell'indennizzo conseguente all'imposizione della servitù di elettrodotto – ma con riferimento al peculiare problema del danno alla salute derivante dai campi elettromagnetici –, Sez. 1, n. 05515/2017, Sambito, Rv. 644651-01, ha affermato che il deprezzamento di valore del fondo asservito, in conseguenza del danno alla salute che può, in tesi, derivare dai campi elettromagnetici (risarcibile in un giudizio ordinario come danno alle persone) esula dall'ambito delle voci ordinarie da liquidare nel diverso ambito risarcitorio da costituzione della servitù, restando comunque escluso che la riduzione di valore del fondo possa presumersi, dovendo piuttosto essere specificamente accertata e ritenuta sussistente nel caso concreto. La pronuncia in commento sviluppa le conclusioni cui era pervenuta Sez. 1, n. 19686/2016, Di Marzio, Rv. 641331-01; essa diverge invece da Sez. 1, n. 22148/2010, Forte, Rv. 615472-01, per la quale, ai fini della determinazione dell'indennità di asservimento, si deve tener conto – ancorché con riferimento al parametro applicabile del valore agricolo medio da assumersi, comunque, in senso effettivo, secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale – della diminuzione del valore del suolo dovuta alla percezione del pericolo per la salute provocato dalle onde elettromagnetiche, trattandosi di un elemento incidente sul prezzo dei fondi anche se privi di destinazione urbanistica e che opera indipendentemente dall'accertamento in concreto della lesione della salute.

8. La cessione volontaria. Sulla disciplina di cui all'art. 45 del T.U. espropriazioni, in aderenza al principio già fissato, da ultimo, da Sez. 1, n. 24652/2016, Sambito, Rv. 642038-01 (secondo cui in caso di cessione volontaria di un bene, il relativo prezzo è correlato in modo vincolante ai parametri di legge stabiliti per la quantificazione dell'indennità spettante per l'espropriazione, cosicché non è consentito alle parti discostarsene), Sez. 1, n. 20175/2017, Campanile, Rv. 645209-01, ha affermato, sul conguaglio per le aree edificabili, che la sentenza della Corte cost. 30 gennaio 1980, n. 5 (di incostituzionalità dell'art. 16, commi 5, 6 e 7, della l. n. 865 del 1971, come modificati dalla legge cd. Bucalossi del 28 gennaio 1977, n. 10), e la successiva disciplina dettata per la determinazione dell'indennità

delle aree fabbricabili dall'art. 5 bis del citato d.l. n. 333 del 1992, non esercitano alcuna influenza in relazione all'espropriazione dei fabbricati, per i quali l'indennità doveva essere determinata già al momento della cessione volontaria, in conformità all'art. 39 della legge fondamentale sulle espropriazioni per p.u. 25 giugno 1865, n. 2359, non prospettandosi, pertanto, alcun diritto al conguaglio per i medesimi fabbricati.

Quanto alle aree non edificabili, sovviene Sez. 3, n. 19345/2017, Rossetti, Rv. 645491-01: in ipotesi di occupazione *sine titulo* di un fondo sottoposto ad espropriazione per pubblica utilità ed oggetto di cessione volontaria all'ente espropriante, il proprietario ha diritto, nei confronti dell'occupante, al risarcimento del danno derivante dalla mancata percezione della speciale indennità prevista dall'art. 45, comma 2, lett. *d*), per l'ipotesi di cessione volontaria di fondi coltivati direttamente dal proprietario.

Infine, sui rapporti tra decreto di espropriazione e cessione del bene, Sez. 1, n. 27131/2017, Campanile, in corso di massimazione, ha affermato – sulla scorta di Sez. 1, n. 06867/2009, Giancola, Rv. 607256-01, e di Sez. 1, n. 13415/2008, Tavassi, Rv. 603790-01 – che l'emanazione di un tempestivo decreto di espropriazione, in luogo della stipulazione dell'atto di cessione del bene, non comporta la caducazione dell'accettazione dell'indennità provvisoria, pur espressamente condizionata alla detta stipulazione, atteso che il decreto di espropriazione è equivalente, quanto all'efficacia dell'accordo sull'indennità provvisoria di espropriazione, all'atto di cessione del bene, non essendo ipotizzabile un interesse giuridicamente apprezzabile dell'espropriato in merito alle forme attraverso le quali si realizza, in maniera del tutto indifferente quanto agli effetti, il trasferimento della proprietà del bene.

9. L'opposizione alla stima. Molteplici, come di consueto, le pronunce in tema di tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario ex art. 54 T.U. espropriazioni (ed ora art. 29 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150).

Circa i caratteri dell'azione, Sez. 1, n. 10446/2017, Lamorgese, Rv. 644974-01, ha ribadito che l'azione di determinazione giudiziale dell'indennità di espropriazione può essere sempre proposta senza necessità di attendere la liquidazione dell'indennità in sede amministrativa, in quanto, una volta emanato il provvedimento ablativo, sorge contestualmente ed è immediatamente azionabile il diritto del proprietario di percepire il giusto indennizzo ex art. 42 Cost.

Sull'interesse ad agire, Sez. 1, n. 20174/2017, Campanile, Rv. 645208-01, ha affermato che la rinuncia alla domanda di determinazione dell'indennità di espropriazione, a seguito della revoca della dichiarazione di p.u., comporta la cessazione della materia del contendere anche relativamente all'impugnazione della perizia, stante il carattere endoprocedimentale e non autonomo della stima peritale rispetto al procedimento ablatorio, sicché il venir meno di questo, in carenza del fondamentale presupposto della dichiarazione di p.u., determina la caducazione della stima peritale e il venir meno dell'interesse all'impugnazione.

Sulle parti, Sez. 1, n. 03313/2017, Sambito, Rv. 643869-01, ha affermato che, diversamente da quanto avviene per la determinazione dell'indennità di espropriazione, che è unica ed estende i suoi effetti anche agli altri comproprietari, in ipotesi di responsabilità della P.A. per occupazione illegittima di un fondo appartenente a più comproprietari, ciascuno di questi vanta un autonomo diritto al ristoro del pregiudizio causato al suo patrimonio, potendo dunque agire a tutela del proprio diritto individuale nei limiti della relativa quota, senza che sia configurabile un'ipotesi di solidarietà attiva e, quindi, una situazione di litisconsorzio necessario tra tutti i danneggiati. Da ciò consegue che l'accertamento contenuto nella sentenza resa tra la P.A. ed uno solo dei comproprietari non fa stato nei confronti degli altri, a ciò ostando l'art. 2909 c.c., in virtù del quale l'accertamento contenuto nella sentenza non estende i suoi effetti e non è vincolante rispetto ai terzi, nemmeno in via riflessa, laddove il terzo sia titolare di un rapporto autonomo ed indipendente rispetto a quello in ordine al quale il giudicato interviene.

Con riferimento ai nessi disciplinari tra indennità provvisoria e indennità definitiva di espropriazione, Sez. 1, n. 03840/2017, Campanile, Rv. 644437-01, in fattispecie di indennità provvisoria non accettata dagli espropriati (indennità come tale insuscettibile di opposizione ex art. 19 della l. n. 865 del 1971), ha affermato, sulla scia di Sez. 1, n. 02787/2009, Salvago, Rv. 606583-01, che la successiva domanda di quantificazione dell'indennità definitiva da parte degli espropriati non va qualificata come opposizione alla stima, ma impone un accertamento della giusta indennità ex art. 42 Cost. da parte della corte d'appello, la quale, previa verifica della ricorrenza della condizione dell'azione consistente nell'intervenuta emanazione del decreto di espropriazione, ha l'obbligo di compiere l'accertamento giudiziale, senza in ciò incorrere in vizio di ultrapetizione, e, quindi, di determinare comunque l'indennità, prescindendo del tutto dalla verifica della congruità, o meno, dell'indennità provvisoria offerta e

dai criteri di calcolo in essa utilizzati. A sua volta, Sez. 1, n. 05518/2017, Marulli, Rv. 644653-01, in fattispecie di lavori aventi carattere di urgenza ex art. 22 del T.U. espropriazioni, con comunicazione della misura dell'indennità provvisoria insieme al decreto, ha ribadito – muovendo dai principi a suo tempo fissati da Corte cost., 22 febbraio 1990, n. 67 – che il soggetto destinatario può agire, oltre che con il rimedio dell'attivazione del procedimento di cui all'art. 21 del T.U. espropriazioni, anche con l'opposizione alla stima davanti alla corte d'appello, onde sentire dichiarare giudizialmente l'indennità a lui dovuta, senza necessità di dovere attendere la determinazione definitiva della stessa.

Sul termine di decadenza di trenta giorni per proporre l'opposizione alla stima, Sez. 1, n. 05517/2017, Marulli, Rv. 644652-01, ha affermato che detto termine opera solo in relazione al caso di stima definitiva dell'indennità, sicché, ove tanto non sia avvenuto, l'azione di determinazione giudiziale dell'indennità resta proponibile finché non decorra il termine di prescrizione decennale, a far tempo dall'emanazione del provvedimento ablatorio.

Sulla competenza, Sez. 1, n. 03609/2017, Campanile, Rv. 643725-01, ha affermato, conformemente a Sez. 1, n. 01741/2007, Ceccherini, Rv. 594983-01, che spetta al tribunale e non alla corte d'appello la competenza a conoscere delle controversie concernenti il riconoscimento del diritto all'indennizzo per reiterazione di vincoli di inedificabilità assoluta sostanzialmente espropriativi, ex art. 39 del T.U. espropriazioni, quando gli atti di rinnovo del vincolo espropriativo sono anteriori all'entrata in vigore del T.U. medesimo (30 giugno 2003).

Sui poteri cognitivi, Sez. 1, n. 03191/2017, Sambito, Rv. 643864-01, ha ribadito che il giudice deve procedere alla quantificazione dell'indennità «sulla base dei parametri normativi vigenti e ritenuti applicabili, indipendentemente non solo dalle deduzioni delle parti al riguardo, ma anche dai criteri seguiti dall'espropriante nel formulare l'offerta dell'indennità provvisoria, la cui determinazione, ove intervenuta nel corso del giudizio, è inidonea ad influenzare l'azione giudiziaria già intrapresa, potendo il giudice liquidare l'indennità in misura inferiore a quella pretesa (o con criteri meno favorevoli) senza incorrere nel vizio di ultrapetizione. In caso di stima definitiva, invece, i poteri spettanti al giudice sono limitati dall'operatività del principio della domanda, conseguente all'applicazione dell'art. 19, comma 2, della l. n. 865 del 1971, che impone ad entrambe le parti di proporre opposizione, ove intendano ottenere la liquidazione di un'indennità diversa da quella determinata

dalla commissione provinciale, la quale, diversamente, diviene definitiva e non più modificabile». Inoltre, Sez. 1, n. 05513/2017, Terrusi, Rv. 644442-01, ha affermato che la sentenza non definitiva con la quale la corte d'appello abbia indicato il criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione non è suscettibile di passare in giudicato e non comporta alcun onere di impugnazione, immediata o su riserva, non essendo una pronuncia su questioni preliminari di rito o pregiudiziali di merito.

Sui rapporti tra opposizione alla stima e giudizio amministrativo di legittimità, Sez. 1, n. 00278/2017, Sambito, Rv. 643157-01, ha affermato che a seguito della sospensione del giudizio di opposizione avverso la determinazione dell'indennità definitiva di esproprio in attesa della definizione del procedimento amministrativo di impugnazione del relativo decreto, il termine per la riassunzione deve farsi decorrere non già dal deposito del decreto presidenziale di estinzione o di improcedibilità di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 104 del 2010, ma dalla scadenza del termine di sessanta giorni previsto per il reclamo contro il menzionato provvedimento, ossia dopo aver assicurato il termine per il contraddittorio con l'amministrazione e con tutte le altre parti presenti nel processo.

Infine, sui rapporti tra giudizio risarcitorio per le conseguenze dell'occupazione illegittima e opposizione alla stima, si segnala Sez. 1, n. 15936/2017, Campanile, Rv. 644666-01, la quale, ribadendo il principio già espresso da Sez. 1, n. 18975/2011, Di Virgilio, Rv. 619089-01 ha affermato che, ove nel corso del giudizio proposto per il risarcimento del danno da occupazione illegittima sopravvenga il rituale e tempestivo decreto di espropriazione, la domanda risarcitoria si converte automaticamente in quella di opposizione alla stima, senza necessità di espressa domanda di liquidazione dell'indennità, stante la garanzia costituzionale secondo cui la proprietà non tollera il sacrificio senza adeguato ristoro per il titolare.

10. Le espropriazioni illegittime. Sulle generalità dell'istituto si segnala Sez. 1, n. 22929/2017, Sambito, Rv. 645525-02, la quale, nel solco dell'insegnamento fissato da Sez. U, n. 00735/2015, Di Amato, Rv. 634017-01, ha affermato che l'espropriazione c.d. appropriativa è illegittima al pari dell'occupazione usurpativa, in cui manca la dichiarazione di p.u., ravvisandosi in entrambi i casi un illecito a carattere permanente, inidoneo a comportare l'acquisizione autoritativa alla mano pubblica del bene occupato, che viene a cessare solo per effetto della restituzione, di un accordo transattivo, della compiuta usucapione da parte dell'occupante che lo ha trasformato,

ovvero della rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento dei danni per equivalente.

Sull'inefficacia della dichiarazione di p.u. per decorso dei termini per l'esecuzione dei lavori ed il compimento della procedura espropriativa, Sez. 1, n. 00276/2017, Lamorgese, Rv. 643024-01, ha affermato che la mera riapprovazione del progetto dell'opera non vale ad integrare una valida ed implicita dichiarazione di p.u., né vale come sanatoria della precedente dichiarazione, essendone necessaria l'emissione di una nuova, con l'avvio di un nuovo procedimento a tale scopo finalizzato e con la nuova fissazione dei termini, sicché, in mancanza, ne consegue la cessazione della legittima occupazione dell'area destinata all'espropriazione.

Ancora in tema di indennizzo per l'occupazione illegittima, Sez. 1, n. 05687/2017, Sambito, Rv. 644658-01, sviluppando l'insegnamento di Sez. U, n. 10830/2006, Vitrone, Rv. 589452-01, ha affermato che il fatto generatore del danno è costituito unicamente dalla condotta illecita del soggetto che ha appreso il bene senza alcun titolo e lo ha trasformato, mantenendone la detenzione abusiva senza più rimmetterlo nella disponibilità dei proprietari, mentre la mancata redazione del verbale di immissione in possesso da parte dell'occupante preclude il sorgere del diritto dei proprietari a percepire la relativa indennità, ma lascia salvo il credito risarcitorio per la perdita di godimento del fondo.

Sui criteri di liquidazione del danno in ipotesi di occupazione usurpativa, Sez. 1, n. 18651/2017, Marulli, Rv. 645078-01, ha affermato che la logica riparatoria sottesa alla tutela apprestata dall'art. 2043 c.c. impone di assicurare al danneggiato l'integrale ristoro del pregiudizio sofferto mediante la ricostituzione, se del caso per equivalente, della situazione di diritto antecedente alla lesione inferta dall'autore dell'illecito, onde la liquidazione del danno deve seguire la via di una piena e completa soddisfazione del danneggiato nei limiti del pregiudizio comprovato. A tale specifico riguardo si segnala anche Sez. 6-1, n. 26291/2017, Mercolino, in corso di massimazione, la quale, ribadendo un consolidato indirizzo, ha affermato che gli effetti di Corte cost., n. 349 del 2007, già cit. (sull'illegittimità costituzionale del criterio "riduttivo" di stima ex art. 5*bis*, comma 7*bis*, della legge n. 359 del 1992), si estendono anche ai giudizi in corso, a meno che il rapporto non sia esaurito in modo definitivo, sicché deve ricorrersi al criterio del valore venale anche se l'impugnazione della sentenza di primo grado non abbia riguardato l'individuazione del criterio legale di liquidazione del danno, ma solo la quantificazione del valore del fondo occupato, poiché in ordine

all'individuazione del detto criterio non è concepibile la formazione di un giudicato autonomo rispetto a quello sul valore del fondo, dato che il bene della vita cui mira l'impugnante è il risarcimento, da liquidarsi nella misura di legge, non il criterio legale in sé considerato.

Da ultimo, quanto ai profili processuali dell'azione risarcitoria, Sez. 1, n. 03847/2017, Marulli, Rv. 644439-01, in applicazione del consolidato principio secondo cui la diversa quantificazione della pretesa, fermi i fatti costitutivi di essa, non comporta prospettazione di una nuova *causa petendi* e, pertanto, non dà luogo ad una domanda nuova, ha ritenuto che, ove in corso di causa sia intervenuto un nuovo decreto di esproprio illegittimo comportante l'occupazione di un'ulteriore porzione del medesimo terreno, non può ravvisarsi una domanda nuova qualora, in sede di precisazione delle conclusioni, la richiesta risarcitoria sia estesa anche al nuovo decreto, essendo l'azione fondata sui medesimi fatti costitutivi e volta in ogni caso a conseguire l'indennità per l'occupazione del terreno ed il risarcimento per la sua irreversibile trasformazione. Di contro, muovendo dalla diversità dei fatti costitutivi, Sez. 1, n. 06389/2017, Lamorgese, Rv. 644664-01, ribadendo l'insegnamento di Sez. 1, n. 14261/2007, Forte, Rv. 598064-01, ha ritenuto costituire un'inammissibile *mutatio libelli* la richiesta, avanzata per la prima volta nel giudizio di cassazione, di fondare la domanda risarcitoria per illegittima occupazione sull'originaria illegittimità dell'immissione in possesso del fondo a fronte di un atto di citazione basato sulla scadenza del periodo di occupazione legittima.

PARTE TERZA

LE OBBLIGAZIONI E I CONTRATTI

CAPITOLO IX

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

(DI DARIO CAVALLARI ED ELEONORA REGGIANI)*

SOMMARIO: 1. Le fonti dell'obbligazione. – 2. L'oggetto dell'obbligazione. – 3. L'adempimento e la mora credendi. – 4. I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento. – 5. La successione nel credito. – 6. Obbligazioni parziarie e solidali, debiti di valuta e di valore. – 7. L'inadempimento, la mora debendi e la responsabilità. – 8. La liquidazione del danno in generale.

1. Le fonti dell'obbligazione. Come in passato, anche nel 2017 la S.C. ha in alcune pronunce ravvisato nel “contatto sociale qualificato” la fonte ex art. 1173 c.c. di obblighi di comportamento, riconducibili agli artt. 1175 e 1375 c.c., non solo in assenza di vincoli negoziali, ma anche in pendenza di rapporto contrattuale.

In particolare, Sez. 3, n. 24071/2017, Olivieri, Rv. 645832-01, ha evidenziato che il “contatto sociale qualificato” – inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., dal quale derivano a carico delle parti non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c. bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione in virtù degli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c. – opera anche nella materia contrattuale, prescrivendo un autonomo obbligo di condotta, che si aggiunge all'obbligo di adempiere all'obbligazione principale ed è diretto alla protezione di interessi estranei all'oggetto della prestazione contrattuale, ma coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato (applicando tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito, che aveva escluso la responsabilità di un'azienda termale, per il mancato tempestivo intervento in ausilio ad una persona in occasionale difficoltà, la quale si era procurata lesioni personali mentre usciva dalla vasca termale, dopo aver inutilmente atteso il personale di cui aveva richiesto l'assistenza).

Nello stesso senso, Sez. 3, n. 10516/2017, Dell'Utri, Rv. 644014-01, in tema di danni subiti da un alunno, ha evidenziato che la natura contrattuale della responsabilità dell'istituto scolastico e del

* Eleonora Reggiani ha redatto i §§ da 1 a 5 e Dario Cavallari quelli da 6 ad 8.

singolo insegnante, derivanti, rispettivamente, dall'iscrizione scolastica e dal "contatto sociale qualificato", implica l'assunzione dei cd. doveri di protezione, enucleati dagli artt. 1175 e 1375 c.c., i quali devono essere individuati e commisurati all'interesse del creditore del rapporto obbligatorio e che, nel caso di minore affidato alla scuola per la formazione scolastica, impongono il controllo e la vigilanza di detto minore, fino a quando non intervenga un altro soggetto responsabile, chiamato a succedere nell'assunzione dei doveri connessi alla relativa posizione di garanzia (nella specie, la S.C. ha ritenuto sussistente la responsabilità contrattuale dell'amministrazione scolastica e dell'insegnante per avere quest'ultimo, accompagnando spontaneamente gli allievi allo scuolabus fermo nelle vicinanze della scuola, come da consuetudine invalsa da tempo e non contrasta dal dirigente scolastico, o messo di verificare che tutti gli scolari fossero saliti a bordo ed indotto, così, il conducente ad avviare la marcia, in tal modo causando la morte di uno di loro, rimasto incastrato nella porta del pullman e quindi travolto dallo stesso mezzo).

2. L'oggetto dell'obbligazione. La S.C. nel corso dell'anno 2017 ha in più occasioni esaminato il tema dell'oggetto dell'obbligazione, evidenziando in alcune pronunce la prestazione dovuta, anche con riferimento ai doveri di diligenza e di buona fede, che, in quanto tali, concorrono a connotarne in concreto le caratteristiche.

In particolare, Sez. 1, n. 01214/2017, Scarpa, Rv. 642220-01, ha affermato che, in caso di assunzione dell'incarico di redigere un progetto di costruzione o di ristrutturazione di un immobile, il professionista incaricato (architetto, ingegnere o geometra) è debitore di un risultato, essendo tenuto alla prestazione di un progetto concretamente utilizzabile, anche dal punto di vista tecnico e giuridico, con la conseguenza che l'irrealizzabilità dell'opera, per erroneità o inadeguatezza del progetto affidatogli, dà luogo ad un inadempimento dell'incarico ed abilita il committente a rifiutare di corrispondere il compenso, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento.

In tema di diligenza nell'adempimento, Sez. 1, n. 13873/2017, Dolmetta, Rv. 644449-01, ha rilevato che il pagamento da parte della banca trattaria di un assegno bancario, sottoscritto dal traente con una mera sigla (e non mediante la completa indicazione del nome e cognome, come richiesto dall'art. 11 del regio decreto del 21 dicembre 1933 n. 1736), non è conforme al canone di diligenza

professionale, previsto dall'art. 1176, comma 2, c.c., e, conseguentemente, avviene a rischio della banca stessa.

Sullo stesso argomento, Sez. 3, n. 18950/2017, Pellicchia, Rv. 645377-01, dopo avere affermato che, in caso di pagamento di assegno bancario recante la firma di emittenza falsa, la banca trattaria, venuta a conoscenza della falsità, non può riversare l'importo sul conto del correntista, ma può solo ripetere l'indebitito oggettivo dall'*accipiens*, ha pure evidenziato che la medesima banca può comunque rivalersi dei danni subiti nei confronti del correntista, ove ricorra la colpa di quest'ultimo secondo i principi generali e anche in base alla convenzione di assegno (che lo obbliga a custodire con ogni diligenza il *carnet* e a denunciare senza ritardo alla banca il furto o lo smarrimento), sempre che nell'eseguire il pagamento abbia usato la diligenza qualificata richiesta (che la obbliga a confrontare la firma del traente con lo *specimen* depositato).

Con riferimento agli obblighi di buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., che, posti a carico di entrambe le parti, contribuiscono a connotare la prestazione in concreto dovuta, occorre richiamare Sez. 3, n. 22063/2017, Fanticini, in corso di massimazione, ove è precisato che l'obbligo di rendiconto costituisce principio generale dell'ordinamento, la cui *ratio* va individuata nel dovere di chi esercita una gestione o svolge un'attività nell'interesse altrui di soggiacere al controllo di questi e, quindi, di rendere il conto, portando a conoscenza, secondo il principio di buona fede, gli atti posti in essere (ed in particolare gli atti e i fatti, da cui scaturiscono partite di dare e avere), con la conseguenza che le specifiche ipotesi individuate dal legislatore, in cui è possibile chiedere il rendiconto, non devono ritenersi di carattere tassativo, potendo, invece, il rendiconto essere richiesto in tutti i casi nei quali da un rapporto di natura sostanziale derivi il dovere di una delle parti (anche se non previsto dalla legge o da espressi accordi delle parti) di far conoscere il risultato della propria attività, che si riverbera nella sfera di interessi patrimoniali altrui.

Rileva, sullo stesso argomento, anche Sez. 3, n. 27545/2017, Fanticini, in corso di massimazione, che – dopo avere affermato che l'obbligo sancito dall'art. 1200 c.c., in forza del quale il creditore soddisfatto deve consentire la liberazione delle garanzie, si riferisce anche al pignoramento immobiliare (v. *infra* par. 3) – ha evidenziato che, in conformità ai principi di correttezza e buona fede, per consentire la liberazione del bene dagli effetti pregiudizievoli del pignoramento (a differenza di quanto avviene per l'ipoteca, la cui cancellazione implica un atto negoziale), il creditore deve rinunciare

agli atti esecutivi, senza necessità di una richiesta del debitore ed entro un termine ragionevolmente contenuto, salvo che l'esecutato non esiga espressamente un immediato deposito dell'atto di rinuncia.

Per completezza, sempre con riferimento agli obblighi di buona fede, si devono richiamare oltre alle decisioni esaminate nel capitolo dedicato al contratto in generale, anche le pronunce della S.C. illustrate nel precedente paragrafo, ove è stata ravvisata la presenza di obblighi di comportamento *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., diversi da quelli appena esaminati, che non si limitano a connotare la prestazione dovuta, ma impongono doveri ulteriori, che hanno la loro fonte *ex art.* 1173 c.c. nel cd. "contatto sociale qualificato".

3. L'adempimento e la *mora credendi*. In numerose pronunce la S.C. ha esaminato il tema dell'adempimento dell'obbligazione, in particolare con riferimento alle modalità, agli effetti e alla prova dello stesso.

In ordine a quest'ultimo aspetto, si deve subito richiamare Sez. 6-1, n. 26275/2017, Ferro, in corso di massimazione, ove è stato ribadito che soltanto a fronte della comprovata esistenza di un pagamento avente efficacia estintiva (ossia puntualmente eseguito con riferimento ad un determinato credito) l'onere di provare l'inadempimento viene a gravare sul creditore, il quale controdeduca che il pagamento dimostrato sia da imputare ad un credito diverso, con la precisazione che ciò non avviene, qualora il pagamento venga eccepito mediante la produzione di assegni o di cambiali, che per la loro natura presuppongono l'esistenza di un'obbligazione cartolare (e l'astrattezza della causa), così da porre nuovamente l'onere probatorio in capo al debitore, che, in caso di contestazione del creditore, deve dimostrare il collegamento dei titoli di credito prodotti con i crediti azionati.

Proprio in tema di esecuzione della prestazione mediante rilascio di cambiali, si deve, inoltre, tenere presente Sez. 2, n. 22708/2017, Federico, Rv. 645565-01, ove viene precisato che la cambiale è un mero strumento di credito e che la sua emissione, come pure la sua trasmissione, non costituiscono pagamento, perché l'adempimento dell'obbligazione si verifica solo nel momento in cui, alla scadenza, il debitore provvede ad onorare il titolo.

Con riferimento, poi, al luogo dell'adempimento (ai fini dell'individuazione del *forum destinatae solutionis ex art.* 20 c.p.c.), Sez. 6-2, n. 00118/2017, Lombardo, Rv. 642310-01, ha affermato che l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del compenso per le prestazioni professionali di avvocato, che non sia stato determinato

al momento del conferimento dell'incarico, va adempiuta al domicilio del debitore, ai sensi dell'art. 1182, comma 4, c.c., trattandosi di credito non liquido.

Sullo stesso argomento, Sez. 6-1, n. 20522/2017, Valitutti, Rv. 645695-01, ha ribadito un principio già in precedenza enunciato, secondo cui le modalità di pagamento del prezzo, mediante assegno bancario tratto su un istituto bancario, non incide sul *forum destinatae solutionis*, qualora tale modalità non sia prevista come esclusiva ma come facoltà concessa al debitore, perché in questo caso non vi è una deroga alle disposizioni degli artt. 1182, comma 3, e 1498, comma 3, c.c.

In ordine agli effetti dell'adempimento, con specifico riferimento all'obbligo sancito all'art. 1200 c.c., in forza del quale il creditore soddisfatto deve consentire la liberazione delle garanzie, occorre richiamare Sez. 3, n. 27545/2017, Fanticini, in corso di massimazione, ove si precisa che la disposizione appena richiamata applica non solo alle garanzie reali, ma, più in generale, ad "ogni vincolo che comunque limiti la disponibilità dei beni" del debitore e, quindi, anche al pignoramento immobiliare, dal quale derivano gli effetti degli artt. 2913 ss. c.c. e 560 c.p.c. (v. *supra* par. 2, con riferimento ai connessi obblighi di buona fede in capo al creditore).

Sempre in relazione agli effetti dell'adempimento, con particolare riguardo al tema del pagamento a soggetto non legittimato, occorre menzionare Sez. 6-3, n. 04381/2017, Scoditti, Rv. 643128-01, ove si è affermato che l'art. 43, comma 2, del regio decreto del 21 dicembre 1933 n. 1736 – nel disporre che colui che paga a persona diversa dal prenditore, o dal banchiere giratario per l'incasso, risponde comunque del pagamento – disciplina in modo del tutto autonomo il pagamento dell'assegno non trasferibile, con deviazione dalla regola generale, che libera il debitore che esegua il pagamento in buona fede in favore del creditore apparente (art. 1189 c.c.), con la conseguenza che, in caso di pagamento di assegno bancario non trasferibile in favore di chi non è legittimato, la banca non è liberata dall'originaria obbligazione, finché non paghi al prenditore esattamente individuato, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento della colpa nell'errore sulla identificazione dello stesso prenditore.

In ordine alla *mora credendi*, Sez. 2, n. 27255/2017, Cosentino, in corso di massimazione, ha precisato che, per essere idonea a costituire in mora il creditore, l'offerta del debitore deve comprendere la totalità della somma dovuta, degli interessi e delle spese liquide, con la conseguenza che il rifiuto del creditore, fondato

sull'inidoneità della somma offerta a coprire l'intero ammontare del credito non viola il disposto dell'art. 1220 c.c., risultando lo stesso del tutto legittimo (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello per non aver la stessa ravvisato l'incompletezza dell'offerta reale che non comprendeva le spese ad essa relative).

Sez. 3, n. 08672/2017, Cirillo F.M., Rv. 643704-01, ha, inoltre, affermato che, in caso di riconsegna di immobile locato, l'adozione della procedura prevista dagli artt. 1216 e 1209, comma 2, c.c., rappresenta l'unico mezzo per costituire in mora il locatore e per ottenere i relativi effetti (sulla rilevanza dell'offerta non formale, al fine di escludere comunque, in presenza di determinate condizioni, la *mora debendi* del conduttore, v. *infra*). Ovviamente, come precisato da Sez. 3, n. 14268/2017, De Stefano, Rv. 644644-01, qualora il conduttore riconsegna l'immobile, deducendo il proprio diritto alla risoluzione anticipata del rapporto e il locatore accetti la consegna, ma con riserva (facendo cioè espressa riserva di agire per i diritti ancora nascenti dal contratto), il medesimo conduttore non è liberato ai sensi dell'art. 1216 c.c. dall'obbligo di pagare i canoni e il successivo accertamento dell'insussistenza del diritto alla restituzione comporta l'obbligo di continuare a pagarli fino alla scadenza del contratto.

Nella stessa sentenza da ultimo menzionata (Rv. 644644-02), è inoltre evidenziato che, qualora il conduttore, dopo avere intimato al locatore di riprendere possesso dell'immobile, chieda e ottenga la nomina di un sequestratario ai sensi dell'art. 1216, comma 2, c.c., il successivo accertamento dell'insussistenza del diritto alla restituzione comporta l'obbligo per il conduttore di pagare i canoni fino alla scadenza del contratto ed anche di sostenere le connesse spese di custodia.

4. I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento. Sul tema dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, si rivengono alcune pronunce della S.C. che riguardano la prestazione in luogo di adempimento, la compensazione e la novazione.

In particolare, in tema di prestazione in luogo di adempimento, Sez. 3, n. 00922/2017, Pellicchia, Rv. 642696-01, ha evidenziato che la semplice esecuzione della prestazione sostitutiva dell'adempimento è idonea, se sussiste il consenso del creditore, ad estinguere integralmente e *ipso iure* l'obbligazione, a prescindere dall'equivalenza di valore tra la prestazione sostitutiva e quella originariamente dovuta, essendo sufficiente che l'integrale effetto estintivo non sia stato escluso dal creditore tramite un'espressa riserva.

Con riferimento, invece, all'estinzione dell'obbligazione per compensazione, Sez. 1, n. 07474, Falabella, Rv. 644828-01, ha ribadito la distinzione tra compensazione propria e compensazione impropria, da tempo operata dalla Corte di cassazione, precisando che si è in presenza di compensazione cd. impropria se la reciproca relazione di debito-credito nasce da un unico rapporto, in cui l'accertamento contabile del saldo finale delle contrapposte partite può essere compiuto dal giudice d'ufficio, diversamente da quanto accade in caso di compensazione cd. propria, che, per operare, postula l'autonomia dei rapporti e l'eccezione di parte, fermo restando che, così come la compensazione propria, anche quella impropria può operare esclusivamente se il credito opposto in compensazione possiede il requisito della certezza.

In tema di novazione, Sez. 3, n. 14620, D'Arrigo, Rv. 644645-01, ha affermato che la variazione della misura del canone o del termine di scadenza non è sufficiente ad integrare novazione del contratto di locazione, trattandosi di modificazioni accessorie, occorrendo, invece, oltre al mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione (e rimanendo irrilevante, per contro, la successione di un soggetto ad un altro nel rapporto), che ricorrano gli elementi dell'*animus* e della *causa novandi*, il cui accertamento costituisce compito proprio del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se logicamente e correttamente motivato.

Sempre in tema di novazione, ma con riferimento agli effetti sulle garanzie originariamente prestate, in una interessante pronuncia, Sez. 3, n. 08342/2017, Olivieri, Rv. 644298-01, ha evidenziato che la transazione avente efficacia novativa del rapporto, in ordine al quale era insorto conflitto tra le parti (nella specie, un contratto di finanziamento), ha effetto estintivo delle garanzie reali originariamente prestate, a meno che i contraenti non abbiano convenuto di conservarle anche in relazione al nuovo contratto, ma, in tale caso, il patto opera esclusivamente *inter partes*, occorrendo, ai fini della conservazione di garanzie prestate da terzi, il necessario consenso del garante.

Nella stessa sentenza la S.C. ha, poi, precisato che la novazione dell'obbligazione garantita determina l'estinzione anche delle garanzie personali, ove non espressamente mantenute, siano esse "accessorie", in considerazione del nesso di dipendenza che lega la obbligazione di garanzia a quella principale, siano esse "autonome", in considerazione del nesso indissolubile che lega la causa concreta di garanzia autonoma alla esistenza del rapporto garantito.

5. La successione nel credito. Le decisioni adottate dalla Corte di cassazione nell'anno 2017 in tema di successione nel credito, riguardano l'istituto della surrogazione legale e quello della cessione del credito, con particolare riguardo anche al contratto di *factoring*.

Con riferimento alla surrogazione legale, Sez. 3, n. 18782/2017, Saija, Rv. 645171-01, in tema di confideiussione *ex art.* 1946 c.c., ha precisato che al confideiussore, che ha pagato l'intero, spetta, nei confronti degli altri, un diritto che è suscettibile di duplice inquadramento – come diritto surroga, *ex artt.* 1203, n. 3), e 1204 c.c., ma anche come diritto di regresso, *ex art.* 1954 c.c. – trattandosi di diritti, tra i quali non sussiste alcun rapporto di alternatività o incompatibilità, perché chi agisce in regresso fa valere anche il diritto di surrogazione legale, nei limiti della parte di obbligazione che non deve restare definitivamente a suo carico.

A diverse conclusioni è pervenuta Sez. 6-3, n. 27243/2017, Tatangelo, in corso di massimazione, con riferimento alla diversa figura delle fideiussioni plurime, precisando che, stante l'autonomia dei rapporti di garanzia, non è configurabile un'azione di regresso tra i fideiussori ed è ammessa soltanto la surrogazione del garante, che abbia estinto l'obbligazione garantita nei diritti del creditore soddisfatto.

In generale, Sez. 3, n. 21686/2017, Rossetti, Rv. 645713-01, ha comunque evidenziato che colui che, senza esservi tenuto, adempia un'obbligazione solidale nell'interesse di uno dei coobbligati, acquista, per effetto del pagamento, il diritto di regresso nei confronti degli altri condebitori, che sarebbe spettato alla persona, nel cui interesse ha eseguito il pagamento (in applicazione del principio la S.C. Corte ha cassato con rinvio la sentenza con cui il giudice del merito aveva rigettato per carenza di interesse la domanda di un avvocato che, avendo pagato per intero l'imposta dovuta in solido dai propri assistiti per la registrazione di una sentenza, aveva agito in via di regresso nei confronti delle altre parti del giudizio).

In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, infine, derivante dalla circolazione di veicoli a motore, Sez. 3, n. 00930/2017, Rubino, Rv. 642701-01, dopo avere affermato che l'azione di regresso di cui al comma 1 dell'art. 29 della legge del 24 dicembre 1969 n. 990 (nella specie applicabile *ratione temporis*) è accordata all'impresa designata direttamente dalla legge, in via autonoma rispetto al diritto del danneggiato (soggetta, non già al termine di prescrizione biennale applicabile all'azione risarcitoria a quest'ultimo spettante, ma al termine di prescrizione decennale), ha pure evidenziato che tale azione è diversa da quella prevista dal

comma 2 del medesimo articolo, che consente all'impresa designata di agire in surroga dei diritti dell'assicurato e del danneggiato, riconducibile, invece, alla surrogazione legale, di cui all'art. 1203, n. 5, c.c. (soggetta al termine breve di prescrizione previsto, rispettivamente, per l'esercizio dei diritti risarcitori o di quelli derivanti dal contratto di assicurazione verso l'impresa posta in liquidazione coatta, salvo il caso di pagamento avvenuto a seguito di giudizio definito con sentenza di condanna, cui si applica l'art. 2953 c.c.).

Con riferimento, invece, alla cessione del credito, occorre richiamare Sez. 3, n. 12616/2017, De Stefano, Rv. 644303-01, che, evidenziando la natura consensuale e la forma libera di tale contratto, ha ritenuto che il cessionario, in assenza di contestazione da parte del cedente e, soprattutto, del ceduto, può fornire la prova della sua legittimazione, anche producendo in giudizio un documento non sottoscritto dal primo, non rilevando, in contrario, che la cessione riguardi un credito verso la P.A., atteso che la forma eccezionalmente solenne, prevista dall'art. 69 del regio decreto del 18 dicembre 1923 n. 2440 (riguardante talune cessioni di somme dovute dallo Stato), introduce un'ipotesi di inefficacia nell'interesse esclusivo del debitore ceduto, che è il solo titolato a farla valere, con la conseguenza che il rilievo d'ufficio della carenza di forma comporta il vizio di ultra o extra petizione.

Sempre in tema di cessione del credito e con particolare attenzione alle garanzie del credito ceduto, Sez. 3, n. 17070/2017, Barreca, Rv. 644965-01, ha evidenziato che, se le parti espressamente prevedono nel contratto di cessione del credito che questa comprenda determinate garanzie del credito, in particolare la garanzia ipotecaria fatta oggetto di trasferimento ai sensi dell'art. 1263 c.c., ed il cedente garantisca l'attuale esistenza sia delle ragioni di credito che delle garanzie che le assistono, si deve intendere che a queste ultime si estende l'obbligo di garanzia del cedente *ex* art. 1266 c.c., sia quanto all'esistenza dell'iscrizione ipotecaria che quanto all'ammontare del credito da questa garantito.

Inoltre, Sez. 3, n. 30658/2017, Frasca, in corso di massimazione, ha precisato che il regime dell'art. 69, comma 3, del regio decreto 18 novembre 1923 n. 2440 – che richiede la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e la notificazione alla P.A. della cessione del credito – è applicabile solo se il credito ceduto sussista verso un'amministrazione statale, mentre non è invocabile in una controversia relativa a credito fatto valere dal cessionario contro una ASL.

Con particolare riguardo al contratto di *factoring*, Sez. 1, n. 16850/2017, Di Marzio M., Rv. 644768-01, ha fornito una chiara definizione di tale figura negoziale, evidenziando che si tratta di un contratto atipico complesso, il cui nucleo fondamentale prevede un accordo, in forza del quale un'impresa specializzata (il *factor*) si obbliga ad acquistare (*pro soluto* o *pro solvendo*), per un periodo di tempo determinato e rinnovabile, salvo preavviso, la totalità o una parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare. In esecuzione di tale contratto, poi, il *factor* pagherà all'imprenditore i crediti ceduti secondo il loro importo nominale, decurtato di una commissione (che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata), oppure gli concederà delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual caso spettano al *factor*, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate.

Sempre sullo stesso argomento, Sez. 3, n. 19341/2017, Graziosi, Rv. 645728-01, ha affermato che, nel contratto di *factoring*, avente ad oggetto crediti futuri, il debitore ceduto può opporre in compensazione al cessionario un proprio credito nei confronti del cedente sorto in epoca successiva alla notifica dell'atto di cessione, atteso che nella cessione di crediti futuri l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui questi vengono ad esistenza e non invece anteriormente, all'epoca di stipulazione del contratto.

6. Obbligazioni parziarie e solidali, debiti di valuta e di valore. La S.C. ha affrontato con alcune interessanti pronunce la problematica, ormai classica, relativa alla natura delle obbligazioni dei singoli condomini verso i terzi ed al modo in cui sono regolati, di conseguenza, i loro reciproci rapporti.

Così Sez. 2, n. 00199/2017, Scarpa, Rv. 642205-01, in una ipotesi soggetta alla disciplina anteriore a quella introdotta dalla legge 11 dicembre 2012, n. 220, nella quale uno dei condomini aveva pagato l'intero corrispettivo dovuto ad un appaltatore che aveva eseguito lavori su parti comuni in virtù di un contratto concluso con l'amministratore, ha negato che il detto condomino avesse diritto di regresso verso gli altri o che potesse avvalersi della surrogazione legale prevista dall'art. 1203, n. 3, c.c., trattandosi di una obbligazione parziaria e non solidale ed in assenza di un interesse comune all'adempimento, ma ha riconosciuto che poteva agire per ottenere l'indennizzo da ingiustificato arricchimento.

Inoltre, Sez. 3, n. 22856/2017, Tatangelo, Rv. 645511-01, nel ribadire che l'esecuzione nei confronti di un singolo condomino sulla base di titolo esecutivo ottenuto verso il condominio per obbligazioni

contratte dall'amministratore può avere luogo solo nei limiti della quota millesimale dello stesso, si è occupata di alcuni aspetti processuali della vicenda. Infatti, ha anche chiarito che, ove il creditore ne ometta la specificazione ovvero proceda per il totale dell'importo portato dal titolo, l'esecutato può proporre opposizione all'esecuzione *ex art.* 615, comma 1, c.p.c., deducendo di non essere affatto condomino o contestando la misura della quota allegata dal creditore. Ha precisato, altresì, che, nel primo caso, l'onere di provare il fatto costitutivo di detta qualità spetta al creditore precedente e che, in mancanza, il precetto deve essere dichiarato inefficace per l'intero, mentre, nella seconda eventualità, è il medesimo opponente a dovere dimostrare l'effettiva entità della propria quota condominiale, ai fini della declaratoria di inefficacia dell'atto di precetto per l'eccedenza perché, altrimenti, l'opposizione non può essere accolta.

Sez. 6-2, n. 14530/2017, Scarpa, Rv. 644621-01, ha confermato il principio della parziarietà della responsabilità dei condomini per le obbligazioni assunte dall'amministratore nell'interesse del condominio e ha sottolineato che la relativa imputazione ai componenti del condominio deve avvenire secondo criteri simili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 c.c. per le obbligazioni ereditarie.

Con riguardo alle obbligazioni solidali, Sez. 1, n. 21567/2017, Mercolino, Rv. 645412-03, ha affermato che l'art. 1306, comma 2, c. c., nel consentire al debitore solidale di opporre al creditore la sentenza più favorevole pronunciata verso il condebitore esclude, ove il primo abbia manifestato la volontà di avvalersi del giudicato, la possibilità di porre a suo carico un importo superiore a quello precedentemente liquidato nei confronti del secondo, ma non preclude l'ulteriore rivalutazione dell'importo riconosciuto. Pertanto, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva negato che l'amministratore di fatto potesse essere condannato al risarcimento del danno in favore del fallimento della società in misura superiore a quella disposta, sempre in favore della curatela, in separato giudizio contro gli amministratori di diritto.

Inoltre, Sez. L, n. 29249/2017, Cinque, in corso di massimazione, ha escluso, nel caso di cessione di azienda, che il cessionario, il quale voglia profittare della transazione stipulata dal cedente con il creditore, debba rendere la dichiarazione di cui all'art. 1304 c.c., trattandosi di un'ipotesi di solidarietà "funzionale" e non "genetica" perché conseguente ad un acollo cumulativo *ex lege* previsto a garanzia del creditore.

Sez. 2, n. 27320/2017, Giusti, in corso di massimazione, ha evidenziato che il diritto di ciascuno dei creditori di un'obbligazione indivisibile di chiederne l'integrale adempimento, comune alla disciplina delle obbligazioni solidali ai sensi dell'art. 1317 c.c., non è oggettivamente suscettibile dell'effetto liberatorio parziale nei confronti degli altri creditori previsto dall'art. 1301 c.c. nell'ipotesi di remissione di uno dei creditori, attesa l'espressa previsione dell'art. 1320 c.c., secondo cui la remissione di uno dei creditori non determina la liberazione del debitore nei confronti degli altri, essendo il loro diritto di domandare la prestazione indivisibile condizionato unicamente all'addebito o al rimborso del valore della parte di colui che ha effettuato tale remissione.

In tema di obbligazioni pecuniarie, Sez. 1, n. 20178/2017, Campanile, Rv. 645212-01, ha precisato che le obbligazioni di pagare l'indennità di espropriazione e di occupazione legittima costituiscono debiti di valuta e non di valore, sicché, qualora, in esito ad opposizione alla stima effettuata in sede amministrativa, venga riconosciuta all'espropriato una maggiore somma a titolo di indennità espropriativa, l'espropriante deve corrispondere, solo su detta maggiore somma, gli interessi legali, di natura compensativa, dal giorno dell'espropriazione e fino alla data del deposito della somma medesima.

Secondo Sez. 2, n. 20207/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 645231-01, il credito per l'indennità *ex art.* 1150 c.c. è un credito di valore, poiché mira a reintegrare il patrimonio del possessore che ha eseguito i miglioramenti e, quindi, il giudice, nel determinarlo, deve tenere conto della svalutazione monetaria.

In materia di anatocismo, Sez. 1, n. 15944/2017, Valitutti, Rv. 644668-01, ha ribadito che l'art. 1283 c.c., nell'ammettere l'anatocismo, non enuncia un principio di carattere generale, valido per ogni specie di obbligazione, ma ha carattere eccezionale, con la conseguenza che detta disposizione non estende i suoi effetti ai debiti di valore, come quelli derivanti da responsabilità aquiliana.

7. L'inadempimento, la mora debendi e la responsabilità.

In tema di mora, Sez. 2, n. 21315/2017, Cortesi, Rv. 645426-01, ha chiarito che il contraente il quale si avvalga legittimamente del diritto di sospendere l'adempimento della propria obbligazione pecuniaria a causa dell'inadempimento dell'altra parte non è in mora poiché non è applicabile l'art. 1224 c.c., se non nei limiti in cui l'eccezione è proporzionata all'inadempimento della controparte. In particolare, nei contratti sinallagmatici la valutazione di detta proporzionalità, che

è rimessa all'apprezzamento del giudice del merito, va effettuata in termini oggettivi e, quindi, con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede.

Inoltre, Sez. 3, n. 08672/2017, Cirillo F.M., Rv. 643704-01, ha precisato, in un caso di riconsegna di un immobile locato, che, mentre l'adozione della procedura prevista dagli artt. 1209, comma 2, e 1216 c.c., rappresenta l'unico mezzo per la costituzione in mora del creditore e per provocarne i relativi effetti, l'utilizzo, da parte del conduttore, di altre modalità aventi valore di offerta reale non formale, purché serie, concrete e tempestive e a condizione che non esista un legittimo motivo di rifiuto da parte del locatore, non mette in mora il locatore, ma evita la mora del conduttore con riguardo all'obbligo di adempiere la prestazione, anche ai fini dell'art. 1591 c.c.

E' stato pure precisato da Sez. 2, n. 09314/2017, Criscuolo, Rv. 643741-01, che l'esperimento dell'azione diretta ad ottenere *ex art. 2932 c.c.* una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso non è condizionato ad una preventiva costituzione in mora dell'obbligato a concludere il contratto, dovendosi l'interesse alla sua proposizione accertare solo in base ad una situazione obiettiva di inadempimento, e che il suo accoglimento non è subordinato alla presentazione di un'offerta formale della controprestazione ai sensi degli artt. 1208 e 1209 c.c., essendo idonea anche la sola manifestazione di volontà del promissario acquirente, contenuta nell'atto di citazione, di corrispondere il residuo prezzo.

In materia di responsabilità contrattuale, Sez. 3, n. 13142/2017, Moscarini, Rv. 644403-01, ha affermato che l'impossibilità della prestazione conseguente ad un sequestro penale costituisce causa di esonero del debitore da responsabilità solo ove sia offerta prova della non imputabilità, anche remota, di tale evento impeditivo, non essendo rilevante, in mancanza, la configurabilità o meno del *factum principis*.

Infine, con riferimento al riscatto di immobili urbani per uso non abitativo, Sez. 2, n. 00655/2017, Falabella, Rv. 642214-01, ha ritenuto che il termine fissato dall'art. 39, commi 2 e 3, legge 27 luglio 1978, n. 392, per il pagamento del relativo prezzo ha natura dilatoria, con la conseguenza che la sua inosservanza non comporta decadenza da un diritto già legittimamente esercitato né, in mancanza di una espressa previsione in tal senso, condiziona gli effetti dello stesso, determinando, piuttosto, le conseguenze dell'inadempimento.

8. La liquidazione del danno in generale. In tema di danno cd. differenziale, Sez. L, n. 13819/2017, Patti, Rv. 644529-01, ha

chiarito, con una pronuncia concernente dei profili processuali, che il giudice di merito deve procedere d'ufficio allo scomputo, dall'ammontare liquidato a detto titolo, dell'importo della rendita INAIL, anche se l'istituto assicuratore non abbia, in concreto, provveduto all'indennizzo, trattandosi di questione attinente agli elementi costitutivi della domanda e venendo in rilievo una operazione contabile astratta che qualsiasi interprete può eseguire ai fini del calcolo del differenziale. Infatti, diversamente opinando, il lavoratore locupleterebbe somme che il datore di lavoro comunque non sarebbe tenuto a pagare né a lui, né all'INAIL, dovendosi pure considerare che la mancata liquidazione dell'indennizzo potrebbe essere dovuta all'inerzia del lavoratore che non abbia denunciato l'infortunio o la malattia, o abbia lasciato prescrivere l'azione.

Secondo Sez. 3, n. 10499/2017, Chiarini, Rv. 644007-01, il danno patrimoniale futuro da perdita della capacità lavorativa specifica, in applicazione del principio dell'integralità del risarcimento sancito dall'art. 1223 c.c., deve essere liquidato moltiplicando il reddito perduto per un adeguato coefficiente di capitalizzazione, utilizzando quali termini di raffronto, da un lato, la retribuzione media dell'intera vita lavorativa della categoria di pertinenza, desunta da parametri di rilievo normativi o altrimenti stimata in via equitativa, e, dall'altro, coefficienti di capitalizzazione di maggiore affidamento, in quanto aggiornati e scientificamente corretti, quali, ad esempio, quelli approvati con provvedimenti normativi per la capitalizzazione delle rendite previdenziali o assistenziali oppure quelli elaborati specificamente nella materia del danno aquiliano. In base a tale principio, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che aveva determinato la quota di reddito perduto da un avvocato, esercente da pochi mesi la professione, sulla base dell'imponibile fiscale dichiarato dal danneggiato nell'anno del sinistro, senza considerare il prevedibile progressivo incremento reddituale che, notoriamente, caratterizza tale attività, moltiplicandola, poi, per il coefficiente di capitalizzazione tratto dalla tabella allegata al r.d. 9 ottobre 1922, n. 1403, sebbene ancorata a dati non più attuali.

Inoltre, Sez. 3, n. 09950/2017, Rossetti, Rv. 643854-02, ha affermato il principio – subito ribadito da Sez. 3, n. 25817/2017, Spaziani, in corso di massimazione – che la liquidazione del danno da ritardato adempimento di un'obbligazione di valore, ove il debitore abbia pagato un acconto prima della quantificazione definitiva, deve avvenire, in primo luogo, devalutando l'acconto ed il credito alla data dell'illecito, quindi, detraendo l'acconto dal credito e, infine, calcolando gli interessi compensativi sulla base di un saggio

scelto in via equitativa ed applicato prima sull'intero capitale, rivalutato anno per anno, per il periodo intercorso dalla data dell'illecito al pagamento dell'acconto, e, poi, sulla somma che residua dopo la detrazione dell'acconto, rivalutata annualmente, per il periodo che va da quel pagamento fino alla liquidazione definitiva.

Nell'ambito della valutazione equitativa del danno, Sez. L, n. 08721/2017, Torrice, Rv. 643903-01, ha precisato che pure con riferimento ai crediti relativi a rapporti di lavoro è consentito al giudice di inglobare in una unica somma, insieme con la prestazione principale, interessi e rivalutazione monetaria, ove anche per tali voci ricorrano le condizioni di cui all'art. 1226 c.c., senza necessità di specificare i singoli elementi della liquidazione.

Con riferimento alla stessa tematica, Sez. 6-3, n. 04534/2017, Rossetti, Rv. 643131-01, ha chiarito che la liquidazione in via equitativa del danno postula, in primo luogo, il concreto accertamento dell'ontologica esistenza di un pregiudizio risarcibile, il cui onere probatorio ricade sul danneggiato e non può essere assolto dimostrando semplicemente che l'illecito ha soppresso una cosa determinata, e non, altresì, che essa fosse suscettibile di sfruttamento economico, e, in secondo luogo, il preventivo accertamento che l'impossibilità o l'estrema difficoltà di una stima esatta del danno stesso dipenda da fattori oggettivi e non da negligenza della parte danneggiata.

Sez. 3, n. 05013/2017, Chiarini, Rv. 643140-01, ha affermato che, in tema di risarcimento danni per equivalente, la stima e la determinazione del pregiudizio da ristorare vanno operate alla stregua dei criteri praticati al momento della liquidazione, in qualsivoglia maniera compiuta, cioè secondo i parametri vigenti alla data della pattuizione convenzionale stipulata tra le parti, ovvero del pagamento spontaneamente effettuato dal soggetto obbligato, o della pronuncia (anche non definitiva) resa sulla domanda risarcitoria formulata in sede giurisdizionale o arbitrale, restando preclusa, una volta quantificato il danno con una di tali modalità, l'applicazione di criteri di liquidazione elaborati in epoca successiva.

Secondo Sez. 1, n. 04028/2017, Campanile, Rv. 644309-01, gli interessi compensativi sulla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno (contrattuale o extracontrattuale) costituiscono una componente di quest'ultimo e, nascendo dal medesimo fatto generatore della obbligazione risarcitoria, devono ritenersi ricompresi nella domanda di risarcimento e possono essere liquidati d'ufficio. Pertanto, l'impugnazione della decisione di primo grado si estende necessariamente anche al computo di quegli interessi, pur se non sia

stato specificamente censurato il criterio adottato sul punto, con la conseguenza che il giudice dell'impugnazione o quello del rinvio, anche in difetto di un puntuale rilievo sulla modalità di liquidazione prescelta dal giudice precedente, possono procedere ad una nuova quantificazione della somma dovuta a titolo risarcitorio e dell'ulteriore danno da ritardato pagamento.

In tema di fatto colposo del danneggiato, rilevante *ex art.* 1227, comma 1, c.c., Sez. 3, n. 01295/2017, Graziosi, Rv. 642704-01, ha precisato che questo deve connettersi causalmente all'evento dannoso, con la conseguenza che non ogni esposizione a rischio da parte del danneggiato è idonea a determinarne un concorso giuridicamente rilevante, occorrendo, al contrario, che tale condotta costituisca concreta concausa dell'evento dannoso. Nel caso di specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso il concorso colposo del danneggiato, deceduto in un sinistro stradale, per avere accettato di farsi trasportare su un'autovettura guidata da un conducente in stato di ebbrezza, sul rilievo che la responsabilità causativa del sinistro era stata integralmente ascritta al conducente dell'altro veicolo coinvolto.

CAPITOLO X

IL CONTRATTO IN GENERALE

(DI FRANCESCO CORTESI E PAOLA D'OVIDIO)*

SOMMARIO: 1. Contratto atipico – 2. Conclusione del contratto, presunzione di conoscenza, proposta e accettazione – 3. Integrazione del contratto e responsabilità precontrattuale – 4. Condizioni generali e clausole vessatorie – 5. Oggetto – 6. Causa – 7. Forma – 8. Preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre – 9. Condizione – 10. Interpretazione e qualificazione del contratto – 11. Esecuzione secondo buona fede. – 12. Clausola penale e caparra – 13. Rappresentanza e ratifica – 14. Contratto per persona da nominare – 15. Simulazione – 16. Nullità del contratto – 17. Annullabilità del contratto – 18. Risoluzione del contratto.

1. Contratto atipico. Nel corso dell'anno 2017 la S.C. ha avuto occasione di esaminare diverse tipologie di contratti atipici, in alcuni casi affrontando il profilo della meritevolezza dell'interesse perseguito nella specifica ipotesi negoziale sottoposta alla sua attenzione, in altre occasioni delineando i profili essenziali di alcune fattispecie innominate molto diffuse nella pratica commerciale ovvero chiarendo le distinzioni tra le stesse e determinati contratti tipici apparentemente simili, conseguentemente individuando la disciplina applicabile nel caso concreto.

In particolare, la questione della meritevolezza dell'interesse perseguito si è posta con riferimento ad un accordo con il quale una parte si era obbligata ad acquistare periodicamente, per conto dell'altro contraente, le quote di un sistema del “Superenalotto” da essa stessa elaborato e predisposto, custodendole ed anticipandone il costo, con l'intesa che il regolamento dei conti doveva avvenire con cadenza settimanale: in proposito, Sez. 3, n. 00921/2017, Pellicchia, Rv. 642695-01, ha affermato che una simile convenzione costituisce un contratto atipico la cui causa concreta è resa palese dalle contrapposte obbligazioni, le quali escludono la gratuità del negozio e tendono ad un risultato del tutto lecito, atteso che la funzione concretamente realizzata è quella di consentire ad un soggetto l'esercizio di un gioco d'azzardo regolato e posto sotto il controllo dello Stato, e quindi non rientrante nell'ambito dell'art. 718 c.p.

Ancora in tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici, Sez. 1, n. 19013/2017, Dolmetta, Rv. 645173-01, si è occupata dei contratti c.d. “derivati”, affermando che l'art. 21 TUF

* Paola D'Ovidio ha redatto i par. da 1 a 9 e Francesco Cortesi quelli da 10 a 18.

e l'art. 26 reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa e inderogabile, anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato; pertanto, si legge nella decisione citata, tali norme si manifestano rilevanti prima di tutto per la valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.. In applicazione di tale principio, la S.C. ha quindi cassato la sentenza di appello che, nello svolgimento del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato "*interest rate swap*", avente natura di operazione "di copertura", non aveva tenuto conto né delle norme degli art. 21 TUF e 26 reg. Consob, n. 11522/1998, né delle specifiche prescrizioni approntate dalla Determinazione Consob del 26 febbraio 1999. Con riferimento in particolare a tale Determinazione Consob, la S.C. ha evidenziato che la stessa si inquadra nell'ambito delle misure di attuazione del TUF e del reg. Consob, indicando le caratteristiche che un'«operazione in strumenti finanziari deve possedere per essere considerata "di copertura"», sicché la necessaria cura dell'interesse oggettivo del cliente – che la normativa dei citati artt. 21 e 26 va a inserire nell'ambito della generale valutazione di meritevolezza degli interessi prescritta dall'art. 1322 c.c. – si traduce, in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, nel rispetto di dette condizioni.

Ben diverso l'esito del giudizio sulla meritevolezza cui è pervenuta Sez. 3, n. 10506/2017, Rossetti, Rv. 644008-01, con riferimento alla clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile (nella specie stipulato da un'azienda ospedaliera), per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione: in proposito, la citata pronuncia ha affermato che si tratta di un patto atipico immeritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., atteso che realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

Sotto il profilo della individuazione e della differenziazione di un contratto atipico da similari figure negoziali nominate, di particolare interesse il principio affermato da Sez. 3, n. 25844/2017, Scoditti, in corso di massimazione, che ha escluso l'atipicità di un contratto con il quale una casa di cura si era obbligata, nei confronti di un'Azienda Ospedaliera, a fornire una prestazione consistente esclusivamente nella messa a disposizione del personale paramedico,

dell'immobile con i relativi impianti e del vitto per i ricoverati: tale ipotesi, per la prima volta all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, è stata ritenuta dalla S.C. una fornitura di servizi non riconducibile al contratto atipico di ospitalità, difettandone il connotato essenziale, consistente nella effettuazione delle cure mediche e chirurgiche (rimaste, nella specie, a carico dell'Azienda Ospedaliera) e, conseguentemente, è stata esclusa la necessità che, in una simile ipotesi, la casa di cura sia soggetta ad accreditamento istituzionale, ex art. 8-quater, del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502.

In tema di mediazione atipica, si segnala Sez. U, n. 19161/2017, Petitti, Rv. 645238-01, che ha risolto un contrasto sorto nella giurisprudenza della Corte circa l'applicabilità o meno al procacciamento di affari della disciplina di cui alla legge 3 febbraio 1989 n. 39 (e, in tempi più recenti, quella ricavabile dal d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, c.d. decreto Bersani *bis*): da un lato, infatti, si negava tale applicabilità osservando che le due figure di mediazione presentano una ontologica differenza, atteso che il mediatore cd. tipico assume una posizione di terzietà, a differenza del procacciatore che, invece, ha un rapporto precipuo con il cliente o preponente; dall'altro si affermava che, ferma restando tale diversità, sarebbe pur sempre identificabile un nucleo comune alle due figure rappresentato dalla interposizione tra più soggetti al fine di metterli in contatto per la conclusione di un affare. In proposito, le Sezioni Unite hanno in primo luogo ribadito la configurabilità, accanto alla mediazione ordinaria, di una mediazione negoziale cd. atipica, fondata su contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (cd. mediazione unilaterale), la quale ricorre quando una parte, volendo concludere un singolo affare, incarica altri di svolgere un'attività volta alla ricerca di una persona interessata alla sua conclusione a determinate e prestabilite condizioni. Posta tale premessa, hanno quindi risolto il contrasto affermando che l'esercizio dell'attività di mediazione atipica, quando l'affare abbia ad oggetto beni immobili o aziende, ovvero, se riguardante altre tipologie di beni, sia svolta in modo professionale e continuativo, resta soggetta all'obbligo di iscrizione all'albo previsto dall'art. 2 della l. n. 39 del 1989, ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, il diritto alla provvigione.

Un'altra fattispecie negoziale frequentemente utilizzata nella pratica commerciale è stata esaminata da Sez. 1, n. 16850/2017, Di Marzio M., Rv. 644768-01, la quale ha accuratamente delineato il *factoring*, definendolo un contratto atipico complesso, il cui nucleo

fondamentale prevede sempre un accordo in forza del quale un'impresa specializzata (il *factor*) si obbliga ad acquistare (*pro soluto* o *pro solvendo*), per un periodo di tempo determinato e rinnovabile salvo preavviso, la totalità o una parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare. Il *factor* paga all'imprenditore i crediti ceduti secondo il loro importo nominale, decurtato di una commissione che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata, oppure gli concede delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual caso spettano al *factor*, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate.

La natura di contratto atipico è stata riconosciuta da Sez. 6-2, n. 13232/2017, Scarpa, Rv. 644382-01, in un accordo mediante il quale le parti avevano stabilito la cessione di quote di piena o nuda proprietà di un bene immobile verso un corrispettivo, in parte rappresentato dalla prestazione mensile di una somma di danaro, ed in parte dalla prestazione di "assistenza morale" per la durata della vita del beneficiario: tale convenzione, precisa la pronuncia richiamata, si differenzia dalla rendita vitalizia in relazione agli autonomi obblighi di assistenza che la connotano – in parte non fungibili e basati sull'*intuitus personae* – rispetto all'inadempimento dei quali, anche limitatamente ad un breve periodo, non è pertanto applicabile l'art. 1878 c.c., che esclude la risoluzione del contratto in ipotesi di mancato pagamento di rate di rendita scadute, ma la disciplina generale della risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c.

Ulteriore figura di contratto atipico è stata individuata da Sez. 2, n. 04948/2017, Scarpa, Rv. 643058-01 nella concessione di vendita, la quale, si legge nella citata decisione, non è inquadrabile tra i contratti di scambio con prestazioni periodiche ed ha natura di "contratto normativo", da cui quale deriva per il concessionario il duplice obbligo di promuovere la formazione di singoli contratti di compravendita e di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti che gli vengono forniti alle condizioni fissate nell'accordo iniziale; inoltre, ha precisato la S.C., detto contratto differisce da quello di agenzia perché in esso la collaborazione tra concedente e concessionario non costituisce elemento determinante.

Anche il conto corrente di corrispondenza costituisce un negozio giuridico atipico, il quale, come focalizzato da Sez. 1, n. 02226/2017, Mercolino, Rv. 643709-01, è dominato dalle regole del mandato, in quanto la banca assume l'incarico di compiere pagamenti o riscossioni di somme per conto del cliente e secondo le sue istruzioni, potendo altresì mettere a sua disposizione anche delle

somme. In tale ultima ipotesi, la disponibilità del conto viene costituita dalla banca o in virtù di un obbligo preventivamente assunto (apertura di credito) o per una sua autonoma decisione (concessione temporanea di credito), astrattamente ascrivibile anche a mera tolleranza, dalla quale, precisa la decisione di cui si discorre, non può farsi discendere l'obbligo della stessa di provvedere per il futuro ad ulteriori anticipazioni, neppure nel caso in cui la disponibilità accordata al cliente consegua allo sconto di effetti cambiari o di assegni postdatati, trattandosi di un comportamento non idoneo, di per sé, ad evidenziare univocamente la volontà di addivenire per *facta concludentia* ad una modificazione delle condizioni originariamente concordate, né la violazione dell'obbligo di buona fede.

2. Conclusione del contratto, presunzione di conoscenza, proposta e accettazione. In tema di operatività della presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., Sez. 1, n. 22687/2017, Campanile, Rv. 645523-01, si pone in linea con il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, avendo ritenuto che la dichiarazione unilaterale comunicata mediante lettera raccomandata si presume ricevuta (e quindi conosciuta nel suo contenuto), pur in mancanza dell'avviso di ricevimento, sulla base dell'attestazione della spedizione da parte dell'ufficio postale, sicché incombe sul destinatario l'onere di provare l'asserita non corrispondenza della dichiarazione ricevuta - perché la raccomandata non conteneva alcun atto o conteneva un atto diverso - rispetto a quella indicata dal mittente, non potendo il destinatario limitarsi ad una generica contestazione dell'invio della raccomandata medesima.

Sulla stessa scia, con riferimento alle comunicazioni a mezzo telefax, Sez. 6-1, n. 18679/2017, Ferro, Rv. 645334-02 ha affermato che, una volta dimostrato l'avvenuto corretto inoltro del documento a mezzo telefax al numero corrispondente a quello del destinatario, deve presumersene il conseguente ricevimento e la piena conoscenza da parte di costui, restando, pertanto, a suo carico l'onere di dedurre e dimostrare eventuali elementi idonei a confutare l'avvenuta ricezione.

Tale orientamento ha trovato continuità anche nella pronuncia di Sez. L., n. 24015/2017, Torrice, in corso di massimazione, la quale ha ribadito che la produzione in giudizio di un telegramma, o di una lettera raccomandata, anche in mancanza dell'avviso di ricevimento, costituisce prova certa della spedizione, attestata dall'ufficio postale attraverso la relativa ricevuta, dalla quale consegue la presunzione

dell'arrivo dell'atto al destinatario e della sua conoscenza ai sensi dell'art. 1335 c.c., fondata sulle univoche e concludenti circostanze della suddetta spedizione e sull'ordinaria regolarità del servizio postale e telegrafico.

Con riferimento alla individuazione dell'avvenuta conclusione del contratto, Sez. 1, n. 01332/2017, Falabella, Rv. 643708-02, ha precisato che l'accettazione della proposta contrattuale di compravendita, anche ove quest'ultima sia irrevocabile in forza di un patto d'opzione, è idonea a segnare il perfezionamento del contratto, e quindi a spiegare effetto traslativo della proprietà della cosa venduta, non soltanto quando il prezzo sia stabilito in detta proposta o in quel patto d'opzione, ma anche quando sia determinabile alla stregua di criteri, riferimenti o parametri precostituiti, così che la sua successiva concreta quantificazione sia ricollegabile ad un'attività delle parti di tipo meramente attuativo e ricognitivo. In applicazione di tale principio, la S.C. ha quindi confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto perfezionata la vendita di un'azienda il cui prezzo era stato contrattualmente determinato in ragione dei canoni che l'affittuario della stessa avrebbe dovuto versare dalla data di esercizio dell'opzione al termine del contratto di affitto.

Nella peculiare ipotesi di trasferimento in proprietà di alloggi di edilizia residenziale pubblica, Sez. U, n. 17623/2017, Armano, Rv. 644925-01 ha ribadito un principio già in precedenza affermato, secondo il quale, qualora, dopo l'accettazione da parte dell'ente gestore dell'istanza di cessione e la comunicazione del prezzo indicato, l'assegnatario sia deceduto senza procedere alla stipula del contratto di compravendita, gli eredi dello stesso non acquisiscono a titolo derivativo il diritto alla cessione dell'alloggio, ma sono soltanto esonerati, ai sensi dell'art. 27 della legge 8 agosto 1977 n. 513, dall'onere di confermare la relativa domanda, atteso che la situazione precedente alla stipula del contratto, richiedente agli effetti della cessione la verifica di determinati requisiti, non è trasmissibile *iure hereditatis*. Né tale disciplina, prosegue la sentenza citata, risulta derogata dall'art. 2, comma 3, della legge 2 aprile 2001 n. 136, che ha solo ribadito la non necessità di un'espressa conferma della domanda di riscatto da parte degli eredi e l'obbligo dell'amministrazione di provvedere comunque nei loro confronti in ordine alla richiesta cessione, individuando tra di essi chi sia in grado di subentrare nella posizione dell'originario assegnatario riscattante, ma non anche il necessario accoglimento della relativa domanda, a prescindere dalla valutazione di quei requisiti, di parentela e convivenza dell'erede o

degli eredi, che, in quanto non espressamente abrogati, non possono ritenersi posti nel nulla da una norma meramente interpretativa.

In ambito lavoristico, Sez. 6-L, n. 25402/2017, Ghinoy, in corso di massimazione, ha chiarito che il meccanismo previsto dagli artt. 1326, comma 1, e 1335 c.c. opera solo se manchino elementi per ritenere che una conoscenza dell'intervenuta accettazione sia già avvenuta nel medesimo contesto di tempo e di luogo in cui è avvenuta la sottoscrizione della proposta per accettazione. In particolare, la S.C., nell'affermare tale principio ai fini dell'individuazione della competenza per territorio del giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto, ha ritenuto di dover presumere che il datore di lavoro avesse avuto contestuale conoscenza dell'accettazione del lavoratore, in quanto quest'ultimo aveva iniziato il rapporto di lavoro nella stessa data e nello stesso luogo in cui aveva firmato la proposta, con conseguente competenza del giudice di tale ultimo luogo e non di quello dove il datore di lavoro aveva sottoscritto la proposta poi trasmessa al lavoratore.

Con riferimento al contratto di patrocinio, Sez. 3, n. 14276/2017, Scoditti, Rv. 644641-02, ha puntualizzato che ai fini della conclusione di tale contratto non è indispensabile il rilascio di una procura *ad litem*, essendo questa richiesta solo per lo svolgimento dell'attività processuale, né rileva il versamento di un fondo spese o di un anticipo sul compenso, atteso che il mandato può essere anche gratuito e che, in ipotesi di mandato oneroso, il compenso ed il rimborso delle spese possono essere richiesti dal professionista durante lo svolgimento del rapporto o al termine dello stesso. Ciò in quanto, si legge nella motivazione, la procura *ad litem* è un negozio unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, mentre il mandato sostanziale costituisce un negozio bilaterale (cd. contratto di patrocinio) con il quale il legale viene incaricato, secondo lo schema negoziale che è proprio del mandato, di svolgere la sua opera professionale in favore della parte.

In una prospettiva più generale, Sez. 2, n. 14006/2017, Federico, Rv. 644474-01, ha affermato che la valutazione dell'intesa raggiunta dai contraenti, al fine di discernere se la stessa abbia ad oggetto un regolamento definitivo del rapporto ovvero un documento con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, costituisce accertamento riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione; la pronuncia citata ha inoltre precisato che, nel compiere tale verifica, il giudice può fare ricorso ai criteri dettati dagli artt. 1362 e ss. c.c. per

ricostruire la volontà delle parti, tenendo conto sia del loro comune comportamento, anche successivo, sia della disciplina complessiva dalle stesse dettata. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva rimarcato la mancanza nella fattispecie al suo esame di una descrizione analitica dei tempi e delle modalità di esecuzione della prestazione e di pagamento del corrispettivo, nonché di espressioni idonee ad evidenziare, in modo univoco, il sorgere del reciproco sinallagma contrattuale, ritenendo irrilevante la mera sottoscrizione del preventivo da parte del committente, non accompagnata da alcuna espressione da cui potesse desumersi l'assunzione di una vera e propria obbligazione.

Infine, ancora con riferimento alla conclusione del contratto, merita di essere segnalata Sez. 1, n. 04400/2017, Valitutti, Rv. 643874-02, la quale ha precisato che, nella peculiare ipotesi in cui l'amministrazione non intenda seguire, per la cessione di alloggi di edilizia economica e popolare, la via privatistica, mediante stipula di un contratto preliminare, ma abbia tuttavia pattuito l'assegnazione in locazione con patto di riscatto, o sia comunque pervenuto a conclusione il procedimento amministrativo volto alla cessione dell'alloggio e sia stata comunicata, da parte dell'ente assegnante, l'accettazione della domanda dell'assegnatario e la determinazione del prezzo, sussiste il diritto dell'assegnatario stesso di agire in giudizio, dinanzi al giudice ordinario, per ottenere l'accertamento dell'avvenuta cessione in proprietà del bene o una sentenza di trasferimento ex art. 2932 c.c.

3. Integrazione del contratto e responsabilità precontrattuale. Rilevanti precisazioni sulla integrazione del contratto quale effetto di norme sopravvenute alla sua conclusione sono offerte da Sez. 1, n. 09405/2017, Acierno, Rv. 643876-01, con specifico riguardo agli interessi di un contratto di mutuo. La citata sentenza, infatti, ha chiarito che, qualora il tasso di tali interessi, originariamente pattuito in misura legittima, sia divenuto usurario nel corso dell'esecuzione del contratto e ciò sia stato tempestivamente contestato – risultando applicabile, *ratione temporis*, la norma d'interpretazione autentica di cui all'art. 1 del d.l. 29 dicembre 2000 n. 394 (conv., con modif., dalla legge 28 febbraio 2001 n. 24) – il giudice del merito è comunque tenuto ad accertare l'usurarietà e, per la frazione temporale nella quale il superamento del tasso soglia sia effettivamente intervenuto, deve applicare il tasso previsto in via normativa, secondo la rilevazione trimestrale eseguita ai sensi dell'art. 2 della legge 7 marzo 1996 n. 108; in tal caso, però, non devono

applicarsi le sanzioni civili e penali stabilite dagli art. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.

Altra interessante pronuncia che ha affrontato gli effetti di norme sopravvenute ai fini della loro incidenza sul contenuto contrattuale è offerta da Sez. 3, n. 18370/2017, Moscarini, Rv. 645368-01, in tema di somministrazione di *gas* di petrolio liquefatto (GPL). Tale pronuncia ha affermato che l'art. 10 del d.lgs. 11 febbraio 1998 n. 32, nel dettare la disciplina imperativa del relativo negozio (in particolare, quanto alla durata di esso e al divieto di vincolare l'utente all'acquisto di quantità di prodotto contrattualmente predeterminate o all'acquisto di detto prodotto in regime di esclusiva), non tocca la validità del contratto stipulato, anteriormente all'entrata in vigore di detto decreto delegato, con clausole di contenuto difforme da quanto successivamente stabilito dal citato articolo, ma prevede esclusivamente la risoluzione di diritto di esso (che non può essere dichiarata d'ufficio dal giudice di legittimità, trattandosi di eccezione di merito rimessa alla disponibilità della parte interessata) nell'ipotesi di mancato adeguamento, entro il 1 settembre 1998, alle prescrizioni della citata norma, restando così esclusa l'applicabilità del regime della inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c.

Ancora in tema di integrazione di clausole contrattuali, peculiare è la disciplina, ricostruita da Sez. 2, n. 00021/2017, Federico, Rv. 642184-01, in relazione al vincolo del prezzo massimo di cessione degli alloggi costruiti ex art. 35 della l. n. 865 del 1971 sulla base di convenzioni per la cessione di aree in diritto di superficie, ovvero per la cessione del diritto di proprietà se stipulate, quest'ultime, precedentemente all'entrata in vigore della legge 17 febbraio 1992 n. 179, qualora non sia intervenuta la convenzione di rimozione, ex art. 31, comma 49-bis, della legge 23 dicembre 1998 n. 448: tale vincolo, precisa la sentenza, segue il bene, a titolo di onere reale, in tutti i successivi passaggi di proprietà, attesa la *ratio legis* di garantire la casa ai meno abbienti ed impedire operazioni speculative di rivendita, con la conseguenza che la clausola negoziale contenente un prezzo difforme da quello vincolato è affetta da nullità parziale e sostituita di diritto, ex artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c., con altra contemplante il prezzo massimo determinato in forza della originaria convenzione di cessione.

Con riguardo alla responsabilità precontrattuale, Sez. U, n. 10413/2017, Barreca, Rv. 643937-01, ha statuito che tale forma di responsabilità è configurabile in capo alla P.A. in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e

della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.; in particolare, il recesso dalle trattative è sindacabile, ai sensi dell'art. 1337 c.c., ove l'ente predetto sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto, a prescindere dalle ragioni che abbiano indotto il primo ad interrompere le trattative o a rifiutare la conclusione nel contratto.

4. Condizioni generali e clausole vessatorie. La produzione giurisprudenziale del 2017, con riferimento alle condizioni generali ed alle clausole vessatorie, si pone in sostanziale continuità con gli orientamenti consolidati o comunque prevalenti emersi negli anni precedenti.

In particolare, Sez. 2, n. 20205/2017, Rv. 645230-01, ha confermato il principio, già affermato nel 2012 ma contrastante con un precedente del 2009, secondo il quale, poiché la specifica approvazione per iscritto costituisce, ex art. 1341, comma 2, c.c., requisito per l'opponibilità delle clausole cd. vessatorie al contraente aderente, solo quest'ultimo è legittimato a farne valere l'eventuale mancanza e non anche il predisponente che, pertanto, non può invocare la nullità per la carenza di detta specifica approvazione.

A sua volta, Sez. 2, n. 15237/2017, Cosentino, Rv. 644490-01 ha ribadito che le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come "predisposte" dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 c.c. e, pertanto, pur se vessatorie, non necessitano di specifica approvazione.

Con specifico riferimento alla clausola di deroga della competenza per territorio, stabilita da uno dei contraenti a proprio favore, Sez. 6-3, n. 04377/2017, Barreca, Rv. 643127-01 ha riaffermato che la stessa è valida quando l'altro contraente abbia sottoscritto la dichiarazione con la quale approva specificamente la stessa, senza che sia necessaria anche la sottoscrizione di detta dichiarazione da parte del predisponente.

Sulla stessa scia anche Sez. 6-3, n. 12739/2017, Scrima, Rv. 644295-01, la quale ha altresì precisato che, ai fini della specifica approvazione, è sufficiente, quale indicazione specifica ed idonea a suscitare l'attenzione del sottoscrittore, il richiamo al numero ovvero alla lettera che contraddistingue la clausola, senza necessità che questa sia integralmente trascritta.

In tema di arbitrato tra banca e consumatore, Sez. 6-1, n. 03744/2017, Genovese, Rv. 643655-02 ha puntualizzato che, essendo la validità della clausola compromissoria subordinata alla sua specifica negoziazione ed approvazione per iscritto, essa deve essere dichiarata nulla ex art. 33, comma 2, lett. t), del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 quando sia inserita in condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti (il professionista), perché la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria è da considerarsi vessatoria e contraria alla disciplina di protezione del consumatore.

Infine, Sez. U, n. 08895/2017, Campanile, Rv. 643563-01, si è occupata della clausola di proroga della giurisdizione in favore di uno degli stessi aderenti, per la quale l'art. 23 del Regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 impone il requisito della forma scritta: dando continuità ad un principio già ripetutamente affermato, le Sez. U hanno ribadito che il detto requisito è rispettato, ove la clausola stessa figuri tra le condizioni generali di contratto, se il documento contrattuale sottoscritto da entrambe le parti contenga un richiamo espresso alle condizioni generali suddette recanti quella clausola, senza la necessità di una specifica approvazione per iscritto.

5. Oggetto. Numerose e variegate le pronunce di legittimità che nel corso dell'anno 2017 hanno affrontato il tema dell'oggetto del contratto, sia in termini generali che in relazione a specifiche tipologie negoziali, segnatamente con riferimento al contratto di vendita c.d. in blocco, alla compravendita immobiliare, al contratto di cessione di credito con inclusione di determinate garanzie, al contratto di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla attività professionale, al contratto di appalto di opere pubbliche "a corpo" ed al patto di prova apposto ad un contratto di lavoro.

In linea generale, Sez. 6-3, n. 24790/2017, Cirillo F.M., in corso di massimazione, ha ribadito che il requisito della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto dell'obbligazione esprime la fondamentale esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, avendo le parti la necessità di sapere l'impegno assunto ovvero i criteri per la sua concreta determinazione: partendo da tale premessa, la pronuncia evidenzia che il suddetto requisito può risultare pregiudicato qualora sia prevista la possibilità che la misura della prestazione sia discrezionalmente determinata, sia pure in presenza di precise condizioni legittimanti, da una soltanto delle parti.

Sotto altro profilo, di particolare interesse, trattandosi di un principio per la prima volta affermato *expressis verbis* e di rilevanza trasversale in tutta la materia contrattuale, è quanto affermato da Sez.

3, n. 24071/2017, Olivieri, Rv. 645832-01, con riferimento alla operatività anche in ambito negoziale del c.d. contatto sociale qualificato, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c. Tale “contatto sociale”, si legge nella sentenza, interviene anche in presenza di una convenzione, prescrivendo un autonomo obbligo di condotta che si aggiunge e concorre con l’adempimento dell’obbligazione principale, in quanto diretto alla protezione di interessi ulteriori della parte contraente, estranei all’oggetto della prestazione contrattuale, ma comunque coinvolti dalla realizzazione del risultato negoziale programmato. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva escluso la responsabilità di un’azienda termale per il mancato tempestivo intervento in ausilio ad una persona in occasionale difficoltà, la quale si era procurata lesioni personali mentre usciva dalla vasca termale dopo aver inutilmente atteso il personale di cui aveva richiesto l’assistenza.

Passando alle pronunce che hanno riguardato particolari aspetti inerenti all’oggetto di specifiche figure contrattuali, merita di essere segnalata Sez. 2, n. 15751/2017, Criscuolo, Rv. 644404-01, che ha sottolineato la necessità di distinguere, nell’ambito delle ipotesi in cui più venditori abbiano trasferito una pluralità di immobile con il medesimo atto, quelle in cui i contraenti intesero dare vita ad una vendita cumulativa con pluralità di oggetti (ovvero ad una cd. vendita in blocco), da quelle in cui le parti intendevano porre in essere tanti singoli contratti conclusi contestualmente, sebbene strutturalmente distinti in ragione degli oggetti alienati: solo in questa ultima ipotesi, precisa la sentenza in discorso, è infatti necessaria, a pena di nullità dell’atto, l’indicazione del prezzo di ciascun immobile trasferito; peraltro, la valutazione sul tipo di trasferimento voluto e realizzato, precisa altresì la medesima sentenza, si risolve in una *quaestio voluntatis* risolubile solo con riferimento al caso concreto, sicché integra un apprezzamento di fatto del giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato.

Restando nell’ambito della compravendita immobiliare, Sez. 2, n. 03996/2017, Cosentino, Rv. 643043-01, ha invece chiarito che, ai fini dell’individuazione dell’immobile oggetto del contratto, i dati catastali non hanno valore determinante rispetto al contenuto descrittivo del titolo ed ai confini indicati nell’atto, ad eccezione solamente del caso in cui le parti ad essi abbiano fatto esclusivo

riferimento per individuare l'immobile, e manchi un qualsiasi contrasto tra gli stessi ed i confini del bene.

In tema di cessione del credito, Sez. 3, n. 17070/2017, Barreca, Rv. 644965-01 ha esaminato il caso in cui le parti prevedano espressamente nel contratto anche la cessione di determinate garanzie del credito ceduto, in particolare della garanzia ipotecaria, fatta oggetto di trasferimento ai sensi dell'art. 1263 c.c., ed il cedente garantisca l'attuale esistenza sia delle ragioni di credito che delle garanzie che le assistono: a fronte di tale pattuizione, si deve intendere che l'obbligo di garanzia del cedente, ex art. 1266 c.c., si estenda anche a tali garanzie, sia quanto all'esistenza dell'iscrizione ipotecaria che quanto all'ammontare del credito da questa garantito.

Con riferimento alla assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla attività professionale (nella specie, svolta da un commercialista), Sez. 3, n. 22339/2017, Rubino, Rv. 646019-01, ha opportunamente chiarito che, ai fini dell'operatività della polizza assicurativa, deve accertarsi se il comportamento posto in essere rientri nell'ambito dell'attività individuata dalla polizza come risarcibile; a tal fine, è necessario che il danno sia stato causato dal professionista, direttamente attraverso l'attività professionale carente, o indirettamente per carenze organizzative o di diligenza del proprio studio del quale egli indirettamente risponde, mentre non occorre che questi indichi all'assicuratore l'effettivo e materiale responsabile dell'attività dannosa, sia essa attiva o omissiva, che potrebbe non essere neppure in grado di individuare con certezza.

In relazione all'appalto di opere pubbliche a corpo, Sez. 1, n. 22268/2017, Valitutti, Rv. 645515-01, ha chiarito il rapporto tra oggetto del contratto e prezzo pattuito, affermando che quest'ultimo non è immodificabile in assoluto, in specie quando dalle modifiche successive ai disegni esecutivi e alle specifiche tecniche fornite dalla stazione appaltante derivi un'evidente modifica all'oggetto del contratto per la necessaria realizzazione di opere e lavori differenti rispetto a quelle individuate al momento della fissazione del prezzo, poiché in tal caso si determina l'effettivo superamento del rischio assunto con l'offerta a corpo, oltre l'alea normale, con diritto al compenso per gli ulteriori lavori svolti.

L'importanza dell'individuazione dell'oggetto del contratto ai fini della distinzione tra il contratto di locazione di immobile con pertinenze ed il contratto di affitto di azienda emerge con particolare evidenza dalla pronuncia di Sez. 3, n. 24276/2017, Armano, Rv. 646028-01. Tale sentenza, infatti, chiarisce che la locazione di immobile con pertinenze ha per oggetto un bene – l'immobile

concesso in godimento – che assume una posizione di assoluta ed autonoma centralità nell'economia contrattuale, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione prevalente ed assorbente rispetto agli altri elementi che, legati materialmente o meno ad esso, assumono, comunque, carattere di accessorietà, 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, così che oggetto del contratto risulta proprio il complesso produttivo unilateralmente considerato, secondo la definizione normativa di cui all'art. 2555 c.c. La medesima pronuncia precisa altresì che valutazione circa l'avvenuto inizio dell'attività alberghiera da parte del conduttore dell'immobile, compiuta ai fini della qualificazione del contratto come locazione di immobile ad uso alberghiero (come tale assoggettata alla disciplina degli artt. 27-42 della legge 27 luglio 1978 n. 392), che si ha quando l'attività alberghiera sia stata iniziata dal conduttore, secondo la presunzione posta dall'art. 1, comma 9-septies, del d.l. 7 febbraio 1985 n. 12, convertito, con modif., dalla legge 5 aprile 1985 n. 118, o piuttosto come affitto di azienda, costituisce accertamento di fatto riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità ove sorretta da congrua motivazione, esente da errori di diritto.

Infine, in ambito lavoristico, Sez. L., n. 09597/2017, Lorito, Rv. 643758-01 si è occupata del patto di prova apposto ad un contratto di lavoro, precisando che un simile patto deve contenere la specifica indicazione delle mansioni che ne costituiscono l'oggetto e che tale indicazione può essere operata anche con riferimento alle declaratorie del contratto collettivo, sempre che il richiamo sia sufficientemente specifico e riferibile alla nozione classificatoria più dettagliata, con la conseguenza che, qualora la categoria di un determinato livello accorpi un pluralità di profili, è necessaria l'indicazione del singolo profilo, mentre risulterebbe generica quella della sola categoria. In particolare, nella fattispecie al suo esame, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto generico il rinvio del patto di prova alle mansioni di “operatore ecologico di primo livello”, di cui all'art. 14 del c.c.n.l. Nettezza urbana, attesa la presenza, nella medesima area, di una pluralità di profili che non consentiva di individuare quali fossero le mansioni in concreto assegnate al lavoratore.

6. Causa. La rassegna delle pronunce emesse nell'anno 2017 offre interessanti novità e numerose conferme di principi emersi negli anni pregressi.

Tra le novità, si segnala Sez. 3, n. 17234/2017, Cirillo F.M., Rv. 644967-01, la quale, a fronte di un accordo stipulato tra privati per il mantenimento di un familiare bisognoso di prestazioni assistenziali presso una struttura residenziale adeguata, ha escluso che ricorresse una ipotesi di nullità per difetto di causa, non essendo un simile contratto diretto all'erogazione, in forma esclusiva o prevalente, di prestazioni sanitarie da ritenere a carico del servizio sanitario nazionale e, pertanto, oggetto di un negozio privo di concreta funzione economica.

La nullità per difetto o illiceità della causa è stata esclusa da Sez. 3, n. 18781/2017, Tatangelo, Rv. 645170-01, anche con riferimento al contratto di “*interest risk swap*” con *up front* (cioè con effettivo finanziamento iniziale da restituire), con la precisazione, però, che verificare caso per caso il concreto assetto dei rapporti negoziali predisposto dalle parti, sicché il detto contratto deve ritenersi valido se la causa aleatoria del contratto di *swap* e quella del sottostante rapporto di finanziamento, pur collegate, restano autonome e distinte, senza risultare snaturate e senza comportare alcuna alterazione del rischio a carico dell'operatore commerciale.

Di particolare interesse, per la frequente ricorrenza della situazione prospettata e per l'assenza di specifici precedenti in termini, è il principio affermato da Sez. 2, n. 14013/2017, Scarpa, Rv. 644476-01 in tema di rimedi esperibili dal contraente nell'ipotesi in cui venga acclarata la mancanza di una *causa acquirendi*, tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente. Qualora ciò si verifichi, chiarisce la pronuncia di cui si discorre, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto è quella di ripetizione di indebito oggettivo: è, quindi, la pronuncia dichiarativa o estintiva del giudice, avente portata estintiva del contratto, l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del *solvens* di restituzione della prestazione rimasta senza causa.

In linea con principi già affermati nella giurisprudenza di legittimità si pone, invece, Sez. 2, n. 21042/2017, Dongiacomo, Rv. 645552-01, che ha confermato la validità, almeno in astratto, dello schema contrattuale del “*sale and lease back*”, in quanto contratto

d'impresa socialmente tipico, puntualizzando, però, che deve essere verificata, caso per caso, l'assenza di elementi patologici, sintomatici di un contratto di finanziamento assistito da una vendita in funzione di garanzia, volto ad aggirare, con intento fraudolento, il divieto di patto commissorio e, pertanto, sanzionabile, per illiceità della causa, con la nullità, ex art. 1344 c.c., in relazione all'art. 1418, comma 2, c.c. La pronuncia chiarisce altresì che l'accertamento del carattere fittizio di tale contratto, per la presenza di indizi sintomatici di un'anomalia nello schema causale socialmente tipico (quali l'esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente), costituisce un'indagine di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente e correttamente motivata.

Dando continuità ad un precedente di legittimità del 2006 in tema di donazione obnuziale, Sez. 6-2, n. 14203/2017, Criscuolo, Rv. 644619-01, ha ribadito che tale negozio è incompatibile con l'istituto della donazione indiretta, in cui lo spirito di liberalità viene perseguito mediante il compimento di atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 785 c.c., la donazione obnuziale è un negozio formale e tipico caratterizzato dall'espressa menzione, nell'atto pubblico, delle finalità dell'attribuzione patrimoniale eseguita da uno degli sposi o da un terzo in riguardo di un futuro, "determinato", matrimonio; conseguentemente, tale precisa connotazione della causa negoziale, che deve espressamente risultare dal contesto dell'atto, non può rinvenirsi nell'ambito di una fattispecie indiretta, nella quale la finalità suddetta, ancorché in concreto perseguita, può rilevare solo quale motivo finale degli atti di disposizione patrimoniale fra loro collegati ma non anche quale elemento tipizzante del contratto, chiaramente delineato dal legislatore nei suoi requisiti di forma e di sostanza, in vista del particolare regime di perfezionamento, efficacia e caducazione che lo contraddistingue dalle altre donazioni.

Infine, rilevanti precisazioni sulla nozione della causa in concreto, come elaborata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, sono offerte da Sez. 1, n. 12069/2017, Falabella, Rv. 644443-01. In particolare, quest'ultima pronuncia, ribadendo che la causa in concreto va intesa quale scopo pratico del contratto, in quanto sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello negoziale utilizzato, sottolinea che tale prospettiva conferisce rilevanza ai motivi, sempre che questi abbiano assunto un valore determinante nell'economia del negozio,

assurgendo a presupposti causali, e siano comuni alle parti o, se riferibili ad una sola di esse, siano comunque conoscibili dall'altra. In applicazione di tale principio, nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione, la S.C., a fronte di una compravendita di titoli mobiliari tra istituti di credito, ha ritenuto che non potesse attribuirsi rilievo causale alla finalità della banca acquirente di rivendere i titoli alla propria clientela comune anziché ad investitori professionali, in assenza di prova che tale circostanza fosse stata oggetto di condivisione tra i contraenti.

7. Forma. Nutrita e variegata è la produzione giurisprudenziale dell'anno 2017 sulla forma scritta, soprattutto con riguardo ai contratti di intermediazione finanziaria, a vari tipi di contratti bancari, alla locazione ad uso abitativo, alla controdedichiarazione quale prova della simulazione di un negozio solenne, al *pactum fiduciae*, al trasferimento dei diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno, nonché al cottimo fiduciario.

Si segnalano, inoltre, alcune pronunce di carattere processuale, in particolare relative alla produzione, o alla mancata produzione, in giudizio di contratti per i quali sia richiesta la forma scritta ed alle differenze dei requisiti di forma tra la conciliazione giudiziale e la transazione.

In tema di intermediazione finanziaria, Sez. 1, n. 19759/2017, Falabella, Rv. 645194-02, in linea di continuità con alcuni precedenti anche recenti, ha ribadito il principio secondo il quale l'art. 23 del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, laddove impone la forma scritta, a pena di nullità, per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, si riferisce ai contratti quadro e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) che vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario, la cui validità non è invece soggetta a requisiti formali, salvo diversa previsione dello stesso contratto quadro; in quest'ultimo caso, precisa la sentenza citata, il principio di cui all'art. 1352 c.c., secondo cui la forma convenuta dalle parti per la futura stipulazione di un contratto si presume pattuita *ad substantiam*, è estensibile, ai sensi dell'art. 1324 c.c., agli atti che seguono a quella stipulazione, come nell'ipotesi degli ordini suddetti.

Restando ancora nella materia della intermediazione finanziaria, si segnala Sez. 1, n. 19750/2017, Marulli, Rv. 645189-01, la quale ha chiarito che la prova dell'assolvimento degli obblighi informativi incombenti sull'intermediario può essere data anche mediante deposizione testimoniale del funzionario della banca, atteso che nessuna fonte, primaria o secondaria, richiede la prova scritta.

La disciplina della forma di un contratto di apertura di conto corrente è stata oggetto di approfondimento da parte di Sez. 1, n. 07763/2017, Bisogni, Rv. 644759-01. Tale sentenza, ha in primo luogo osservato che, ai sensi dell'art. 117, comma 2, del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, il C.I.C.R., mediante apposite norme di rango secondario, può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, siano stipulati in forma diversa da quella scritta; conseguentemente, ha affermato la pronuncia citata, in forza della delibera del C.I.C.R. del 4 marzo 2003, il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto a pena di nullità. Nella fattispecie sottoposta al suo vaglio, tuttavia, la S.C. ha escluso che potesse essere ritenuto esente dall'obbligo di forma scritta un contratto di apertura di credito, avendo il giudice di merito rilevato la carenza sia di una stretta connessione funzionale ed operativa tra tale contratto e quello di conto corrente, sia di una sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile da quello formato per iscritto.

Lo stesso principio è stato successivamente ribadito anche da Sez. 1, 27836/2017, Genovese, in corso di massimazione, la quale ha ulteriormente precisato che, in forza della delibera del C.I.C.R. del 4 marzo 2003, circa la non necessità della forma solenne "in esecuzione" di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto, il contratto di apertura di credito (il cd. "negozio figlio") può essere stipulato senza formalità, purché in quello di conto corrente (il cd. "negozio madre") risultino indicate per iscritto tutte le condizioni economiche che saranno applicate alla detta apertura di credito.

Nell'ambito del rapporto contrattuale di gestione di portafoglio, un nuovo profilo è stato affrontato da Sez. 1, n. 10713/2017, Dolmetta, Rv. 644072-01, la quale ha affermato che non rientra nella nozione normativa di "istruzione vincolante" di cui all'art. 24 del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58 (per le quali non è prevista la forma scritta, in quanto sono conformi alle caratteristiche della gestione espresse nel suddetto contratto), l'ordine di acquisto, impartito dal cliente all'intermediario, laddove comporti una modifica radicale della linea di investimento e, pertanto, del programma negoziale concordato tra le parti: un ordine di tale natura, infatti, viene ad atteggiarsi come contratto sostitutivo dei contenuti di base di quello preesistente e tuttavia non rispettoso delle regole imperative stabilite dal vigente sistema dei servizi di investimento, risultando, pertanto, nullo.

Concludendo la rassegna delle decisioni afferenti alla materia bancaria, si segnala la novità offerta da Sez. 1, n. 00036/2017, Valitutti, Rv. 643013-01, occupandosi del modulo con il quale la banca comunica l'intervenuta apertura di un conto corrente: tale documento, afferma la sentenza citata, si configura, ove privo della sua sottoscrizione, come un mero atto ricognitivo dell'avvenuta stipula di tale contratto ed è, quindi, inidoneo, in mancanza di documenti sottoscritti da entrambe le parti, ad integrare la forma scritta *ad substantiam* richiesta dall'art. 117 del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385; in tal caso, prosegue la medesima pronuncia, a nulla rileva che la banca abbia prodotto detto modulo in giudizio, posto che, nei contratti per i quali la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione e, quindi, il perfezionamento del contratto, ma con effetto *ex nunc* e non *ex tunc*.

Con riferimento al contratto di locazione ad uso abitativo, soggetto all'obbligo di forma scritta ai sensi dell'art. 1, comma 4, della legge 9 dicembre 1998 n. 431, Sez. 6-3, n. 22647/2017, D'Arrigo, Rv. 645726-01, con una pronuncia che non trova precedenti in termini, ha statuito che tale contratto deve essere risolto con comunicazione scritta, non potendo trovare applicazione il principio di libertà delle forme, che vale solamente per i contratti in forma scritta per volontà delle parti e non per quelli per i quali la forma scritta sia prescritta dalla legge *ad substantiam*.

Ulteriore e peculiare questione, sulla quale non si rinvencono precedenti, si è posta in tema di prova, tra le parti, della simulazione di un negozio solenne: in proposito, Sez. 2, n. 18204/2017, Manna F., Rv. 645095-01, ha affermato che tale prova soggiace al requisito della forma scritta *ad probationem tantum*, ma non pure a quello solenne ed ulteriore eventualmente richiesto *ad substantiam* per l'atto della cui simulazione si tratta; ciò in quanto le controdichiarazioni, nel rappresentare il documento idoneo a fornire la suddetta prova, sono destinate a restare segrete e possiedono, quindi, un'obiettività giuridica diversa dalle modificazioni dei patti, le quali implicano un nuovo accordo, modificativo del precedente, realmente voluto e concluso. Così statuendo, la S.C. ha ritenuto che la prova della parziale simulazione soggettiva di una donazione non richieda anch'essa l'atto pubblico, potendo essere fornita, al contrario, mediante una semplice controdichiarazione sottoscritta dalle medesime parti o da quella contro cui questa sia prodotta.

La forma scritta *ad substantiam* è invece richiesta a pena di nullità per il *pactum fiduciae*, con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato, allorché riguardi beni immobili: come affermato da Sez. 2, n. 13216/2017, Grasso Gianluca, Rv. 644220-01, infatti, tale patto è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo.

In altra occasione, si è posto il problema dell'applicabilità dell'art. 110 della legge 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore (che prevede la prova scritta della trasmissione dei diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno) nel caso in cui il committente abbia acquistato i diritti di utilizzazione economica dell'opera per effetto ed in esecuzione di un contratto d'appalto concluso con l'autore: tale ipotesi, come chiarito da Sez. 1, n. 18633/2017, Di Marzio M., Rv. 644982-02, non rientra nella citata norma, e non richiede dunque la forma scritta *ad probationem*, poiché non dà luogo ad un trasferimento, dal momento che i diritti di utilizzazione dell'opera sorgono direttamente in capo al committente.

In linea di continuità con un principio già affermato nella giurisprudenza di legittimità, Sez. 6-1, n. 08290/2017, Di Virgilio, Rv. 644607-01 ha ritenuto che il contratto di cottimo fiduciario richiede la forma scritta a pena di nullità, trattandosi di un particolare tipo di appalto di opera pubblica.

In tema di attività di diritto civile della P.A., nel cui ambito vige il principio della forma scritta dell'atto a pena di nullità, Sez. 3, n. 11231/2017, Olivieri, Rv. 644193-01, ha ribadito il principio secondo il quale l'invio della disdetta nel termine previsto negozialmente impedisce che possa ritenersi prorogato per fatti concludenti il contratto scritto, nel quale pure sia pattuita la rinnovazione tacita, atteso che, una volta verificatisi gli effetti della disdetta, le parti possono porli nel nulla solo con un ulteriore atto avente natura contrattuale che, nel caso della P.A., la cui inerzia è insuscettibile d'integrare una condotta produttiva di effetti negoziali, deve rivestire forma scritta ed essere adottato dall'organo legittimato a rappresentare l'ente ed a concludere, in suo nome e per suo conto, i contratti.

In una prospettiva processuale, con riferimento ai contratti per i quali sia richiesta, per legge o per volontà delle parti, la forma scritta *ad probationem* ovvero *ad substantiam*, Sez. 2, n. 24306/2017, Sabato, in corso di massimazione, ha statuito che, colui che intenda avvalersi del documento in giudizio ha, ove la sottoscrizione non sia stata

autenticata al momento dell'apposizione né riconosciuta, ancorché tacitamente, dalla controparte, l'onere di avviare, pur senza formule sacramentali, il procedimento di verifica, producendo in giudizio il contratto in originale, non potendosi avvalere della prova testimoniale né di quella per presunzioni per dimostrare l'esistenza, il contenuto e la sottoscrizione del documento medesimo, salvo che abbia previamente dedotto e dimostrato la perdita incolpevole dell'originale.

A sua volta, Sez. 2, n. 04431/2017, Scarpa, Rv. 643051-01, ha puntualizzato che, quando, per l'esistenza di un determinato contratto, la legge richieda, a pena di nullità, la forma scritta (nella specie, contratto costitutivo di enfiteusi), alla mancata produzione in giudizio del relativo documento non può supplire il deposito di una scrittura contenente la confessione della controparte in ordine alla pregressa stipulazione del contratto *de quo*, nemmeno se da essa risulti che quella stipulazione fu fatta per iscritto.

Infine, Sez. L, n. 25472/2017, Spena, in corso di massimazione, ha approfonditamente analizzato, sotto il profilo dei riflessi sulla forma richiesta, la differenza strutturale ed ontologica tra la conciliazione giudiziale prevista dagli artt. 185 e 420 c.p.c. e la transazione: la prima, si legge nella citata sentenza, è una convenzione non assimilabile ad un negozio di diritto privato puro e semplice, caratterizzandosi strutturalmente per il necessario intervento del giudice e per le formalità previste dall'art. 88 disp. att. c.p.c. e funzionalmente, da un lato, per l'effetto processuale di chiusura del giudizio nel quale interviene, dall'altro, per gli effetti sostanziali derivanti dal negozio giuridico contestualmente stipulato dalle parti, che può avere anche ad oggetto diritti indisponibili del lavoratore; la transazione, negozio anch'esso idoneo alla risoluzione delle controversie di lavoro qualora abbiano ad oggetto diritti disponibili, non richiede invece formalità *ad substantiam*, essendo la forma scritta prevista dall'art. 1967 c.c. ai soli fini di prova. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva respinto una domanda di accertamento della transazione intervenuta tra le parti nel corso di una udienza, il cui verbale costituiva atto scritto idoneo ai fini probatori, erroneamente fondando la decisione sulla carenza della forma scritta e della relativa sottoscrizione.

8. Preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. In tema di contratto preliminare di compravendita, Sez. 2, n. 24339/2017, Orilia, in corso di

massimazione, ha affrontato il caso in cui le parti abbiano previsto il pagamento del prezzo o del relativo saldo contestualmente alla stipulazione del contratto definitivo: in tale ipotesi, afferma la sentenza citata, l'offerta della prestazione, richiesta dall'art. 2932, comma 2, c.c., può ritenersi implicita nella domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, considerato che la verifica degli effetti traslativi della sentenza di accoglimento, sostitutiva del non concluso contratto definitivo, deve essere necessariamente condizionata dal giudice all'adempimento della controprestazione.

Con riferimento al caso in cui al contratto preliminare acceda il versamento di una caparra confirmatoria, Sez. 2, n. 26206/2017, D'Ascola, Rv. 645867-01 ha statuito che la parte adempiente, la quale si sia avvalsa della facoltà di provocarne la risoluzione mediante diffida ad adempiere, ai sensi dell'art. 1454 c.c., può agire in giudizio esercitando il diritto di recesso ex art. 1385, comma 2, c.c., e in tal caso, ove abbia ricevuto la caparra, ha diritto di ritenerla definitivamente mentre, ove l'abbia versata, ha diritto di ricevere la restituzione del doppio di essa, con esclusione del diritto al risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso.

Peculiare la fattispecie esaminata da Sez. 2, n. 23547/2017, Lombardo, Rv. 645581-02, nella quale il promittente venditore si era obbligato a trasferire al promissario acquirente la proprietà piena di un immobile del quale aveva soltanto la proprietà superficaria: ricorrendo tale circostanza, afferma la pronuncia citata, ricorre la figura dell'*aliud pro alio*, che legittima l'azione per la risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1453 c.c., atteso che la proprietà superficaria deve ritenersi un diritto ontologicamente diverso da quello di piena proprietà; peraltro, prosegue la medesima pronuncia, qualora la promessa di vendita abbia ad oggetto la proprietà di un immobile senza ulteriore specificazione, deve presumersi che si tratti della piena proprietà, spettando al promittente venditore l'onere di provare che il promissario acquirente era a conoscenza dell'inerenza dell'obbligo alla sola proprietà superficaria.

Sulla scia di altri precedenti di legittimità, Sez. 6-2, n. 01192/2017, Giusti, Rv. 642563-01, ha affrontato la questione della invocabilità del principio dell'apparenza del diritto nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita immobiliare. In particolare, l'ordinanza citata ha escluso l'invocabilità di tale principio da parte del promissario acquirente – che abbia confidato nella sussistenza del potere rappresentativo dell'altro contraente laddove quest'ultimo

abbia speso il nome del promittente alienante, pur in assenza di una procura rilasciata in forma scritta – per ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, ex art. 2932 c.c.; ciò in quanto, chiarisce la citata pronuncia, sussiste, in ragione del requisito formale richiesto *ad substantiam* per il conferimento di una simile procura, un onere legale di documentazione della stessa in capo al rappresentante, ed un onere di diligenza in capo al terzo contraente, consistente nel chiedere la giustificazione degli altrui poteri e, quindi, l'esibizione dell'atto scritto con cui sono stati conferiti. Tuttavia, aggiunge la Corte, il principio dell'apparenza può in tali casi fondare la richiesta risarcitoria nei confronti del *falsus procurator* e dello stesso falsamente rappresentato, in presenza di elementi esteriori ed obiettivi, atti a giustificare la sua opinione che il potere rappresentativo fosse stato effettivamente conferito.

Nello specifico caso in cui intervenga il fallimento di una delle parti contraenti un contratto preliminare, Sez. 1, n. 10811/2017, Bernabai, Rv. 643879-01, ha sottolineato che l'esercizio, da parte del curatore del fallimento del promissario acquirente, della facoltà di scioglimento dal contratto preliminare di vendita pendente, ex art. 72 l.fall. (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5), non richiede, a differenza della contraria facoltà di subentrarvi, un negozio formale, né la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, trattandosi di una prerogativa discrezionale, rimessa all'autonomia del curatore stesso; dal canto suo, afferma la medesima pronuncia, il promittente venditore *in bonis* ha l'onere di dichiarare formalmente la propria volontà di eseguire il contratto mediante invito-diffida a presentarsi dinanzi al notaio, eventualmente richiedendo, in caso di risposta negativa, l'esecuzione in forma specifica del contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Riguardo all'esecuzione specifica di un contratto preliminare, Sez. 2, n. 09314/2017, Criscuolo, Rv. 643741-02 ha puntualizzato che il mutamento della destinazione urbanistica del terreno promesso in vendita (nella specie, da agricola ad edificatoria e residenziale), incidendo unicamente, senza mutarne la natura, sulla attitudine del bene ad una diversa utilizzazione o sfruttamento e, quindi, sulla utilità che da esso intende trarre il futuro proprietario, non costituisce ostacolo alla pronuncia ex art. 2932 c.c., a meno che non sia il promissario acquirente a dolersi della modifica.

L'esecuzione specifica di un contratto preliminare non è invece possibile, come chiarito da Sez. 2, n. 21449/2017, Oricchio, Rv.

645553-01, qualora si tratti di un preliminare di vendita immobiliare di cosa generica: infatti, si legge nella citata pronuncia, l'oggetto dello stesso può essere determinato attraverso atti e fatti storici esterni al negozio, anche successivi alla sua conclusione, nella sola ipotesi in cui l'identificazione del bene da trasferire avvenga in sede di conclusione consensuale del contratto definitivo su base negoziale, e non quando, invece, afferisca ad una pronuncia giudiziale ex art. 2932 c.c., in quanto in tale caso occorre che l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali, risulti dal preliminare, dovendo la sentenza corrispondere esattamente al contenuto del contratto, senza poter attingere da altra documentazione i dati necessari alla specificazione del bene oggetto del trasferimento.

L'ipotesi in cui un contratto preliminare di vendita di un immobile, considerato nella sua interezza, sia stato stipulato da più soggetti è stata esaminata da Sez. 2, n. 24467/2017, Falaschi, Rv. 645797-01; secondo tale pronuncia, l'impossibilità che in una simile fattispecie gli effetti del contratto si producano *pro quota* o nei confronti soltanto di alcuni dei promissari non esclude il diritto di ciascuno di essi di chiedere l'adozione di una pronuncia ai sensi dell'art. 2932 c.c., in base alla disciplina delle obbligazioni solidali, richiamata in materia dall'art. 1317 c.c., atteso che, quando una parte negoziale, intesa come centro di imputazione delle posizioni attive o passive nascenti dal contratto, ha carattere soggettivamente complesso, essa resta insensibile alle mutazioni attinenti ai soggetti che la costituiscono. Da tali considerazioni la citata sentenza trae la conseguenza che un'ipotesi di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, determinato dall'esigenza di evitare pronunzie contraddittorie, può configurarsi, in fase di gravame, solo qualora tutti i promissari acquirenti agiscano congiuntamente in giudizio al fine di ottenere la pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c.

Con riferimento, infine, ai danni derivati al compratore di un immobile per l'inadempimento del venditore all'obbligo di consegnarglielo, dopo l'ottenimento del trasferimento coattivo della proprietà di esso ex art. 2932 c.c., Sez. 2, n. 07940/2017, Orilia, Rv. 643533-01 ha precisato che tali danni decorrono dalla data stabilita per la stipula del definitivo, sostituito *inter partes*, con identico contenuto, dalla sentenza costitutiva, e non dalla data di questa, né dalla trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concluderlo (art. 2652, n. 2 c.c.), determinante per gli effetti della sentenza rispetto ai terzi.

9. Condizione. In materia di condizione, Sez. L., n. 18512/2017, Balestrieri, Rv. 645111-01, seguendo un orientamento già espresso dalla giurisprudenza di legittimità, ha ribadito il principio secondo il quale una condizione può ritenersi apposta nell'interesse di uno solo dei contraenti solo in presenza di una clausola espressa in tal senso o di elementi che inducano a ritenere che l'altra parte non abbia alcun interesse al suo verificarsi; da tale premessa, la S.C. ha tratto la conseguenza che l'art. 1359 c.c., secondo cui la condizione del contratto si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo avveramento, non è applicabile nel caso in cui la parte, tenuta condizionatamente ad una determinata prestazione, abbia anch'essa interesse al verificarsi della condizione. In applicazione di tale principio, la sentenza citata ha cassato con rinvio la decisione impugnata, ritenendo inapplicabile l'art. 1359 c.c. con riferimento ad una transazione che subordinava il pagamento di un incentivo all'esodo alla condizione sospensiva della sottoscrizione di un accordo in sede sindacale, ritenendo detta condizione apposta nell'interesse di ambedue le parti.

Merita inoltre di essere segnalata, per la peculiarità della fattispecie concreta sottoposta al vaglio della Corte, Sez. 2, n. 16213/2017, Falaschi, Rv. 644678-01, che ha esaminato una clausola con cui, in una convenzione tra un ente pubblico territoriale ed un ingegnere, al quale il primo abbia affidato la progettazione di un'opera pubblica, il pagamento del compenso per la prestazione resa era condizionato alla concessione di un finanziamento per la realizzazione dell'opera: siffatta clausola, ha ritenuto la S.C., è valida, in quanto non si pone in contrasto col principio di inderogabilità dei minimi tariffari, previsto dalla legge 22 maggio 1976, n.340, né snatura la causa della prestazione, incidendo sul sinallagma contrattuale, né ancora, è invocabile, in senso ostativo a tale validità, il precetto di cui all'art. 36 Cost., che non trova applicazione al rapporto di lavoro autonomo.

10. Interpretazione e qualificazione del contratto. Sulle regole di interpretazione del contratto si segnalano anzitutto alcune pronunzie che individuano i limiti del ricorso al criterio letterale come regola ermeneutica primaria.

In tal senso, Sez. 1, n. 16181/2017, Marulli, Rv. 644669-01, ha affermato che il carattere prioritario dell'elemento letterale non va inteso in senso assoluto, atteso che il richiamo alla comune intenzione delle parti di cui all'art. 1362 c.c. impone di estendere l'indagine ai

criteri logici, teleologici e sistematici, in specie laddove il testo dell'accordo sia chiaro ma incoerente con indici esterni rivelatori di una diversa volontà dei contraenti.

Alla rilevanza del cd. criterio funzionale si è poi richiamata Sez. 2, n. 07927/2017, Falaschi, Rv. 643530-01, affermando che l'accertamento del significato dell'accordo va condotto in coerenza con la relativa ragione pratica o causa concreta, sì da escludere - mediante comportamento improntato a lealtà ed a salvaguardia dell'altrui interesse - interpretazioni cavillose che depongano per un significato in contrasto con gli interessi che le parti hanno voluto tutelare mediante la stipulazione negoziale.

Per la specifica ipotesi di contratto contenente clausole recanti espressioni non univoche, Sez. 1, n. 15471/2017, Genovese, Rv. 645074-01, ha stabilito che il giudice di merito - cui solo è riservata la valutazione della relativa portata - è tenuto ad adottare una delle scelte possibili, e che rispetto a tale scelta non è consentito, nel giudizio di legittimità, alcun sindacato che si fondi sulla valorizzazione di determinate espressioni anziché di altre.

Allo specifico tema delle clausole contenenti indicazioni esemplificative è dedicata Sez. 1, n. 09560/2017, Falabella, Rv. 643877-01, secondo cui, consentendo l'art. 1365 c.c. l'interpretazione estensiva di clausole contrattuali se inadeguate per difetto dell'espressione letterale rispetto alla volontà delle parti, l'interprete deve escludere da tali clausole i casi non espressamente previsti tenendo presenti le conseguenze normali volute dalle parti con l'elencazione esemplificativa dei casi menzionati, onde verificare, alla stregua del criterio di ragionevolezza imposto dalla norma, se sia possibile ricomprendere nella previsione contrattuale ipotesi non contemplate nell'esemplificazione.

Due pronunzie si segnalano, infine, per i profili attinenti all'estensione delle regole ermeneutiche del contratto ad altre fattispecie negoziali.

Sez. 2, n. 16409/2017, Scarpa, Rv. 644770-01, decidendo in relazione all'interpretazione dello statuto di una fondazione istituita per accettare un'eredità, onde accertarne la conformità dello scopo a quello indicato dal testatore che l'ha istituita erede e verificare l'integrale rispetto della volontà dello stesso, ha affermato che la relativa indagine va condotta alla stregua dei criteri di ermeneutica contrattuale, costituendo lo statuto un atto negoziale espressione di autonomia privata, non partecipe della natura del provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica.

All'estensione delle regole di ermeneutica contrattuale ai negozi *mortis causa* è invece dedicata Sez. 2, n. 23393/2017, D'Ascola, Rv. 645577-01, secondo cui dette regole vanno applicate, con gli opportuni adattamenti, nell'interpretazione del testamento (ed in particolare allo scopo di stabilire se con lo stesso l'istituito sia stato chiamato come erede o legatario), al fine di ricercare l'effettiva volontà del testatore mediante una valutazione congiunta dell'elemento letterale e di quello logico.

11. Esecuzione secondo buona fede. Sono ispirate al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto due pronunzie concernenti il tema dei rimedi all'altrui inadempimento.

Con la prima di esse, Sez. 2, n. 20939/2017, Sabato, Rv. 645242-01, la Corte ha ritenuto proponibile l'eccezione di inadempimento pur in presenza di termini diversi per adempiere, nell'ipotesi in cui sia evidente che la controprestazione non potrà mai essere adempiuta o vi siano fondate probabilità di un ritardo tale da superare il termine fissato in contratto per la controprestazione, eccedendo i limiti della normalità secondo un'interpretazione di buona fede.

In termini non dissimili, Sez. 2, n. 21315/2017, Cortesi, Rv. 645426-01, ha ritenuto che il contraente che si avvale legittimamente del diritto di sospendere l'adempimento della propria obbligazione pecuniaria a causa dell'inadempimento dell'altra parte non può essere considerato in mora – con conseguente non debenza, da parte sua, degli interessi di cui all'art. 1224 c.c. – se non nei limiti in cui l'eccezione è proporzionata all'inadempimento della controparte, in base ad una valutazione da effettuarsi in termini oggettivi con riferimento all'equilibrio del contratto ed alla buona fede.

All'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede è infine ispirata Sez. 3, n. 10517/2017, Dell'Utri, Rv. 644014-01, che su di esso ha fondato il dovere dell'amministrazione scolastica di provvedere al controllo ed alla vigilanza del minore fino all'intervento di un diverso soggetto responsabile, essendo riconducibile la relativa responsabilità ad un vincolo di tipo contrattuale.

12. Clausola penale e caparra. In tema di clausola penale pattuita per il ritardo nell'adempimento, Sez. 1, n. 10441/2017, Valitutti, Rv. 643878-01, ha affermato che, ove la relativa richiesta consegua ad una domanda di risoluzione del contratto, nella determinazione dell'importo non deve tenersi conto del periodo successivo alla notificazione della domanda quando, al momento

della stessa, il ritardo sia già di non scarsa importanza, poiché in tale ipotesi può ritenersi configurato il requisito richiesto per l'operatività del limite posto all'adempimento tardivo dall'art. 1453, ultimo comma, c.c.

Avuto riguardo alla natura dell'obbligo pecuniario di pagamento della caparra Sez. 2, n. 12188/2017, Scalisi, Rv. 644211-01, ha precisato che il debitore è tenuto a corrispondere anche gli interessi legali a far data della domanda, trattandosi di somma complessivamente dovuta a titolo di risarcimento del danno per inadempimento.

Circa il potere di *reductio ad aequitatem*, va richiamata Sez. 1, n. 25334/2017, Sambito, Rv. 645848-01, che ne ha affermata la sussistenza (anche in forma di rimedio officioso) con riguardo alla penale prevista a favore della P.A. da disposizioni di capitoli generali, richiamate e recepite nel contratto stipulato con il privato, potendo in tal caso le stesse essere disapplicate, quali clausole contrattuali, per contrasto con la norma primaria ed inderogabile dettata dall'art. 1384 c.c.

In tema di caparra confirmatoria, Sez. 2, n. 22657/2017, Lombardo, Rv. 645560-01, ha statuito che la relativa richiesta di restituzione *in duplo* vale a ritenere implicitamente proposta una domanda di recesso dal contratto, ove detta richiesta si fondi su un'inadempienza dedotta come sua ragione legittimamente e venga affermata come unica ed esaustiva sanzione risarcitoria di tale inadempienza.

Specularmente, Sez. 2, n. 20957/2017, Penta, Rv. 645245-01, ha affermato che dev'essere qualificata come domanda di risoluzione per inadempimento- e non di recesso- quella con cui la parte non inadempiente che abbia conseguito il versamento della caparra chieda la condanna della controparte al risarcimento di ulteriori danni; in tal caso, ha precisato la pronunzia, la parte istante non può incamerare la caparra, che perde la sua funzione di limitazione forfetaria e predeterminata della pretesa risarcitoria e la cui restituzione è ricollegabile agli effetti propri della risoluzione negoziale, ma solo trattenerla a garanzia di detta pretesa o in acconto su quanto le spetta.

Circa, infine, i rapporti fra azione di risoluzione ed esercizio del diritto di recesso nel caso in cui sia stata contrattualmente prevista una caparra confirmatoria, Sez. 2, n. 14014/2017, Scarpa, Rv. 644477-01, ha ritenuto che la prima non precluda il secondo, poiché la domanda di restituzione della caparra ha minore ampiezza rispetto a quella di risoluzione e può perciò essere proposta anche nel caso in cui si sia verificata di diritto la risoluzione stessa.

13. Rappresentanza e ratifica. I presupposti per l'operatività del meccanismo della rappresentanza negoziale sono oggetto di Sez. 3, n. 22818/2017, Frasca, Rv. 645775-01, ove si è affermato che costituisce condotta sufficiente a far ritenere sussistente la spendita del nome- e quindi un'attività compiuta in rappresentanza altrui- la sottoscrizione "per conto" di una determinata persona, con espressa enunciazione del nome o di altra espressione che la identifichi.

In punto ai profili specifici di applicabilità dell'istituto alla materia condominiale, si segnala poi Sez. 2, n. 00335/2017, Migliucci, Rv. 642207-01, che ha ritenuto legittima la convocazione dell'assemblea da parte di un terzo che operi quale delegato dell'amministratore titolare del relativo potere, con espresso riferimento al meccanismo della rappresentanza volontaria.

Di particolare rilievo in relazione al tema del conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato è Sez. 2, n. 02529/2017, Criscuolo, Rv. 642808-01, 642808-02 e 642808-03.

Detta pronunzia afferma anzitutto che la situazione di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato rende annullabile il contratto concluso dal primo con un terzo nell'esecuzione del mandato, ma non la procura, perché nell'ambito dell'attività procuratoria la sussistenza del conflitto si può manifestare esclusivamente nella successiva attività negoziale che sia estrinsecazione dei poteri rappresentativi.

Ciò posto, rileva che il rapporto di incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante va dimostrato in concreto e con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro. Tale situazione, riferendosi ad un vizio della volontà negoziale, deve essere riscontrabile al momento perfezionativo del contratto, restando irrilevanti evenienze successive eventualmente modificative dell'iniziale convergenza d'interessi.

La pronunzia chiarisce, infine, che la predeterminazione del contenuto del contratto e la specifica autorizzazione del rappresentato sono elementi richiesti unicamente dall'art. 1395 c.c. per la validità del contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, quali cautele previste dal legislatore per superare la presunzione legale circa l'esistenza connaturale, in tal caso, del conflitto di interessi, mentre non rilevano ai fini della pronunzia di annullabilità.

La problematica del contratto concluso dal *falsus procurator* è oggetto di Sez. 2, n. 01192/2017, Giusti, Rv. 642563-01, che ha escluso l'invocabilità del principio dell'apparenza del diritto nel caso in cui il promissario acquirente di un immobile abbia confidato nella sussistenza del potere rappresentativo della controparte che abbia speso il nome del promittente alienante in assenza di una procura rilasciata in forma scritta; la previsione di un requisito formale per la validità di tale procura, infatti, pone un onere legale di documentazione in capo al rappresentante ed un onere di diligenza in capo al terzo contraente, consistente nel chiedere la giustificazione degli altrui poteri e, quindi, l'esibizione dell'atto scritto con cui sono stati conferiti. La stessa fattispecie può tuttavia fondare una richiesta risarcitoria nei confronti del *falsus procurator* e dello stesso falso rappresentato, in presenza di elementi esteriori ed obiettivi, atti a giustificare l'opinione che il potere rappresentativo fosse stato effettivamente conferito.

In tema di ratifica, infine, va segnalata un'applicazione della regola di cui all'art. 1399 c.c. operata da Sez. 1, n. 02495/2017, Ferro, Rv. 642714-01, con riguardo all'ipotesi di voto sulla proposta di concordato preventivo espresso da un soggetto privo dei necessari poteri, vertendosi in fattispecie di atto negoziale unilaterale.

14. Contratto per persona da nominare. L'istituto del contratto per persona da nominare è oggetto di Sez. 2, n. 01797/2017, Criscuolo, Rv. 642481-01.

Con questa decisione la corte ha affermato che ove la clausola di riserva contenuta in un contratto preliminare non sia stata menzionata nella relativa nota di trascrizione, si può comunque produrre l'effetto prenotativo nei confronti dell'*electus* se la dichiarazione di nomina è stata trascritta entro il termine stabilito nello stesso preliminare e, comunque, entro quello previsto nell'art. 2645-bis, comma 3, c.c.; ciò in quanto la certezza del collegamento tra preliminare e definitivo è assicurata dalla menzione, nel primo, della riserva di nomina, nonché dalla trascrizione del preliminare, del definitivo e della *electio amici*, dalla quale deriva unicamente l'acquisto con efficacia *ex tunc* della qualifica di soggetto negoziale del contratto da parte del terzo nominato.

Sul tema, Sez. 2, n. 28394/2017, Correnti, in corso di massimazione, ha poi precisato che la tardività della *electio amici* non è rilevabile d'ufficio né deducibile da terzi interessati, ma può essere eccepita soltanto dall'altro contraente.

15. Simulazione. In tema di simulazione del contratto si segnalano quattro pronunzie che hanno affrontato, in particolare, il tema della relativa prova.

Sez. 2, n. 06262/2017, Abete, Rv. 643369-01, ha affermato che ove sia dedotta la simulazione di una compravendita immobiliare, la mancanza della controdedichiarazione osta all'ammissibilità dell'interrogatorio formale rivolto a dimostrare la simulazione soggettiva relativa, giacché la confessione, in cui si risolve la risposta positiva ai quesiti posti, non può supplire al difetto dell'atto scritto, necessario per la validità del contratto diverso da quello apparentemente voluto; se invece l'interrogatorio formale è diretto a dimostrare la simulazione assoluta del contratto, esso è ammissibile anche tra le parti, perché, in tal caso, oggetto del mezzo di prova è l'inesistenza della compravendita.

Nel medesimo ambito della compravendita immobiliare, Sez. 2, n. 05326/2017, Cosentino, Rv. 643061-01, ha affermato che l'azione di simulazione proposta dal creditore di uno dei contraenti che si fonda su elementi presuntivi onera l'acquirente della prova dell'effettivo pagamento del prezzo, potendosi, in mancanza, trarre elementi di valutazione circa il carattere apparente del contratto; tale onere probatorio non può, tuttavia, ritenersi soddisfatto dalla dichiarazione relativa al versamento del prezzo contenuta nel rogito notarile, in quanto il creditore che agisce per far valere la simulazione è terzo rispetto ai soggetti contraenti.

Statuendo in relazione ad una fattispecie di parziale simulazione soggettiva di una donazione, Sez. 2, n. 18204/2017, Manna F., Rv. 645095-01, ha affermato che la prova della simulazione fra le parti soggiace ad un requisito di forma scritta *ad probationem tantum*, ma non pure a quello solenne ed ulteriore eventualmente richiesto *ad substantiam* per l'atto della cui simulazione si tratta, poiché le controdedichiarazioni, nel rappresentare il documento idoneo a fornire la suddetta prova, sono destinate a restare segrete e possiedono, quindi, un'obiettività giuridica diversa dalle modificazioni dei patti, le quali implicano un nuovo accordo, modificativo del precedente, realmente voluto e concluso.

In ambito condominiale, poi, degna di menzione è Sez. 2, n. 13234/2017, Scarpa, Rv. 644281-01, con la quale si è ritenuto che il condominio ignaro dell'accordo simulatorio intervenuto tra un condomino e l'ex amministratore che deduca la simulazione delle quietanze relative all'avvenuto pagamento degli oneri è da considerarsi "terzo" rispetto a quell'accordo, e può così fornirne la prova senza limiti, dovendosi altresì escludere che, in dipendenza

della natura di confessione stragiudiziale della quietanza, possano valere, riguardo alla sua posizione, i limiti di impugnativa stabiliti dall'art. 2732 c.c., che trovano applicazione esclusivamente nei rapporti fra il mandatario ed il preteso simulato acquirente.

Inerisce, infine, al tema della simulazione parziale - che affronta in relazione al contratto di locazione - Sez. U, n. 23601/2017, Travaglino, Rv. 645468-01, che ha ritenuto la nullità del patto con il quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo abbiano occultamente concordato un canone superiore a quello dichiarato, e che tale nullità, tuttavia, riguardi il solo patto di maggiorazione del canone, a prescindere dall'avvenuta registrazione.

16. Nullità del contratto. Sulla nullità del contratto, va anzitutto evidenziata, per il suo rilievo in ambito processuale, Sez. U, n. 07294/2017, Frasca, Rv. 643337-01, che ha attribuito il potere di rilievo officioso della nullità del contratto anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia sul riconoscimento di pretesa che suppone la validità ed efficacia del contratto stesso - decisa in primo grado senza prospettazione ed esame di tali profili - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ex art. 345 c.p.c.

Affronta il tema della nullità per difetto di forma nei contratti relativi a strumenti finanziari Sez. 1. n. 25335/2017, Falabella, Rv. 645936-01, affermando che nell'ipotesi in cui i singoli negozi di investimento siano privi della forma scritta prevista dal contratto quadro, la prolungata acquiescenza dell'investitore rispetto agli effetti determinati dall'acquisto dei titoli non può rilevare ai fini della loro sanatoria, atteso che tale fenomeno è eccezionale ed opera solo nei casi tassativamente previsti dalla legge.

Quanto alla nullità per ragioni afferenti all'oggetto del contratto, Sez. 1, n. 01332/2017, Falabella, Rv. 643708-01, ha ritenuto la validità della vendita di un'azienda il cui prezzo era stato contrattualmente determinato in ragione dei canoni che l'affittuario della stessa avrebbe dovuto versare dalla data di esercizio dell'opzione al termine del contratto di affitto, potendosi in tal caso ritenere il prezzo determinabile alla stregua di criteri, riferimenti o parametri precostituiti, dimodoché la sua successiva concreta quantificazione sia ricollegabile ad un'attività delle parti di tipo meramente attuativo e ricognitivo.

In tema di nullità per mancanza di causa, Sez. 3, n. 17234/2017, Cirillo F.M., Rv. 644967-01, ha affermato la validità di

un contratto stipulato tra privati per il mantenimento di un familiare bisognoso di prestazioni assistenziali presso una struttura residenziale adeguata, poiché la relativa funzione economica non è diretta all'erogazione esclusiva o prevalente di prestazioni da ritenere a carico del servizio sanitario nazionale.

Due pronunzie, infine, affrontano il tema della cd. nullità virtuale.

Con la prima di esse, Sez. 2, n. 10609/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 643890-01, è stata ritenuta la nullità – e non l'annullabilità per vizio del consenso – del contratto stipulato per effetto diretto del reato di circonvenzione d'incapace, sul rilievo della sussistenza di una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti, con la conseguente possibilità, per il giudice cui la parte che ha dato causa alla nullità abbia chiesto l'adempimento di quel contratto, di rilevarne la nullità d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio.

Con la seconda, Sez. 1, n. 11446/2017, Salvago, Rv. 644074-01, è stata invece affermata la nullità del contratto di appalto di opere pubbliche stipulato a seguito di trattativa privata anziché con ricorso alle regole dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente, a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

17. Annullabilità del contratto. Anche in relazione ai vizi del consenso vanno segnalate alcune pronunzie di particolare rilievo.

La prima di esse, Sez. I, n. 19974/2017, Negri Della Torre, Rv. 645596-01, affrontando il tema del consenso estorto mediante violenza morale, ha chiarito che tale ultima condotta può indifferentemente consistere in un comportamento esplicito od implicito, manifesto od indiretto, occorrendo unicamente che ne siano accertati l'obiettivo di estorcere la dichiarazione negoziale ed il rilievo causale sull'autodeterminazione della controparte.

La seconda, Sez. I, n. 08260/2017, Patti, Rv. 643586-01, relativa ad un contratto di lavoro subordinato, ha ritenuto che la fattispecie di dolo omissivo, rilevante ai sensi dell'art. 1439 c.c., può sussistere anche ove una delle parti non comunichi all'altra l'esistenza di situazioni di suo interesse in relazione a determinati aspetti del rapporto, dimodoché tale complessivo comportamento sia tale da trarla in inganno, determinandone l'errore.

D'interesse, nei suoi profili processuali, è quanto statuito a proposito del contratto concluso dall'incapace di intendere e volere da Sez. 2, n. 16888/2017, Oricchio, Rv. 644985-01, secondo cui in tal caso l'esonero dalla ripetizione della prestazione ricevuta dall'incapace prescinde dalla buona o malafede dell'altro contraente, dipendendo esclusivamente dal fatto che l'annullamento è obiettiva conseguenza dell'incapacità; grava, pertanto, sull'altro contraente, che intenda ottenere la restituzione della prestazione corrisposta, l'onere di dimostrare che l'incapace ne ha tratto vantaggio, indipendentemente dal proprio stato soggettivo.

Affronta, infine, il tema della cd. convalida tacita del contratto annullabile Sez. 3, n. 05794/2017, D'Arrigo, Rv. 643400-01, escludendo che la sussistenza di detta fattispecie possa essere rilevata d'ufficio dal giudice; si tratta, infatti, di una sostanziale rinuncia all'azione di annullamento, subordinata alla duplice condizione dell'acquisita certezza della causa di invalidità del negozio e della volontà di non avvalersene, e perciò di una circostanza ricollegabile esclusivamente ad una manifestazione di volontà della parte.

18. Risoluzione del contratto. Due pronunzie di particolare rilievo affrontano il tema - già oggetto di dibattito negli ultimi anni - degli effetti del comportamento delle parti sul contratto del quale sia stata domandata o sia intervenuta la risoluzione.

Con la prima di esse, Sez. 2, n. 14011/2017, Lombardo, Rv. 644475-01, si è affermato che l'adempimento successivo alla proposizione della domanda di risoluzione del contratto non ne arresta gli effetti, ma va preso in esame dal giudice nella valutazione dell'importanza dell'inadempimento, potendo condurre ad escluderne la gravità e, quindi, a rigettare la suddetta domanda.

Con la seconda, Sez. 2, n. 07313/2017, Criscuolo, Rv. 643522-01, che si inserisce nel dibattito circa la possibilità che il contraente non inadempiente rinunci agli effetti della risoluzione del contratto, è stata data risposta negativa al relativo quesito, nell'ottica di salvaguardia dell'affidamento legittimo del debitore sull'intervenuto scioglimento.

Con riguardo, infine, alle cause di risoluzione del contratto diverse dall'inadempimento, va anzitutto segnalata Sez. 2, n. 04939/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 643164-01, che ha ritenuto invocabile la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione da parte del contraente non inadempiente di un preliminare di compravendita che abbia proposto domanda ex art. 2932 c.c., in caso di sopravvenuta ineseguibilità di parte della

prestazione promessa, onde consentirgli di limitare la sua pretesa alla porzione residua del bene (con corrispondente riduzione del prezzo), e sempreché quest'ultima sia tale da consentire il mantenimento della funzione del contratto.

Di rilievo è inoltre Sez. 2, n. 26363/2017, Cosentino, Rv. 645958-01, secondo cui la richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto con prestazioni corrispettive, ex art. 1467 c.c., costituisce, anche quando proviene dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, una vera e propria domanda, e non un'eccezione, essendo diretta al conseguimento di una pronuncia che va oltre il semplice rigetto della domanda principale, e come tale non è proponibile per la prima volta nel giudizio di appello.

CAPITOLO XI

I SINGOLI CONTRATTI

(DI STEFANIA BILLI E FRANCESCO CORTESI)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contratto di appalto privato. – 3. L'appalto di opere pubbliche. – 4. L'assicurazione. – 4.1. Assicurazione contro i danni. – 4.2. Assicurazione della responsabilità civile. – 4.3. Assicurazione obbligatoria della r.c.a. – 5. Il comodato. – 6. I contratti agrari. – 7. I contratti bancari (rinvio). – 8. I contratti finanziari (rinvio). – 9. La fideiussione e le garanzie atipiche. – 10. Il giuoco e la scommessa. – 11. La locazione di immobili abitativi e non abitativi ed il *leasing*. – 12. Il mandato. – 13. La mediazione. – 14. Il mutuo. – 15. La rendita. – 16. La transazione. – 17. Il trasporto. – 18. La vendita. – 18.1. Garanzia per vizi della cosa. – 18.2. Concorso di azione contrattuale ed extracontrattuale. – 18.3. Vendite immobiliari.

1. Premessa. Anche per l'annualità in corso, nella produzione giurisprudenziale in materia di contratti tipici, si segnalano interessanti novità, oltre a puntualizzazioni di principi elaborati negli anni pregressi, soprattutto in materia di appalto, fideiussione, mutuo, trasporto e vendita.

Si darà conto nei §§ che seguono di tale giurisprudenza, esaminando in ordine alfabetico i più importanti contratti tipici.

Va segnalato che anche per quest'anno, nella rassegna, i contratti bancari e quelli finanziari sono stati collocati nella parte dedicata al diritto del mercato, per motivi di ordine sistematico.

2. Il contratto di appalto privato. Nutrita ed articolata, al solito, è la produzione in materia di appalto privato.

Circa la distinzione fra il contratto di appalto ed altri tipi negoziali, va segnalata Sez. 2, n. 27258/2017, Giusti, Rv. 645962-01, che, nel ribadire l'identificazione dell'elemento che differenzia l'appalto dal contratto d'opera nella struttura e dimensione dell'impresa commissionaria (coinvolgendo il contratto d'opera la piccola impresa di cui all'art. 2083 c.c., l'appalto invece un'organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto), ha affermato che ove difettino elementi di fatto atti a dimostrare che il committente si sia riservato l'organizzazione e la divisione del lavoro e degli strumenti tecnici – assumendo, quindi, il rischio del conseguimento del risultato – la qualità di imprenditore del soggetto cui sia stata affidata l'esecuzione di un'opera o di un

* Stefania Billi ha curato i contratti trattati nei §§ 4, 10, 12, 13, 14 e 18; Francesco Cortesi quelli trattati nei §§ 2, 3, 5, 6, 9, 11, 15, 16 e 17; per i §§ 7 e 8 vi è rinvio al capitolo XX.

servizio fa presumere che le parti abbiano inteso stipulare un contratto d'appalto.

In merito, invece, ai rapporti fra appalto e vendita, Sez. 2, n. 26574/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, ha specificato che ove il venditore sia anche costruttore del bene, per ciò solo non gli può essere attribuita la veste di appaltatore nei confronti dell'acquirente, il quale pertanto non può esercitare l'azione per ottenere l'eliminazione dei difetti dell'opera a norma degli artt. 1667 e 1668 c.c., spettando tale azione esclusivamente al committente del contratto d'appalto; egli pertanto soggiace unicamente- ove ne sussistano i presupposti- a quella prevista dall'art. 1669 c.c.

E proprio il tema della responsabilità ex art. 1669 c.c. è stato interessato da diverse e rilevanti pronunzie, in ordine tanto ai relativi presupposti quanto alle conseguenze.

In tal senso, va anzitutto richiamata Sez. U, n. 07756/2017, Manna F., Rv. 643560-01, che risolvendo il contrasto esistente in punto all'applicabilità o meno di tale forma di responsabilità anche alle opere di ristrutturazione edilizia ed agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata, si è espressa in senso affermativo, ritenendo sussistere anche in tali casi- nella concorrenza degli ulteriori requisiti- una possibile incidenza dei gravi difetti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione sua propria.

Circa il contenuto dell'obbligo risarcitorio, Sez. 2, n. 15846/2017, Scarpa, Rv. 644676-02, ha affermato che il danno spettante al committente per l'eliminazione dei difetti di costruzione dell'immobile può giungere a consentire la completa ristrutturazione di quest'ultimo, comportando sempre e comunque la responsabilità ex art. 1669 c.c. un'obbligazione risarcitoria per equivalente finalizzata al totale ripristino dell'edificio.

Sez. 2, n. 27250/2017, Sabato, in corso di massimazione, ha poi precisato che l'azione di responsabilità può essere esercitata dal danneggiato non solo contro l'appaltatore, ma anche nei confronti del venditore che abbia appaltato la costruzione ad altro soggetto il quale, poi, abbia posto in essere dei subappalti; ciò in quanto negli appalti "a cascata" l'opera è riferibile al venditore, in ragione dell'implicita esistenza di un suo potere direttivo e di controllo sull'appaltatore, e non rileva la circostanza che il materiale esecutore sia legato a questi non direttamente, ma indirettamente, attraverso una "catena" di uno o più subappalti o di contratti di altra tipologia.

Infine, circa il contenuto della responsabilità dell'appaltatore per vizi od imperfezioni dell'opera, e con riguardo alla possibilità che la stessa sia esclusa in presenza di una situazione di ingerenza del

committente tale da ridurne il ruolo a quello di *nudus minister*, Sez. 1, n. 23594/2017, Valitutti, Rv. 645788-02, ha statuito che in mancanza di prova della ricorrenza di tale fattispecie- prova della quale è onerato- l'appaltatore è tenuto a prestare l'intera garanzia, senza poter invocare il concorso di colpa del progettista o del committente, né l'efficacia esimente di eventuali errori nelle istruzioni impartite dal direttore dei lavori.

3. L'appalto di opere pubbliche. Anche il panorama delle pronunzie concernenti l'appalto di opere pubbliche è variegato.

Anzitutto Sez. 6-L, n. 10777/2017, Arienzo, Rv. 644161-01, ha ribadito il principio di recente introduzione secondo cui la responsabilità solidale prevista dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, esclusa per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, è, invece, applicabile ai soggetti privati che, quali "enti aggiudicatori", sono assoggettati al codice dei contratti pubblici, senza che ciò determini alcuna violazione dell'art. 3 Cost. in ragione della diversità delle situazioni a confronto, poiché i privati imprenditori non incontrano alcun limite nella scelta del contraente, come invece accade nelle procedure di evidenza pubblica.

In tema di revisione prezzi, Sez. 1, n. 05065/2017, Valitutti, Rv. 644454-01, ha affermato che il divieto di inserire nel contratto la clausola di obbligatorietà della revisione, di cui all'art. 2 della l. n. 37 del 1993, si applica anche ove l'appaltante sia una società concessionaria dello Stato o di altro ente pubblico, attuandosi anche in tal caso un trasferimento di funzioni e potestà al concessionario, il quale agisce come organo indiretto dell'Amministrazione concedente.

Sullo stesso tema, Sez. 1, n. 01164/2017, Valitutti, Rv. 643355-02, ha poi precisato che la concessione dell'anticipazione, ai sensi delle disposizioni contenute negli artt. 14 della l. n. 1 del 1978 e 3, comma 3, della l. n. 741 del 1981, non opera come causa di sospensione della revisione, ma come limitazione dell'incremento revisionale alla sola quota di lavori che supera l'ammontare dell'anticipazione.

D'interesse, in tema di sospensione dei lavori da parte dell'amministrazione appaltante ai sensi dell'art. 30 del d.P.R. n. 1063 del 1962, è quanto precisato da Sez. 1, n. 04605/2017, Salvago, Rv. 643884-01, secondo cui il verbale contenente l'emissione del relativo ordine, la sua data ed i motivi ne costituisce componente indefettibile e non altrimenti dimostrabile; in mancanza, il potere di sospensione non è configurabile, né, per l'effetto, è ipotizzabile una responsabilità

dell'Amministrazione per illegittimità iniziale o sopravvenuta della sospensione, che dunque, ove attuata, è imputabile esclusivamente all'appaltatore che ne sia autore.

In relazione ad ulteriori profili attinenti all'esecuzione del contratto, va menzionata Sez. 1, n. 02963/2017, Genovese, Rv. 643862-01, che per l'ipotesi di aggiudicazione da parte di A.T.I. ha precisato che la posizione dell'impresa mandataria è quella di responsabile, secondo lo schema della fideiussione *ex lege*, con obbligazione di natura prestazionale, con la conseguenza che questa - salvo casi particolari in ordine alla natura tecnica peculiare di alcune delle opere - deve sostituirsi alla mandante nella prestazione rimasta ineseguita e rispondere dell'inadempimento di questa anche nei confronti dei subappaltatori o fornitori.

Sez. 1, n. 03614/2017, Di Virgilio, Rv. 643873-01, ha invece ribadito che l'emissione degli stati di avanzamento lavori ha la finalità di attestare quantità, qualità ed ammontare dei lavori eseguiti ad una certa data, ma lascia impregiudicata ogni questione relativa all'esecuzione dei lavori, alla presenza di difetti o altri inadempimenti ed alla loro tempestività, da verificarsi invece alla stregua delle clausole contrattuali.

Infine, quanto agli aspetti attinenti ai profili delle controversie scaturenti dal rapporto di appalto pubblico, Sez. 1, n. 07479/2017, Valitutti, Rv. 644829-02, ha chiarito che il termine di sessanta giorni di cui all'art. 33 del d.m. 19 aprile 2000, n. 145 per l'inizio dell'azione da parte dell'appaltatore, decorre dalla determinazione definitiva della stazione appaltante in ordine alle riserve formulate, e non dall'atto di collaudo; mentre Sez. 1, n. 11446/2017, Salvago, Rv. 644074-02, ha affermato che, ove nell'ipotesi di nullità del contratto venga proposta azione d'indebito arricchimento nei confronti della P.A., l'indennità ex art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti dei costi effettivamente affrontati dall'appaltatore per la costruzione dell'opera, non potendovi rientrare l'utile d'impresa né ogni altra posta volta a garantire quanto l'appaltatore stesso si riprometteva di ricavare dall'esecuzione di un valido contratto.

4. L'assicurazione. Numerose sono state le pronunce della S.C. nel 2017 in materia, anche se, come di consueto, il contenzioso più rilevante si registra in tema di responsabilità civile da circolazione di veicoli.

4.1. Assicurazione contro i danni. Sull'argomento è da segnalare preliminarmente l'arresto di Sez. 3, n. 18376/2017, Sestini,

Rv. 645369-01, riferito alla decorrenza della prescrizione nell'assicurazione contro i danni. In particolare, è stato precisato che, ove l'assicuratore abbia dato incarico al proprio perito di compiere accertamenti tecnici di cui sia stato informato l'assicurato, è irrilevante, ai fini della decorrenza della prescrizione, che quest'ultimo abbia interloquuto con il perito, per conoscere gli esiti dell'indagine. Acquisisce rilievo, viceversa, il momento in cui egli abbia avuto conoscenza dell'ultimazione degli accertamenti.

Nel contratto di assicurazione a favore di terzo, Sez. 3, n. 29636/2017, Moscarini, in corso di massimazione, ha postulato la necessità che la conoscenza da parte del terzo della stipulazione in proprio favore sia attuale, al fine di consentirgli il diritto di profittarne.

Sotto il profilo delle clausole vessatorie Sez. 3, n. 27881/2017, Pellecchia, in corso di massimazione, ha ulteriormente contribuito a precisarne il confine. In particolare, ha precisato che sono da considerare clausole limitative della responsabilità, agli effetti dell'art. 1341 c.c., con conseguente necessità di specifica approvazione preventiva per iscritto, quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito. Le clausole che riguardano, invece, il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa attengono, invece, all'oggetto del contratto e non sono, perciò, assoggettate al regime previsto dalla suddetta.

Con riguardo al patto di ripartizione del rischio tra assicuratori, Sez. 3, n. 09961/2017, Tatangelo, Rv. 644005-02, ha precisato che in difetto del consenso dell'assicurato, l'accordo tra gli assicuratori non è opponibile all'assicurato stesso, che resta estraneo al patto e conserva il diritto di richiedere all'unico assicuratore con il quale ha concluso il contratto il pagamento dell'intera indennità assicurativa. Importante la differenza delineata tra tale ipotesi e quella della coassicurazione, disciplinata dall'art. 1911 c.c., nella quale il limite dell'obbligazione di ciascun assicuratore presuppone che della ripartizione del rischio tra più assicuratori il terzo contraente sia pienamente consapevole e che abbia aderito ad una tipologia contrattuale comportante gli effetti limitativi propri della coassicurazione disciplinata dal codice civile.

La pronuncia ha, altresì, chiarito efficacemente che il contratto di coassicurazione genera separati rapporti assicurativi, in virtù dei quali ciascun assicuratore è titolare delle sole posizioni soggettive sostanziali e processuali relative al proprio rapporto con l'assicurato; ove, pertanto, sia inserita nel contratto la cd. clausola di delega o di guida (relativa alla gestione diretta delle controversie e quindi

comprendente anche la rappresentanza processuale degli altri coassicuratori), l'assicuratore delegato può essere convenuto in giudizio anche per il pagamento delle quote di indennità di pertinenza dei deleganti e, in tale veste, è legittimato a resistere alla pretesa, in rappresentanza di questi ultimi, ma solo a condizione che la domanda nei suoi confronti sia proposta espressamente, o comunque inequivocamente, richiamando la sua qualità di delegato. In altri termini, deve risultare chiaramente che per la parte eccedente la quota di rischio a suo carico l'indennizzo gli è stato richiesto nella qualità di rappresentante degli altri coassicuratori. In tale qualità deve essere pronunciata, infatti, la sua eventuale condanna per la predetta parte Sez. 3, n. 09961/2017, Tatangelo, Rv. 644005-03.

Scendendo più nel particolare, ma di sicuro rilievo è quanto affermato nella stessa pronuncia, ma Rv. 644005-01, sugli importi dei massimali delle polizze per la copertura assicurativa dei medici specialisti ambulatoriali stipulate dalle aziende sanitarie locali in adempimento degli obblighi previsti nei decreti presidenziali che recepiscono gli accordi collettivi nazionali. Con riguardo, nello specifico, alla copertura comprensiva anche del rischio da infortunio *in itinere* per i servizi prestati in un comune diverso da quello di residenza, la S.C. ha chiarito che anche tali importi costituiscono la base per liquidare il danno da invalidità, permanente e temporanea, parziale e totale; la liquidazione sulla base di detti massimali deve avvenire, poi, in misura proporzionale alla percentuale dell'invalidità e non in applicazione degli ordinari criteri di liquidazione del danno non patrimoniale.

4.2. L'assicurazione della responsabilità civile.

Nuovamente è intervenuta la S.C. sulla clausola cd. *claims made*, affermando che è un patto atipico immeritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., qualora essa sia inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione. Tale negozio, infatti, ad avviso di Sez. 3, n. 10506/2017, Rossetti, Rv. 644008-01, realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, ponendo l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

Con riguardo all'obbligo di manleva dell'assicurato ex art. 1917 c.c., Sez. 3, n. 22054/2017, Sestini, Rv. 646015-01, ha precisato che sulle somme dovute dall'assicuratore all'assicurato in adempimento

di tale obbligo vanno corrisposti, a decorrere dalla proposizione della domanda giudiziale di manleva, gli interessi, ancorché esorbitanti i limiti del massimale. L'obbligo dell'assicuratore di tener indenne l'assicurato sorge per effetto della commissione dell'illecito di cui quest'ultimo risponde e la domanda giudiziale è valida a costituire in mora l'assicuratore.

In tema di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla attività professionale svolta da un commercialista, ai fini dell'operatività della polizza assicurativa, secondo Sez. 3, n. 22339/2017, Rubino, Rv. 646019-01, va accertato se il comportamento posto in essere rientri nell'ambito dell'attività individuata dalla polizza come risarcibile e, quindi, se il danno sia stato causato dal professionista, direttamente attraverso l'attività professionale carente, o indirettamente per carenze organizzative o di diligenza del proprio studio del quale egli indirettamente risponde. Non è necessario, tuttavia, in tale ultima ipotesi, che il professionista sia tenuto ad indicare all'assicuratore l'effettivo materiale responsabile dell'attività dannosa, sia essa attiva o omissiva.

In tema di responsabilità oltre il massimale, per *mala gestio* dell'assicuratore della responsabilità civile, Sez. 3, n. 25091/2017, Scarano, Rv. 646023-01, ha evidenziato che costituiscono un necessario presupposto la sussistenza dell'omissione del pagamento dell'indennizzo e che la responsabilità dell'assicurato e l'ammontare del danno siano in concreto determinabili dall'assicuratore alla stregua dell'ordinaria diligenza e del principio di buona fede. La S.C. ha precisato come in tal caso sia irrilevante che il debito dell'assicurato verso il terzo danneggiato sia stato accertato e quantificato con sentenza passata in giudicato, ovvero per effetto di accordo negoziale.

Con riguardo alle prestazioni sanitarie rese dal SSN in favore del soggetto danneggiato dal fatto illecito altrui, sotto il profilo dei rimedi esperibili dall'ente per il recupero dei costi nei confronti del responsabile, Sez. 3, n. 24289/2017, D'Arrigo, Rv. 645836-01, ha precisato che l'azienda sanitaria non può agire nei confronti del responsabile, né in rivalsa, né in surrogazione. A seguito dell'introduzione del principio di gratuità delle prestazioni medesime e la fiscalizzazione del relativo finanziamento, infatti, da un lato, non è più riconoscibile al SSN la qualifica di assicuratore sociale, mentre, dall'altro, non esiste un diritto del danneggiato nel quale l'ente possa surrogarsi. Al fine di recuperare i costi delle prestazioni, l'ASL è, in ogni caso, legittimata ad esperire nei confronti del responsabile l'azione ex art. 2043 c.c., stante l'obbligo dell'autore dell'illecito di

risarcire tutte le conseguenze dirette dello stesso, compresi i costi sostenuti dal SSN per le cure mediche e l'assistenza sanitaria.

La S.C. ha, tuttavia, chiarito che tale legittimazione viene meno con riguardo alle prestazioni erogate alle vittime di sinistri derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per il cui finanziamento è previsto, ai sensi dell'art. 334 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, un contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile, che la legge espressamente dichiara "sostitutivo" delle azioni spettanti alle regioni e agli enti che erogano prestazioni a carico del SSN.

4.3. Assicurazione obbligatoria della r.c.a. Ha contribuito a definire la nozione di circolazione, idonea a dare luogo l'operatività della garanzia per R.C.A., Sez. 6-3, n. 27759/2017, Cirillo F.M., in corso di massimazione, secondo cui anche la sosta del veicolo nonché, quando avvengono sulla via pubblica, le operazioni di carico o scarico del veicolo, in funzione del suo avvio alla circolazione, ovvero qualsiasi atto di movimentazione di esso o delle sue parti (quale apertura, chiusura sportelli, etc.). È necessario, a tal fine, che il veicolo, nel suo trovarsi sulla strada di uso pubblico o sull'area ad essa parificata, mantenga le caratteristiche che lo rendano tale in termini concettuali e, quindi, in relazione alle sue funzionalità; è irrilevante, invece, l'uso che in concreto se ne faccia, sempreché esso rientri nelle caratteristiche del veicolo medesimo.

Con riguardo alla denuncia di sinistro stradale, ex art. 5 legge 26 febbraio 1977 n. 39, *ratione temporis* applicabile, Sez. 6-3, n. 22415/2017, D'Arrigo, Rv. 645724-01, ha chiarito che essa deve esser trasmessa, pur senza la fissazione di un termine, all'assicuratore prima di citarlo in giudizio, non solo per informarlo, ai sensi degli artt. 1334 e 1913 c.c., delle circostanze, modalità e conseguenze del sinistro, onde consentirgli la liquidazione stragiudiziale del danno derivatone, ma anche, nel caso di denuncia congiunta, ai fini della presunzione, fino a prova contraria a carico di esso assicuratore, della veridicità delle dichiarazioni ivi contenute. La produzione del modulo di constatazione amichevole per la prima volta nel corso del giudizio determina, infatti, che le predette dichiarazioni abbiano valore soltanto indiziario.

Sull'individuazione dei soggetti legittimati a presentare la richiesta che, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 22 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, il danneggiato deve rivolgere all'assicuratore del danneggiante con lettera raccomandata, Sez. 3, n. 24077/2017, Scarano, Rv. 645780-01, ha affermato che può essere validamente

formulata dal minore di età o da un suo incaricato, atteso che la stessa non costituisce un atto negoziale, ma un atto giuridico in senso stretto da cui non scaturiscono effetti sfavorevoli per il suo autore. Il minore è senz'altro capace di compiere tale atto personalmente o di delegare all'uopo un terzo, non rientrando tra quelli che devono necessariamente essere compiuti dal rappresentante legale.

Con riguardo, invece, ai rimedi in favore del danneggiato, nell'ipotesi in cui non sussista una valida o efficace polizza RCA e tuttavia l'affidamento sulla sua sussistenza sia stato ingenerato dal rilascio di un certificato o di un contrassegno assicurativo, secondo Sez. 3, n. 24069/2017, Olivieri, Rv. 645830-01, il danneggiato può scegliere se esperire l'azione diretta, ex art. 18 l. n. 990 del 1969 (ora art. 144 d.lgs. n. 209 del 2005), nei confronti dell'assicuratore del responsabile, facendo valere la situazione di apparenza indotta dal rilascio del certificato o del contrassegno, oppure l'azione risarcitoria, ex art. 19 l. n. 990 del 1969 (ora art. 283 d.lgs. n. 209 del 2005), nei confronti dell'impresa designata dal Fondo di garanzia per le vittime della strada, facendo valere la situazione reale in ordine alla mancanza di copertura assicurativa.

In relazione all'obbligo dell'assicuratore di risarcire il terzo danneggiato, Sez. L, n. 04112/2017, Boghetich, Rv. 643188-01, ha chiarito che, nel caso di sottoscrizione di una polizza r.c. auto e di rilascio all'assicurato dell'apposito contrassegno, indicativo di decorrenza e durata, il ritardato versamento del premio da parte dell'agente, ove la compagnia assicurativa non abbia ricevuto il premio, o la prima rata di esso, l'assicurazione è sospesa ai sensi dell'art. 1901, comma 1, c.c.. in ogni caso, in forza del principio della rilevanza dell'autenticità del contrassegno rilasciato all'assicurato e del pagamento del premio nei modi e nei termini previsti dalla legge e dal contratto, l'assicuratore è obbligato a risarcire i danni al terzo danneggiato.

Sotto il profilo processuale è stato precisato da Sez. 6-3, n. 21896/2017, Cirillo F.M., Rv. 645717-01, che nella procedura di risarcimento diretto di cui all'art. 149 del d. lgs. n. 209 del 2005, promossa dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore, sussiste litisconsorzio necessario rispetto al danneggiante responsabile, analogamente a quanto previsto dall'art. 144, comma 3, dello stesso decreto.

Nel medesimo ambito, è da segnalare Sez. 6-3, n. 08159/2017, Rubino, Rv. 643687-01, secondo cui in tema di azione di rivalsa esercitata dall'impresa designata dal Fondo di garanzia vittime della strada nei confronti del proprietario di un veicolo privo di copertura

assicurativa, l'eventuale concorso di colpa del danneggiato non è rilevabile d'ufficio dal giudice, ma deve essere eccepito dal convenuto. Ad avviso della S.C., infatti, la dimostrazione dell'ipotetico cattivo pagamento effettuato dall'assicuratore va qualificata come fatto idoneo a paralizzare la pretesa di rivalsa da esso azionata in giudizio.

5. Il comodato. In materia di comodato, mette conto segnalare Sez. 3, n. 20151/2017, Scrima, Rv. 645731-01, che muovendo dal principio secondo cui, nel comodato di bene immobile senza determinazione di termine, la volontà di assoggettare il bene a vincoli d'uso particolarmente gravosi non può essere presunta ma va positivamente accertata, sicché in mancanza va adottata la soluzione più favorevole alla sua cessazione, ha affermato il diritto del comodante al risarcimento del danno per illegittima occupazione dell'immobile oggetto di comodato da parte del coniuge del comodatario, in difetto di specifico accertamento del fatto che costui lo avesse adibito, prima del matrimonio, a residenza della famiglia di fatto, e che – sopravvenuto il matrimonio – fosse così stata trasformata la natura del comodato rispetto alla sua precedente finalità.

6. I contratti agrari. In relazione all'esercizio della prelazione, Sez. 3, n. 00918/2017, Scrima, Rv. 642693-01, ha precisato che nella previsione di cui all'art. 8, comma 2, della l. n. 590 del 1965, che lo esclude nel caso di "vendita forzata", va ricompresa anche la vendita disposta nel corso del giudizio di divisione, sia perché l'espressione utilizzata dalla norma rimanda ad un ambito ben più ampio della procedura espropriativa forzata, valorizzando soprattutto la non volontarietà del trasferimento, sia, e per conseguenza, perché la vendita divisionale, non riconducibile ad una libera determinazione dei comproprietari, non è volontaria.

Sulla medesima questione, Sez. 3, n. 03760/2017, Dell'Utri, Rv. 642839-01, ha ritenuto superflua la trasmissione al prelazionario del preliminare di compravendita del terreno, ove risulti che il coltivatore diretto abbia già avuto precedente conoscenza, in qualsiasi modo e per iniziativa del proprietario-venditore, della proposta di vendita e delle relative condizioni, dovendosi in tal caso ritenere realizzata la finalità della legge.

D'interesse, nei suoi risvolti processuali, è Sez. 3, n. 12394/2017, De Stefano, Rv. 644290-02, che in relazione ad un contratto di concessione in godimento di un terreno agricolo destinato

all'attività prevalente di allevamento di cani e gatti ha affermato che non si tratta di contratto agrario- in particolare ai fini della competenza della sezione specializzata- in quanto l'attività di allevamento non è collegata funzionalmente alla produzione agraria del terreno, né riconducibile all'esercizio normale dell'agricoltura.

Merita infine di essere menzionata Sez. 3, n. 23648/2017, Positano, Rv. 646021-01, secondo cui la possibilità di consentire in favore dei privati, con contratto d'affitto di fondo rustico, il godimento individuale di un terreno demaniale di uso civico, temporaneamente non utilizzato dalla comunità, può avere solo carattere precario e temporaneo, derivando da tanto la non assoggettabilità del rapporto alle norme speciali in materia agraria in ordine alla relativa durata, poiché altrimenti resterebbe preclusa all'Amministrazione la possibilità di condizionarne la continuazione e la rinnovazione alla compatibilità, in concreto, con la destinazione ad uso civico del terreno.

7. I contratti bancari. (rinvio).

8. I contratti finanziari (rinvio).

9. La fideiussione e le garanzie atipiche. In materia di fideiussione, vanno anzitutto menzionate le pronunzie che hanno interessato alcuni aspetti generali della disciplina del tipo contrattuale.

Si tratta, anzitutto, di Sez. 3, n. 05630/2017, De Stefano, Rv. 643394-03, che in relazione alla liberazione del fideiussore ha affermato che essa consegue all'estinzione dell'obbligazione principale, indipendentemente dalle modalità con cui essa avvenga o dalle fonti della provvista; sicché, salva diversa previsione contrattuale, non osta a tale liberazione la circostanza che l'estinzione abbia carattere non soddisfattivo, per essere il credito originario sostanzialmente immutato, in quanto ristrutturato o sostituito nella sua composizione sulla base di ulteriori finanziamenti o condotte di tolleranza da parte del medesimo creditore.

Sul medesimo tema, Sez. 1, n. 21833/2017, Falabella, Rv. 645415-01, nel richiamare il principio in base al quale il fatto liberatorio del creditore non può consistere in una mera inazione ma deve costituire violazione di un dovere giuridico imposto dalla legge o nascente dal contratto e integrante un fatto quantomeno colposo, o comunque illecito, dal quale sia derivato un pregiudizio giuridico e non solo economico, ha ritenuto non sussistere tale carattere nell'impiego, da parte del creditore, delle somme ricavate dalla

liquidazione di titoli dell'obbligato principale costituiti in pegno al fine di ridurre la sua esposizione debitoria.

Ha affrontato il tema della fideiussione per obbligazioni future Sez. 1, n. 02942/2017, Scaldaferrì, Rv. 643512-01, affermando che la necessaria indicazione dell'importo massimo garantito, prevista al riguardo dall'art. 1938 c.c., non si estende all'ipotesi in cui la fideiussione abbia ad oggetto obbligazioni condizionali, la cui disciplina è sul punto analoga a quella della fideiussione cd. *omnibus*, che impone unicamente l'obbligo, a pena di nullità, di precisazione dell'importo massimo garantito.

In materia di cofideiussione, Sez. 3, n. 18782/2017, Saija, Rv. 645171-01, ha specificato che al cofideiussore che ha pagato l'intero spetta, nei confronti degli altri, un diritto inquadrabile tanto come di surroga, ex artt. 1203, n. 3), e 1204 c.c., quando come di regresso, ex art. 1954 c.c.; fra tali diritti, secondo la pronunzia, non sussiste infatti alcun rapporto di alternatività o incompatibilità, in quanto chi agisce in regresso fa valere anche il diritto di surrogazione legale, sia pure nei limiti della parte di obbligazione che non deve restare definitivamente a suo carico.

In linea con tale decisione, Sez. 6-3, n. 27243/2017, Tatangelo, in corso di massimazione, ha precisato che per il diverso caso di garanzie fideiussorie plurime ed autonome non è configurabile un'azione di regresso tra i fideiussori ed è quindi ammessa soltanto la possibilità di surrogazione per colui che abbia estinto il debito garantito.

Passando alle garanzie atipiche, con riguardo al contratto autonomo di garanzia due pronunzie hanno affrontato il tema dell'applicabilità al relativo rapporto del termine di cui all'art. 1957 c.c.

Sez. 3, n. 07883/2017, Cirillo F.M., Rv. 643699-01, ne ha ribadita la generale inapplicabilità- conseguente all'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella dell'ordinante- purtuttavia ritenendo ammissibile una diversa specifica pattuizione intercorsa tra le parti, purché compatibile con le restanti clausole contrattuali.

Per tale ultima ipotesi, secondo Sez. 3, n. 22346/2017, Frasca, Rv. 645736, ove le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta", il rinvio pattizio deve intendersi riferito esclusivamente al termine semestrale di cui all'art. 1657, comma 1, c.c., dovendosi altresì ritenere sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, in sé compatibile con la clausola "a prima richiesta".

Richiamando le note distinzioni fra fideiussione e contratto autonomo di garanzia, Sez. 1, n. 26062/2017, Dolmetta, Rv. 645938-01, ha rilevato che le due figure contrattuali possono tuttavia essere regolate in modo analogo relativamente ad alcuni profili di disciplina, e su tale presupposto ha ritenuto che il pagamento effettuato dal garante autonomo produce effetti identici a quello effettuato dal fideiussore quanto alla revocabilità dello stesso ex art. 67, co. 2, l.fall.

Offre, infine, interessanti spunti di riflessione sul tema della lettera di *patronage* Sez. 6-1, n. 26924/2017, Nazzicone, in corso di massimazione, che ha esteso a tale figura atipica di garanzia, foriera di obbligazioni ad esclusivo carico del proponente, la regola generale prevista per la fideiussione dall'art. 1938 c.c., come modificato dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154, che nel prevedere la necessità della determinazione dell'importo massimo garantito per le obbligazioni future, pone un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico.

10. Il giuoco e la scommessa. Sul tema va segnalata Sez. 3, n. 00921/2017, Pellicchia, Rv. 642695-01, l'accordo con il quale una parte si obbliga ad acquistare periodicamente, per conto dell'altro contraente, le quote di un sistema del "Superenalotto" da essa stessa elaborato e predisposto, custodendole ed anticipandone il costo, con l'intesa che il regolamento dei conti debba avvenire con cadenza settimanale, costituisce un contratto atipico la cui causa concreta è resa palese dalle contrapposte obbligazioni, le quali escludono la gratuità del negozio e tendono ad un risultato del tutto lecito, atteso che la funzione concretamente realizzata è quella di consentire ad un soggetto l'esercizio di un gioco d'azzardo regolato e posto sotto il controllo dello Stato, e quindi non rientrante nell'ambito dell'art. 718 c.p.

11. La locazione di immobili abitativi e non abitativi ed il leasing. Ricco ed articolato è, al solito, il novero delle sentenze relative al contratto di locazione.

In tema di locazione abitativa, notazioni di particolare interesse si colgono da due pronunzie concernenti l'ambito di applicazione dell'obbligo di registrazione del contratto.

Sez. 3, n. 02037/2017, Sestini, Rv. 642709-01, ha escluso che tale obbligo possa estendersi al preliminare di locazione, e ciò in quanto da un lato l'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004, che lo prescrive, si riferisce ai contratti di locazione ed a quelli che "comunque costituiscono diritti reali di godimento", con chiaro

riferimento ai soli contratti definitivi, e, dall'altro lato, la finalità antielusiva della norma stessa non è configurabile rispetto al preliminare di locazione, dal quale non sorge l'obbligo di pagamento del canone.

Sez. 3, n. 05612/2017, Rossetti, Rv. 643390-01, ha invece escluso che debba farsi luogo alla registrazione della fideiussione prestata per l'adempimento delle obbligazioni del conduttore ai fini della validità ed efficacia della stessa; ciò in quanto il collegamento genetico tra i due contratti non estende al patto di garanzia l'obbligo di registrazione, mentre l'eventuale finalità di elusione fiscale espone l'evasore all'obbligo di pagamento dell'imposta, degli interessi e delle sanzioni, ma non comporta la nullità del contratto, in virtù del principio generale desumibile dall'art. 10, comma 3, ultimo periodo, della l. n. 212 del 2000.

In punto all'obbligo restitutorio del conduttore ex art. 1590 c.c., Sez. 3, n. 08675/2017, Barreca, Rv. 643839-01, ha affermato che esso resta inadempito ove il locatore non riacquisti la completa disponibilità del bene in modo da poterne fare uso secondo la sua destinazione, sicché la mora e gli effetti dell'art. 1591 c.c. si producono anche ove egli torni formalmente in possesso del bene, ma questo sia inutilizzabile perché ancora occupato da beni mobili del conduttore che non debbano consegnarsi al locatore; non rileva, in tal senso, il fatto che il rilascio sia avvenuto coattivamente ex art. 608 c.p.c., atteso che la formale chiusura del processo esecutivo non determina l'automatica cessazione degli effetti sostanziali collegati al rapporto di locazione.

Sullo stesso tema, Sez. 3, n. 03789/2017, Cirillo F.M., Rv. 642844-01, ha affermato che l'indennità dovuta ex art. 1591 c.c. va calcolata assumendo come parametro la destinazione che quest'ultimo aveva prima che la locazione avesse inizio, atteso che il riconoscimento di un'indennità rapportata alla sua destinazione finale si risolverebbe, a fronte dell'obbligo del conduttore di restituire il cespite nello *status quo ante*, in un'indebita locupletazione priva di giustificazione.

Affronta invece il tema della liberazione del conduttore ex art. 1216 c.c. in caso di risoluzione anticipata del rapporto Sez. 3, n. 14268/2017, De Stefano, Rv. 644644-01, secondo cui ove alla riconsegna faccia seguito l'accettazione del locatore con riserva per i diritti ancora nascenti dal contratto, non si produce alcun effetto liberatorio dall'obbligo del pagamento dei canoni ancora non maturati ed il successivo eventuale accertamento dell'illegittimo scioglimento fa carico al conduttore di pagare i canoni fino alla

scadenza del contratto, nonché delle spese di custodia ove il conduttore abbia chiesto ed ottenuto dal giudice la nomina di un sequestratario.

In tema di successione nel rapporto locativo, un'interessante notazione è contenuta in Sez. 3, n. 26670/2017, Amendola A., in corso di massimazione, ove si precisa che l'erede non convivente del conduttore di immobile abitativo non succede a questi nella detenzione qualificata, e poiché dunque il titolo si estingue con la morte del titolare del rapporto, va qualificato come detentore precario della *res locata* al proprio dante causa ed è soggetto alle azioni di rilascio per occupazione senza titolo e di responsabilità extracontrattuale da parte del locatore.

Infine, con riguardo alla prelazione in favore del conduttore di cui all'art. 38 della legge 27 luglio 1978, n. 392, Sez. 3, n. 25415/2017, Sestini, in corso di massimazione, ha statuito che tanto la *denuntiatio* da parte del locatore quanto la comunicazione, da parte del conduttore, dell'intenzione di avvalersi della prelazione, devono essere compiute con il procedimento tipico della notificazione a mezzo ufficiale giudiziario ovvero attraverso modalità di comunicazione equipollenti. In difetto di regolare *denuntiatio* non è configurabile la conclusione di un preliminare di vendita per effetto della persistenza della decisione di vendere e della manifestazione della volontà di acquistare da parte del prelazionario, sicché il conduttore può ottenere il trasferimento del bene unicamente attraverso l'esercizio del diritto di riscatto, una volta che sia avvenuta la cessione a terzi in violazione della prelazione.

Quanto alla locazione non abitativa, dev'essere anzitutto menzionata Sez. U, n. 23601/2017, Travaglino, Rv. 645468, che ha risolto la questione di massima di particolare importanza sull'estensibilità o meno a detta ipotesi contrattuale del principio, pacifico nel settore della locazione abitativa, secondo cui- premessa la nullità dell'accordo nel quale le parti abbiano concordato un canone superiore a quello dichiarato nel contratto di locazione- la tardiva registrazione dell'accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato non valga a sanare detta nullità.

Con la pronunzia in questione, ribadita la nullità di tale accordo anche in relazione alle locazioni non abitative, le Sezioni Unite hanno affermato che la tardiva registrazione, consentita in base alle norme tributarie, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza ex tunc, atteso che il riconoscimento di una sanatoria "per

adempimento” è coerente con l’introduzione nell’ordinamento di una nullità (funzionale) “per inadempimento” all’obbligo di registrazione.

Con riferimento alla misura del canone, Sez. 3, n. 06490/2017, D’Arrigo, Rv. 643411-01, ha stabilito che ove il contratto preveda la possibilità dell’aggiornamento secondo gli indici Istat, nonché il pagamento a semestralità posticipate, la richiesta di adeguamento proveniente dal locatore anteriormente alla scadenza del primo semestre comporta la revisione del canone locativo per l’intero semestre in corso e non ancora scaduto.

Sez. 3, n. 08669/2017, Cirillo F.M., Rv. 645852-01, affronta il caso in cui le parti, in seguito a disdetta intimata dal proprietario per la prima scadenza con comunicazione invalida, redigano una successiva scrittura concordando la prosecuzione del contratto per altri sei anni ma con canone notevolmente maggiorato, rilevando la nullità di tale ultima ai sensi degli artt. 32 e 79 della l. n. 392 del 1978; differenziandosi da alcuni precedenti sul medesimo tema, la pronuncia afferma la nullità dell’accordo anche ove lo stesso sia qualificato come una transazione con cui il locatore rinuncia ad attivarsi per il rilascio dell’immobile a fronte di un aumento del canone, sul rilievo della contrarietà dello stesso a norma imperativa e del fatto che esso ha ad oggetto un diritto non disponibile.

Ancora, Sez. 3, n. 26950/2017, Rubino, in corso di massimazione, ha ritenuto ingiustificato, perché contrario ai principi di buona fede e di cooperazione del creditore all’adempimento, il comportamento del conduttore che rifiuti senza alcuna giustificazione o sulla base di generiche considerazioni la restituzione di un immobile a fronte di una seria e precisa offerta, ancorché non formale, da parte del locatore, di adempiere la sua obbligazione di corrispondere l’indennità di avviamento commerciale.

Infine, Sez. 3, n. 21917/2017, Moscarini, Rv. 645823-01, ha affermato che nel caso in cui il locatore comunichi di non voler rinnovare il contratto alla prima scadenza, al conduttore non spetta la facoltà di far cessare il rapporto anticipatamente, sottraendosi, senza il consenso del locatore, alle proprie obbligazioni; in tale ipotesi, infatti, l’interesse di questi a non perdere le occasioni che gli fossero date in epoca anteriore alla scadenza è soddisfatto dal suo diritto alla corresponsione dell’indennità per la perdita dell’avviamento commerciale, il cui onere è a carico del locatore. Pertanto, la diversa scelta del conduttore di non versare più il canone locativo integra inadempimento e comporta la perdita del diritto alla corresponsione dell’indennità di avviamento, essendosi il contratto

risolto, in dipendenza di una condotta a lui addebitabile, prima della scadenza.

Con riguardo al *leasing* merita invece di essere richiamata Sez. 1, n. [21476/2017](#), Genovese, in corso di massimazione, che per l'ipotesi di risoluzione del contratto anteriore al fallimento dell'utilizzatore ha ritenuto che il cd. patto di deduzione – per mezzo del quale va riconosciuto al concedente l'importo complessivo dovuto dall'utilizzatore, a titolo di ratei scaduti e a scadere nonché quale prezzo del riscatto del bene, maggiorato degli interessi moratori convenzionali, anche se decurtato del prezzo di riallocazione del bene oggetto del contratto – è nullo per contrarietà all'ordine pubblico economico ed, in particolare, alla previsione di cui all'art. 1526 c.c., applicabile in via analogica a tutti i casi di risoluzione anticipata del contratto anteriore alla dichiarazione di fallimento.

12. Il mandato. Si segnalano, in particolare alcune pronunce della S.C in materia di mandato con rappresentanza. In particolare, si è osservato che nel mandato con rappresentanza la spendita del nome può avvenire anche per *facta concludentia*, a condizione che non possa esistere alcun ragionevole dubbio circa l'identità tra il credito azionato, e quello la cui riscossione forma oggetto del mandato. Sez. 3, n. [19344/2017](#), Rossetti, Rv. 645490-01, ha enunciato il principio in un'ipotesi di decreto ingiuntivo ottenuto dal rappresentante nei confronti del debitore del rappresentato, attraverso la produzione del mandato con rappresentanza a riscuotere, conferito anche in funzione della realizzazione dell'interesse del mandatario al soddisfacimento del proprio credito verso il mandante.

Restando in tema di mandato conferito anche nell'interesse del mandatario, Sez. 6-3, n. [22753/2017](#), D'Arrigo, Rv. 645727-01, chiarisce che il requisito fondante è la sussistenza di un interesse giuridico di quest'ultimo all'esecuzione dell'incarico. In altri termini, il presupposto è l'esistenza di un interesse giuridico del mandatario all'esecuzione del mandato e, dunque, un rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario preesistente al mandato o, comunque, con esso costituito in cui il debitore sia il mandante e creditore il mandatario.

Un'importante precisazione proviene da Sez. 3, n. [22063/2017](#), Fanticini, in corso di massimazione, secondo cui il rendiconto può essere richiesto in tutti i casi nei quali da un rapporto di natura sostanziale discenda l'obbligo di una delle parti di far conoscere il risultato della propria attività, anche se non previsto dalla legge o da espressi accordi delle parti, in quanto influente nella sfera

di interessi patrimoniali altrui. L'arresto chiarisce, infatti, che le specifiche ipotesi individuate dal legislatore in cui è possibile chiedere il rendiconto non hanno carattere tassativo e sottolinea come l'obbligo di rendiconto costituisca un principio generale dell'ordinamento la cui ratio va individuata nel dovere di chi esercita una gestione o svolge un'attività nell'interesse altrui di soggiacere al controllo di questi, portando a conoscenza, secondo il principio della buona fede, gli atti posti in essere ed in particolare, quegli atti e fatti da cui scaturiscono partite di dare e avere.

In generale, sulla questione dell'individuazione dei mezzi probatori, Sez. 3, n. 07416/2017, Vivaldi, Rv. 643696-01, ha chiarito che in tema di negozio fiduciario, la prova per testimoni del pactum fiduciae è sottratta alle preclusioni stabilite dagli artt. 2721 e ss. c.c. soltanto nel caso in cui detto patto sia volto a creare obblighi connessi e collaterali rispetto al regolamento contrattuale, onde realizzare uno scopo ulteriore in rapporto a quello naturalmente inerente al tipo di contratto stipulato, senza direttamente contraddire il contenuto espresso di tale regolamento. Qualora, invece, il patto si ponga in antitesi con quanto risulta dal contratto, la qualificazione dello stesso come fiduciario non è sufficiente ad impedire l'applicabilità delle disposizioni che vietano la prova testimoniale dei patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento.

13. La mediazione. Le poche pronunce in materia meritano in ogni caso di essere segnalate, in quanto costituiscono un indubbio contributo all'individuazione dell'attività di mediazione.

È stata, in particolare, denominata mediazione negoziale cd. atipica, quella fondata sul contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate, ovvero anche cd. mediazione unilaterale, qualora una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività volta alla ricerca di una persona interessata alla sua conclusione a determinate e prestabilite condizioni. In proposito, Sez. U, n. 19161/2017, Petitti, Rv. 645138-01, ha evidenziato, come logico corollario, che l'esercizio dell'attività di mediazione atipica, quando l'affare abbia ad oggetto beni immobili o aziende, ovvero, se riguardante altre tipologie di beni, sia svolta in modo professionale e continuativo, resta soggetta all'obbligo di iscrizione all'albo previsto dall'art. 2 della l. 3 febbraio 1989, n. 39. In difetto di tale condizione è, quindi, precluso il diritto alla provvigione.

Con riguardo all'ambito della responsabilità del mediatore, Sez. 2, n. 08849/2017, Falaschi, Rv. 643734-01, ha chiarito che, in

caso di intermediazione in una compravendita immobiliare, non è ricompreso nella prestazione professionale del mediatore l'obbligo di accertare, previo esame dei registri immobiliari, la libertà del bene oggetto della trattativa da trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli, non essendo incluso, ai sensi dell'art. 1176 c.c., lo svolgimento, in difetto di particolare incarico, di specifiche indagini di tipo tecnico giuridico.

In ogni caso, il mediatore immobiliare è responsabile nei confronti del cliente se, conoscendo o potendo conoscere con l'ordinaria diligenza l'esistenza di vizi che diminuiscono il valore della cosa venduta, non ne informi l'acquirente. Secondo, infatti, Sez. 2, n. 04415/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, tale responsabilità si affianca a quella del venditore e può essere fatta valere dall'acquirente, sia chiedendo al mediatore il risarcimento del danno, sia rifiutando il pagamento della provvigione.

14. Il mutuo. In materia occorre preliminarmente segnalare l'arresto di Sez. U, n. 24675/2017, De Chiara, Rv. 645811-01, sulla questione controversa al superamento della soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della legge 7 marzo 1996, n. 108, in ipotesi di clausola stipulata in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge citata.

La S.C. ha chiarito, in particolare che, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia, quale risultante al momento della stipula. Ha, inoltre, evidenziato che, in tal caso, la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, non può essere qualificata come contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia.

Tale decisione riprende le posizioni assunte da Sez. 1, n. 00801/2016, De Chiara, Rv. 638458-01, secondo cui i criteri fissati dalla l. n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, non si applicano alle pattuizioni di questi ultimi anteriori all'entrata in vigore di quella legge, siano esse contenute in mutui a tasso fisso o variabile, come emerge dalla norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.l. 29 dicembre 2000 n. 394 (conv., con modif., dalla legge 28 febbraio 2001 n. 24), che non reca una tale distinzione.

Potrebbe, pertanto, ritenersi superato l'orientamento difforme recentemente espresso da Sez. 1, n. 09405/2017, Acierno, Rv. 643876-01, secondo cui, nel caso di usurarietà del tasso d'interessi di un mutuo, originariamente pattuito in misura legittima, ma sopravvenuta nel corso dell'esecuzione del contratto e tempestivamente contestata, in applicazione della norma di interpretazione autentica sopra citata, poneva l'obbligo per il giudice del merito di accertare l'usurarietà e, per la frazione temporale nella quale il superamento del tasso soglia fosse effettivamente intervenuto, di applicare il tasso previsto in via normativa, secondo la rilevazione trimestrale eseguita ai sensi dell' art. 2 della l. n. 108 del 1996.

Occorre ricordare anche Sez. 6-1, n. 05598/2017, Di Virgilio, Rv. 643977-01, secondo cui l'art. 1 della l. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori.

Importante quanto chiarito da Sez. 1, n. 08806/2017, Dolmetta, Rv. 643727-01, secondo cui, per valutare l'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo, devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute dal debitore per ottenere il credito, in conformità con quanto previsto dall'art. 644, comma 4, c.p., essendo, all'uopo, sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito. La dimostrazione del collegamento può essere raggiunta con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo.

Con riguardo all'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 1, comma 2, d.l. n. 394 del 2000, citato, Sez. 1, n. 21461/2017, Falabella, Rv. 645404-01, ha precisato che si applica a tutti i mutui a tasso fisso anche se non assistiti da garanzia reale, poiché essa non reca alcuna distinzione al riguardo.

In tema di mutuo fondiario, la S.C. ha fatto alcune importanti precisazioni. In particolare, Sez. 1, n. 17352/2017, Terrusi, Rv. 644846-01, ha precisato che il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, è elemento essenziale del contenuto del contratto ed il suo mancato rispetto determina la nullità del contratto stesso, ferma restando la possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti. Esso costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il *quantum* della prestazione creditizia al fine

di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare ed agevolare e sostenere l'attività di impresa.

Sez. 6-3, n. 01367/2017, Tatangelo, Rv. 642733-01 ha, poi chiarito che sempre in materia di mutuo fondiario, l'acquirente di una singola unità immobiliare che abbia integralmente corrisposto al costruttore il prezzo di acquisto, senza parziale accollo del mutuo a garanzia del quale era stata iscritta ipoteca sull'intero fabbricato, ha diritto ad ottenere la suddivisione del finanziamento in misura proporzionale all'unità medesima, nonché il correlativo frazionamento dell'ipoteca predetta nei limiti di tale quota. Al fine di ottenere la cancellazione di quest'ultima, invece, occorre che, contestualmente o successivamente al frazionamento, venga corrisposto, alla banca mutuante, l'importo di detta quota. Diversamente, l'istituto di credito perderebbe la propria garanzia, parzialmente o totalmente, nel caso alienazione di tutte le unità immobiliari, senza accollo del finanziamento fondiario, pur senza essere stato soddisfatto.

Con riguardo, invece, ai confini dell'autonomia privata nell'ambito del tipo negoziale, si segnala Sez. 1, n. 26057/2017, Marulli, in corso di massimazione, secondo cui non è meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2 c.c., il contratto atipico denominato "4you", stipulato tra una banca ed un cliente in forza del quale la banca acquista immediatamente la disponibilità della somma erogata a mutuo da destinare all'acquisto di prodotti finanziari con contestuale mandato senza vincoli di acquistare detti prodotti e lucra gli interessi restitutori mentre il sottoscrittore matura, ma solo alla scadenza, il premio del proprio investimento, purché questo risulti attivo. Si è osservato, in proposito che detto accordo negoziale si pone in contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 37 Cost. sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza anche privata, in quanto si fonda essenzialmente sullo sfruttamento, da parte degli operatori professionali, in potenziale conflitto di interessi con il cliente, delle preoccupazioni previdenziali di quest'ultimo, mediante operazioni negoziali complesse di rischio e di unilaterale riattribuzione del proprio rischio d'impresa, in ordine alla gestione di fondi comuni, in capo all'investitore.

15. La rendita. In tema di rendita, va segnalata Sez. 6-2, n. 13232/2017, Scarpa, Rv. 644382-01, che in relazione ad un accordo con il quale le parti avevano stabilito la cessione di quote di proprietà di un immobile verso un corrispettivo, in parte rappresentato dalla prestazione mensile di una somma di danaro ed in parte dalla

prestazione di “assistenza morale” per la durata della vita del beneficiario, ha stabilito che lo stesso ha natura di contratto atipico e si differenzia dalla rendita vitalizia in relazione agli autonomi obblighi di assistenza che lo connotano, in parte non fungibili e basati sull’*intuitus personae*. L’inadempimento di tali obblighi, secondo la pronunzia, non è dunque soggetto alla previsione dell’art. 1878 c.c., che esclude la risoluzione del contratto in ipotesi di mancato pagamento di rate di rendita scadute, ma soggiace alla disciplina generale di cui all’art. 1453 c.c.

16. La transazione. In materia di transazione, va richiamata Sez. 2, n. 14294/2017, Giusti, Rv. 644481-01, che in relazione alla domanda di annullamento del contratto ex art. 1971 c.c. per consapevolezza della temerarietà della pretesa da parte dei uno dei contraenti, ha stabilito che detta circostanza, come può essere eccepita dal convenuto per paralizzare la domanda dell’attore che faccia valere come titolo della sua richiesta la transazione stessa, così può essere invocata dall’attore per bloccare gli effetti impeditivi dell’eccezione di transazione sollevata dal convenuto.

17. Il trasporto. In tale settore negoziale merita di essere essenzialmente ricordata Sez. U, n. 21850/2017, Travaglino, Rv. 645465-01, resa in ambito di trasporto aereo, sulla questione di massima di particolare importanza circa la natura autonoma od accessoria, rispetto al contratto di trasporto, delle prestazioni dell’impresa esercente l’attività di *handling* aeroportuale (e la discendente possibilità di qualificare o meno l’*handler* come “ausiliario” del vettore, con ogni conseguenza in termini di responsabilità verso il terzo danneggiato) con opzione per la seconda ipotesi.

La pronunzia ha rilevato infatti che il servizio di *handling* non viene reso in esecuzione di un autonomo contratto di deposito concluso tra l’*handler* (promittente) e il vettore (stipulante) a beneficio del mittente o del destinatario, ma rientra nella complessiva prestazione che forma oggetto del contratto di trasporto, la quale non si esaurisce nel mero trasferimento delle cose, ma comprende anche la fase antecedente, di ricezione della merce dal mittente in funzione della consegna al vettore alla partenza, e quella successiva, di ricezione della merce dal vettore per la messa a disposizione del destinatario.

A sostegno della decisione si è osservato che detta ultima prestazione deve corrispondere, ai sensi dell’art. 1174 c.c.,

all'interesse del creditore ad ottenere la riconsegna delle cose trasportate nel luogo, nel termine e con le modalità indicate nel contratto medesimo.

Consegue a tale impostazione: a) che l'operatore di *handling* assume la qualifica di ausiliario del vettore, in quanto soggetto terzo rispetto al contratto di trasporto della cui opera il debitore si avvale per l'esecuzione di una parte della prestazione che ne forma oggetto; b) che nell'ipotesi di perdita o avaria nella fase in cui la merce è affidata all'*handler*, il proprietario può agire contrattualmente nei confronti del vettore in base al disposto di cui all'art. 1228 c.c.; c) che nella medesima ipotesi l'ausiliario non risponde nei confronti del mittente o del destinatario in base al contratto, cui è estraneo, ma in solido con il vettore a titolo extracontrattuale, in quanto autore di un comportamento doloso o colposo imputabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.; d) che in tal veste, inoltre, egli beneficia delle limitazioni di responsabilità previste, in favore del vettore medesimo e dei suoi dipendenti od incaricati, dagli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal sul trasporto aereo (già artt. 22 e 25/A della Convenzione di Varsavia), nonché della disciplina uniforme convenzionale, dettata in tema di decadenza dall'azione risarcitoria e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, dall'art. 35 della Convenzione di Montreal (già art. 29 della Convenzione di Varsavia), salva l'ipotesi di condotta dolosa o coscientemente colposa, nella quale, ai sensi dell'art. 30, comma 3, della Convenzione di Montreal, la responsabilità dell'ausiliario resta illimitata.

18. La vendita. Le pronunce in materia, come di consueto, sono molteplici e risultano numerose, particolarmente con riguardo ai vizi della cosa, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processuale.

Con riguardo al preliminare di vendita, Sez. 2, n. 20961/2017, Orilia, Rv. 645422-01, ha chiarito che il promissario acquirente di un immobile, garantito libero da ipoteche ma, in realtà, da esse gravato, può legittimamente rifiutare di stipulare il contratto definitivo, finché tali formalità pregiudizievoli non siano cancellate dal promittente venditore e, al riguardo, ha la facoltà ex art. 1482, comma 1, c.c., applicabile al contratto preliminare, di chiedere al giudice la fissazione a quest'ultimo di un termine per la liberazione dal vincolo. In applicazione dell'art. 1453, comma 2, c.c., tuttavia, ove, il promissario acquirente comunichi al promittente venditore, in presenza di un inadempimento grave di costui ed allo stesso imputabile, il proprio

recesso dal contratto, quest'ultimo non può, attivarsi per ottenere la cancellazione della garanzia.

Importante la precisazione in termini di distinzione tra la vendita e l'appalto. Ad avviso di Sez. 2, n. 26574/2017, Criscuolo, in corso di massimazione, la circostanza che il venditore sia anche il costruttore del bene compravenduto, non vale ad attribuirgli le veste di appaltatore nei confronti dell'acquirente e a quest'ultimo la qualità di committente nei confronti del primo. L'acquirente non può, dunque, esercitare l'azione per ottenere l'adempimento del contratto d'appalto e l'eliminazione dei difetti dell'opera a norma degli artt. 1667 e 1668 c.c., spettando tale azione esclusivamente al committente del contratto d'appalto. Diversa, invece, è l'azione prevista dall'art. 1669 c.c. di natura extracontrattuale che opera, non solo, a carico dell'appaltatore nei confronti del committente, ma anche a carico del costruttore nei confronti dell'acquirente.

In relazione all'omessa consegna della cosa venduta Sez. 2, n. 13793/2017, Orilia, Rv. 644472-01, ha ribadito un principio espresso in epoca risalente da Sez. 2, n. 04650/1991, Marotta R., Rv. 471881-01, da ritenere comunque consolidato, ovvero che il venditore non può fare valere contro l'acquirente, che ne è divenuto proprietario ex art. 1376 c.c., il suo possesso della *res* anteriore all'atto di trasferimento, al fine di contrastare la domanda di rivendicazione del compratore stesso o di fondare una domanda di acquisto per usucapione, potendo a tale scopo allegare soltanto il proprio eventuale possesso successivo al suddetto atto di trasferimento.

Un'importante precisazione è stata effettuata da Sez. 2, n. 16881/2017, Proto, Rv. 644984-01, secondo cui, quando la vendita ha ad oggetto una pluralità di beni tra loro funzionalmente legati (nella specie, elettrodomestici ed attrezzatura da gastronomia, destinati all'esercizio ed alla conduzione dell'attività di rosticceria), l'accertato riconoscimento di vizi relativamente ad alcuni solo dei beni facenti parte dell'unica fornitura, ma incidenti sull'attitudine funzionale dell'insieme dei beni alienati, costituisce riconoscimento dei vizi della fornitura complessivamente considerata.

In tema di vendita di una pluralità di beni immobili, invece, si segnala, quanto affermato da Sez. 2, n. 15751/2017, Criscuolo, Rv. 644494-01. In particolare, nell'ipotesi in cui più venditori trasferiscano, con il medesimo atto, una pluralità di immobili, l'indicazione del prezzo di ciascuno di essi è necessaria, a pena di nullità dell'atto, solo ove i contraenti non hanno inteso realizzare una cd. vendita in blocco, ma tanti singoli contratti conclusi contestualmente. La sentenza ha precisato che tale valutazione,

implica un accertamento circa la volontà risolubile solo con riferimento al caso concreto e che, pertanto, integra un apprezzamento di fatto del giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato.

18.1. Garanzia per vizi della cosa. Con riguardo al tema della garanzia per i vizi della cosa venduta, va segnalato l'arresto di Sez. 2, n. 14005/2017, Grasso Giuseppe, Rv. 644332 -01, secondo cui, qualora il venditore si impegni ad eliminare i vizi e l'impegno sia accettato dal compratore, sorge un'autonoma obbligazione di *facere*, che, ove non estingua per novazione la garanzia originaria, a questa si affianca, rimanendo ad essa esterna e, quindi, non alterandone la disciplina. Nella pronuncia è stato altresì chiarito che l'originario diritto del compratore alla riduzione del prezzo ed alla risoluzione del contratto resta soggetto alla prescrizione annuale, di cui all'art. 1495 c.c., mentre l'ulteriore suo diritto all'eliminazione dei vizi ricade nella prescrizione ordinaria decennale.

Rimanendo sotto il profilo della prescrizione la S.C. ha più volte confermato il consolidato principio per cui l'azione del compratore contro il venditore per far valere la garanzia ex art. 1495 c.c. si prescrive, in ogni caso, nel termine di un anno dalla consegna del bene compravenduto, e ciò indipendentemente dalla scoperta del vizio. In tal senso, Sez. 2, n. 11037/2017, Lombardo, Rv. 643894-01; ma anche, Sez. 2, n. 18891/2017, Scarpa, Rv. 645228 -01, che ha chiarito come sia irrilevante che l'acquirente non abbia la possibilità di scoprire il vizio, nonostante l'avvenuta consegna, o che questo gli sia stato dolosamente occultato dal venditore, con espedienti o raggiri. La pronuncia ha precisato che è salva la possibilità, in tale ultimo caso, di invocare la sospensione della prescrizione, agli effetti dell'art. 2941, n. 8, c.c., ove si accerti la sussistenza di una dichiarazione del venditore, non solo obiettivamente contraria al vero quanto, altresì, caratterizzata dalla consapevolezza dell'esistenza della circostanza taciuta e dalla conseguente volontà decipiente.

In tema, Sez. 2, n. 20705/2017, Cortesi, Rv. 645240-01, ha specificato che solo con la proposizione dell'azione di risoluzione di un contratto di compravendita per vizi della cosa venduta si determina l'effetto interruttivo della prescrizione, mentre, a tal fine, è inidoneo qualsiasi atto stragiudiziale di costituzione in mora.

Più controversa è la questione del riparto degli oneri di allegazione e prova tra alienante e acquirente in ipotesi di inesatto adempimento per vizi della cosa. Per Sez. 3, n. 21927/2017, Saija, Rv. 645502 -01, in linea con Sez. 2, n. 20110/2013, Migliucci, Rv. 627467-

01, è sufficiente che il compratore allegghi l'inesatto adempimento, ovvero denunci la presenza di vizi che rendano la cosa inidonea all'uso al quale è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, mentre è a carico del venditore, quale debitore di un'obbligazione di risultato ed in forza del principio della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di aver consegnato una cosa conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto, ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene. Solamente ove tale prova sia stata fornita, sarà a carico del compratore dimostrare l'esistenza di un vizio o un difetto intrinseco della cosa ascrivibile al venditore.

Diversamente, secondo Sez. 3, n. 18947/2017, Tatangelo, Rv. 645376-01, l'onere della prova dei difetti, delle conseguenze dannose e del nesso causale fra gli uni e le altre fa carico al compratore, mentre la prova liberatoria della mancanza di colpa, incumbente al venditore, rileva solo quando la controparte abbia preventivamente dimostrato la denunciata inadempienza. Tale orientamento è in linea con quello espresso da Sez. 2, n. 18125/2013, Carrato, Rv. 627302-01.

Per chiudere il panorama delle pronunce in tema di vizi della cosa venduta, sotto il profilo processuale, Sez. 2, n. 24726/2017, Picaroni, Rv. 645802-01 ha chiarito che il giudizio sulla conoscibilità del vizio costituisce un apprezzamento di fatto rimesso al giudice di merito, censurabile in sede di legittimità solo per limiti della motivazione, ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., e, cioè, nel regime anteriore alla novella di cui al d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con modif. in l. 7 agosto 2012, n. 134, per inadeguatezza della stessa ovvero, a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. cit., per omesso esame di un fatto decisivo ed oggetto di discussione tra le parti.

Sul versante sostanziale Sez. 2, n. 22363/2017, D'Ascola, Rv. 645556-01, ha precisato il contenuto della garanzia prevista dall'art. 1489 c.c. nella vendita di cosa gravata da onere reale, chiarendo che la responsabilità del venditore deve essere esclusa solamente nel caso in cui il compratore abbia avuto un'effettiva conoscenza del peso gravante sulla cosa, oppure si tratti di onere apparente ovvero trascritto o espressamente menzionato nell'atto di trasferimento dell'immobile al terzo, non essendo a tal fine sufficiente una clausola generica o di mero stile.

18.2. Concorso di azione contrattuale ed extracontrattuale. In tema di concorso di diverse azioni è stato precisato da Sez. 3, n. 16654/2017, Cirillo F.M., Rv. 644820-01, che

è ammissibile il concorso della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale in ipotesi di inesatto adempimento, o di inadempimento del venditore, ma solamente quando il pregiudizio arrecato al compratore abbia leso interessi di quest'ultimo che siano sorti al di fuori del contratto ed abbiano la consistenza di diritti assoluti.

Sul medesimo versante si ricorda anche Sez. 2, n. 18610/2017, Proto, Rv. 644988-01, secondo cui, nella vendita a catena di beni di consumo, all'acquirente spettano, ai sensi dell'art. 131 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, l'azione contrattuale, esperibile esclusivamente nei confronti del diretto venditore, per l'ipotesi di difetto di conformità del bene, nonché quella extracontrattuale contro il produttore, per il danno sofferto in dipendenza dei vizi che rendono la cosa pericolosa. L'eventuale prestazione volontaria, da parte del produttore, di una garanzia convenzionale, ai sensi dell'art. 133 del citato d.lgs., non determina una deroga a tali principi, con la conseguenza che il cliente finale (consumatore) non può agire direttamente verso uno qualsiasi dei soggetti della catena distributiva, ma deve necessariamente rivolgersi al suo immediato venditore (venditore finale), ultimo anello della detta catena e suo dante causa.

18.3. Vendite immobiliari. Sul tema delle vendite di immobili si richiama, Sez. 2, n. 16411/2017, Dongiacomo, Rv. 644771-01, secondo cui la sostituzione automatica della clausola che riserva al venditore la proprietà esclusiva dell'area destinata a parcheggio ai sensi dell'art. 41-sexies della legge 17 agosto 1942 n. 1150, come introdotto dall'art. 18 della l. 6 agosto 1967, n. 765, con la norma imperativa che sancisce il proporzionale trasferimento del diritto d'uso a favore dell'acquirente di unità immobiliari comprese nell'edificio, attribuisce al venditore, ad integrazione dell'originario prezzo della compravendita, il diritto al corrispettivo del diritto d'uso sull'area medesima. Detto corrispettivo, in difetto di pattuizione tra le parti, va determinato in base al prezzo di mercato, presumendosene la coincidenza con il prezzo normalmente praticato dall'alienante, cui occorre in tal caso riferirsi ex art. 1474, comma 1, c.c.

Con riguardo ancora al momento della conclusione del contratto Sez. 2, n. 28762/2017, Scarpa, in corso di massimazione, ha effettuato una significativa precisazione. In particolare, il patto di opzione di compravendita immobiliare impone l'accordo delle parti sugli elementi essenziali del futuro contratto, ai fini della sua validità, affinché l'accettazione possa saldarsi con la proposta irrevocabile determinando la conclusione del contratto, in forza della forma

scritta richiesta *ad substantiam* dagli artt. 1350 e 1351 c.c. La S.C. ha posto, tuttavia, come condizione la necessità che dal documento risulti, anche attraverso il riferimento ad elementi esterni, ma idonei a consentire l'identificazione dell'immobile in modo inequivoco, se non l'indicazione dei dati catastali o delle mappe censuarie e dei confini, quantomeno che le parti abbiano inteso fare riferimento ad un bene determinato o comunque logicamente determinabile.

Con riguardo alla vendita di immobili destinati ad uso abitazione Sez. 2, n. 29090/2017, Oricchio A., in corso di massimazione, ha precisato che grava sul venditore l'obbligo di dotare il bene di licenza di abitabilità, per consentire la realizzazione della funzione economico sociale del negozio. La mancata consegna della licenza, sebbene non comporti necessariamente la risoluzione del contratto per inadempimento, può in ogni caso essere fonte di un danno risarcibile.

Un'importante distinzione è stata effettuata da Sez. 2, n. 27916/2017, Cortesi, in corso di massimazione, sotto il profilo del rimedio utilizzabile, in ipotesi la falsa rappresentazione della realtà circa la potenzialità edificatoria di un terreno. Viene, in particolare, integrata l'ipotesi normativa dell'errore di fatto su una qualità dell'oggetto, ove le parti abbiano concluso il contratto ignorando la vera natura del bene. Nel caso in cui, invece, sia stata garantita la destinazione edificatoria del suolo, la fattispecie può essere ricondotta nell'ambito della garanzia prevista dall'art. 1489 c.c. in materia di cosa gravata da oneri non apparenti. Le eventuali diverse determinazioni delle competenti autorità in materia urbanistica possono poi determinare, in applicazione dell'istituto della presupposizione, la risoluzione del contratto di compravendita di un immobile che le parti abbiano concluso nel comune presupposto della sua edificabilità, sempreché tale fatto non abbia costituito oggetto di espressa regolamentazione. In nessun caso sono applicabili alla fattispecie gli artt. 1490 e 1492 c.c., relativi ai vizi redibitori, che attengono esclusivamente alla materialità del bene venduto.

Con riguardo alla compravendita di area edificabile inclusa nell'ambito territoriale "zona FAG agroturistica", con espressa assunzione, ad opera del venditore, delle garanzie ex artt. 1470-1497 c.c., Sez. 2, n. 28228/2017, Giusti, in corso di massimazione, ha fatto una chiara precisazione. La previa adozione di un piano particolareggiato di iniziativa pubblica o privata non rappresenta un onere o un vincolo di inedificabilità imposto al fondo in forza di uno specifico provvedimento amministrativo avente carattere particolare, come tale, conoscibile dal solo proprietario-venditore, quanto,

piuttosto, la condizione per l'edificabilità dell'area stessa, derivante dalle caratteristiche urbanistiche della zona in cui essa è compresa, secondo la disciplina di pianificazione territoriale. Ne consegue che tale condizione rientra anche nella conoscibilità della parte acquirente la quale, nel caso di mancata adozione di detto piano, non può pertanto invocare la disciplina dell'evizione qualitativa ex art. 1489 c.c., né quella per vizio della cosa venduta o della mancanza delle qualità promesse.

Sul medesimo profilo dei limiti della responsabilità dell'alienante, Sez. 2, n. 24343/2017, Dongiacomo, Rv. 645864-01, ha precisato che, in caso di vendita di un bene appartenente a un edificio condominiale di risalente costruzione, i difetti materiali conseguenti al concreto ed accertato stato di vetustà, ovvero al tempo di realizzazione delle tecniche costruttive utilizzate, non integrano un vizio rilevante ai fini previsti dall'art. 1490 c.c., essendo la garanzia in esame esclusa tutte le volte in cui, a norma dell'art. 1491 c.c., il vizio era facilmente riconoscibile, salvo che, in quest'ultimo caso, il venditore abbia dichiarato che la cosa era immune da vizi.

Sotto l'aspetto processuale, Sez. 2, n. 23541/2017, Cosentino, Rv. 645580-01, è rilevabile d'ufficio, nonché deducibile da chiunque vi abbia interesse la nullità da cui sono affetti, ex art. 40, comma 2, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, gli atti di trasferimento di edifici privi dell'indicazione degli estremi della licenza o concessione *ad aedificandum*, eventualmente anche rilasciata in sanatoria, ovvero, in mancanza, dell'allegazione della domanda di sanatoria corredata dalla prova dell'avvenuto pagamento delle prime due rate dell'oblazione edilizia, ha carattere assoluto.

CAPITOLO XII

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. La gestione di affari altrui – 2. La ripetizione di indebito – 3. L'ingiustificato arricchimento.

1. La gestione di affari altrui. In tema di gestione di affari altrui, Sez. 6-3, n. 02944/2017, Olivieri, Rv. 642745-01, ha affermato che il requisito della *absentia domini* non consiste, con riferimento alla P.A., in una semplice carenza di *prohibitio*, ostandovi la posizione costituzionale della stessa, la cui organizzazione è coperta da riserva di legge e l'operato della quale è soggetto al principio dell'evidenza pubblica.

Con riguardo ai collegamenti fra l'istituto in esame ed il diritto di famiglia, Sez. 6-1, n. 06819/2017, Genovese, Rv. 643650-01, ha ribadito che il coniuge che abbia integralmente adempiuto l'obbligo di mantenimento dei figli pure per la quota facente carico all'altro è legittimato ad agire *iure proprio* nei confronti dell'altro genitore per il rimborso anche per il periodo anteriore alla domanda, atteso che l'obbligo di mantenimento dei figli sorge per effetto della filiazione e che, nell'indicato comportamento del genitore adempiente, è ravvisabile un caso di gestione di affari produttiva, a carico dell'altro genitore, degli effetti di cui all'art. 2031 c.c.

2. La ripetizione di indebito. In tema di contributi pubblici, Sez. 6-1, n. 23603/2017, Lamorgese, Rv. 646042-01, ha confermato che, qualora il difetto della *causa solvendi* sopravvenga all'erogazione, il diritto dell'amministrazione alla restituzione non può sorgere all'epoca della percezione da parte del privato, ma solo al tempo della revoca quando, a seguito della scoperta e dell'accertamento dell'illegittimità dell'erogazione, l'indebito si è concretizzato, con la conseguenza che il termine decennale di prescrizione dell'azione di ripetizione decorre da tale ultimo momento.

In materia di pubblico impiego privatizzato, Sez. L, n. 04323/2017, Tricomi, Rv. 643096-01, ha ribadito che, in presenza di domanda di ripetizione dell'indebito proposta da un'amministrazione nei confronti di un proprio dipendente, in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione, qualora risulti accertato che l'erogazione è avvenuta *sine titulo*, la ripetibilità delle somme non può

essere esclusa ex art. 2033 c.c. per la buona fede dell'*accipiens*, poiché questa norma riguarda, sotto il profilo soggettivo, soltanto la restituzione dei frutti e degli interessi.

Secondo Sez. 2, n. 06575/2017, Lombardo, Rv. 643371-01, l'efficacia retroattiva della risoluzione per inadempimento di un contratto preliminare fa sorgere, a carico di ciascun contraente, l'obbligo di restituire le prestazioni ricevute, rimaste prive di causa, in base ai principi sulla ripetizione dell'indebitum ex art. 2033 c.c. e, pertanto, implica che il promissario acquirente che abbia ottenuto la consegna e la detenzione anticipate del bene promesso in vendita debba non solo restituirlo al promittente alienante, ma, altresì, corrispondere a quest'ultimo i frutti per l'anticipato godimento dello stesso.

Sez. 2, n. 14013/2017, Scarpa, Rv. 644476-01, ha affermato che, ove sia acclarata la mancanza di una *causa acquirendi* – tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra situazione che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di ciò che è stato prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebitum oggettivo.

In tema di indebitum previdenziale, Sez. 6-L, n. 18551/2017, Ghinoy, Rv. 645144-01, ha precisato che l'obbligo dell'INPS di procedere annualmente alla verifica dei redditi dei pensionati, quale condizione per la ripetizione, è rimasto immutato nonostante le modifiche alle modalità di comunicazione dei dati reddituali apportate da ultimo dall'art. 13, comma 6, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modif. in l. 30 luglio 2010, n. 122.

In tema di spese processuali, Sez. 3, n. 30658/2017, Frasca, in corso di massimazione, ha confermato che le regole della soccombenza e della causalità della lite prevalgono, come norme speciali attinenti al processo, su quella generale dell'art. 2033 c.c. concernente gli interessi. Pertanto, in relazione al principio dell'integrale ripristino dell'equilibrio patrimoniale violato dalla decisione rivelatasi ingiusta, gli interessi sulle somme delle quali il giudice, anche di rinvio, dopo la sentenza di annullamento della cassazione, abbia disposto la restituzione, quali spese di soccombenza relative ai precedenti gradi di giudizio erogate alla parte allora vittoriosa, sono dovuti con decorrenza non dalla domanda giudiziale, ma dall'esborso.

Infine, Sez. 2, n. 28381/2017, Oricchio, in corso di massimazione, ha chiarito che, nei contratti a prestazioni

corrispettive, la pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, facendo venir meno la causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali già eseguite, comporta l'insorgenza, a carico di ciascun contraente, dell'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento, con la conseguenza che la risoluzione di un contratto preliminare di vendita per inadempimento del promittente venditore determina l'obbligo del promissario acquirente di corrispondere l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene negoziato che gli sia stato consegnato anticipatamente per il tempo compreso tra la consegna e la restituzione del medesimo.

2. L'ingiustificato arricchimento. Sez. 1, n. 00080/2017, Campanile, Rv. 643017-01, ha affermato che il funzionario pubblico il quale abbia attivato un impegno di spesa per l'ente locale senza l'osservanza dei controlli contabili relativi alla gestione dello stesso, vale a dire al di fuori dello schema procedimentale previsto dalle norme cd. di evidenza pubblica, risponde degli effetti di tale attività di spesa verso il terzo contraente. Quest'ultimo, quindi, è tenuto ad agire direttamente e personalmente nei suoi confronti e non già in danno dell'ente poiché è preclusa l'azione di ingiustificato arricchimento per carenza del necessario requisito della sussidiarietà, essendovi altra azione esperibile, pur se verso persona non coincidente con l'arricchito. Inoltre, è stata esclusa una responsabilità dell'ente ex art. 28 Cost. in quanto tale norma presuppone che l'attività del funzionario sia riferibile all'ente medesimo, mentre la violazione delle regole contabili determina una frattura del rapporto di immedesimazione organica con la P.A.

Secondo Sez. 2, n. 20528/2017, Sabato, Rv. 645234-01, al condomino cui non sia riconosciuto il diritto al rimborso delle spese sostenute per la gestione delle parti comuni per carenza dell'urgenza richiesta dall'art. 1134 c.c. non spetta neppure l'azione sussidiaria di arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c. Ciò perché tale azione non può essere esperita in presenza di un divieto legale di esercitare azioni tipiche in assenza dei relativi presupposti e tenuto conto che, se la spesa non è urgente, ma necessaria, il condomino interessato può agire perché sia sostenuta ai sensi del combinato disposto degli artt. 1133, 1137 e 1105 c.c.

In tema di riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito, Sez. 1, n. 15937/2017, Campanile, Rv. 644667-02, ha confermato che tale riconoscimento non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, sicché il depauperato che agisca in base all'art. 2041

c.c. nei confronti della P.A. ha solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso. Ha chiarito, altresì, che le esigenze di tutela delle finanze pubbliche e la considerazione delle dimensioni e della complessità dell'articolazione interna della P.A. possono trovare adeguata tutela nel principio di diritto comune del cd. "arricchimento imposto" poiché l'Amministrazione pubblica può sempre eccepire e provare che l'indennizzo non è dovuto laddove l'arricchito abbia rifiutato l'arricchimento ovvero non abbia potuto rifiutarlo perché inconsapevole dell'*eventum utilitatis*.

Con riguardo a prestazioni professionali rese in favore di un ente locale, Sez. 3, n. 12608/2017, Pellicchia, Rv. 644400-01, ha precisato che, ove queste siano state fornite in mancanza di una formale delibera di assunzione di impegno contabile ex art. 191 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, il rapporto obbligatorio sorge direttamente con l'amministratore o il funzionario che abbia consentito la prestazione, non risultando esperibile nei confronti dell'ente l'azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. per difetto del requisito della sussidiarietà, salvo che esso non riconosca *a posteriori* il debito fuori bilancio, ai sensi dell'art. 194 del d.lgs. predetto.

Sez. 1, n. 11446/2017, Salvago, Rv. 644074-02, ha affermato che, nell'ipotesi di nullità del contratto di appalto di un'opera pubblica, l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'appaltatore corrispondente, in concreto, ai costi effettivamente affrontati per la sua costruzione, non potendovi rientrare l'utile d'impresa, né ogni altra posta volta a garantire quanto l'appaltatore stesso si riprometteva di ricavare dall'esecuzione di un valido contratto di appalto.

Con riferimento ai poteri di accertamento del giudice adito, Sez. 6-1, n. 26199/2017, De Chiara, in corso di massimazione, ha ribadito che l'azione generale di arricchimento ingiustificato, avendo natura sussidiaria, può essere esercitata solo quando manchi un titolo specifico sul quale fondare un diritto di credito, con la conseguenza che il giudice, anche d'ufficio, deve verificare che non vi sia altra specifica azione per le restituzioni ovvero per l'indennizzo del pregiudizio subito esperibile contro lo stesso arricchito o dei soggetti terzi.

Inoltre, Sez. 3, n. 02350/2017, Vincenti, Rv. 642718-01, ha confermato che la proponibilità dell'azione generale di indebito arricchimento, in relazione al requisito di sussidiarietà di cui all'art.

2042 c.c., postula che non sia prevista nell'ordinamento giuridico altra azione tipica a tutela di colui che lamenti il depauperamento, ovvero che la domanda sia stata respinta sotto il profilo della carenza *ab origine* dell'azione proposta per difetto del titolo posto a suo fondamento.

Peraltro, con una pronuncia di rilievo sistematico, Sez. 1, n. 27827/2017, Campanile, in corso di massimazione, ha evidenziato che presupposto per proporre l'azione di ingiustificato arricchimento è la mancanza di una azione tipica, tale dovendo intendersi non ogni iniziativa processuale ipoteticamente esperibile, ma esclusivamente quella che deriva da un contratto o che sia prevista dalla legge con riferimento ad una fattispecie determinata. Ne consegue l'ammissibilità della domanda proposta ai sensi dell'art. 2041 c.c. qualora l'azione, teoricamente spettante all'impovertito, sia prevista da clausole generali, come quella di cui all'art. 2043 c.c. sull'illecito aquiliano.

Per Sez. 3, n. 27891/2017, Dell'Utri, in corso di massimazione, l'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., avendo uno scopo di equità, può essere proposta anche nel caso di arricchimento indiretto, quando lo stesso sia stato realizzato dalla P.A. in conseguenza della prestazione resa dall'impovertito ad un ente pubblico.

Secondo Sez. 2, n. 04844/2017, Orilia, Rv. 643057-01, la sentenza che accoglie la domanda di revisione o modifica dei valori proporzionali di piano nei casi previsti dall'art. 69 disp. att. c.c., avendo natura costitutiva, non ha efficacia retroattiva e non consente, pertanto, di ricalcolare la ripartizione delle spese pregresse tra i condomini ai quali, invece, va riconosciuta la possibilità di esperire l'azione di indebito arricchimento ex art. 2041 c.c.

Sez. 2, n. 02936/2017, Scarpa, Rv. 643032-01, ha chiarito che il giudicato sulla domanda ex art. 2932 c.c. non preclude l'esercizio di una futura azione contrattuale per chiedere il pagamento di un credito del venditore ancora non esigibile al momento della formazione del giudicato medesimo, né impedisce che detta voce di credito sia azionata a titolo di arricchimento senza causa.

Per ciò che concerne i profili processuali della materia, Sez. 1, n. 29114/2017, Lamorgese, in corso di massimazione, ha affermato che il principio in base a cui l'azione di arricchimento senza causa è proponibile soltanto quando il danneggiato non possa esercitare altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito si applica anche ove il diritto all'indennizzo sia fatto valere non in via di azione, ma di eccezione riconvenzionale, al solo scopo di paralizzare la domanda dell'attore.

Infine, Sez. 6-1, n. 00351/2017, Lamorgese, Rv. 642780-01, ha specificato che ove, per lo svolgimento di un'attività professionale, debba essere riconosciuto un indennizzo per arricchimento senza causa ai sensi dell'art. 2041 c.c., la quantificazione dell'indennizzo medesimo può essere effettuata utilizzando la tariffa professionale come parametro di valutazione, per desumere il risparmio conseguito dalla P.A. committente rispetto alla spesa cui essa sarebbe andata incontro nel caso di incarico professionale contrattualmente valido.

CAPITOLO XIII

LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

(DI GIOVANNI ARMONE E PAOLA D'OVIDIO)*

SOMMARIO: 1. L'art. 2043 c.c. in generale. – 2. Il danno ingiusto. – 3. La colpa. – 4. Il concorso di colpa del danneggiato. – 5. Il nesso di causalità. – 6. L'imputabilità del fatto illecito. – 7. La responsabilità solidale – 8. Il risarcimento in forma specifica. – 9. La responsabilità precontrattuale. – 10. Il danno non patrimoniale. - 10.1. Il danno alla salute. – 10.2. Il danno da perdita del rapporto parentale. – 10.3. Il danno da lesione dell'altrui reputazione. – 11. Il danno ambientale. – 12. Il danno patrimoniale. - 12.1. Il danno patrimoniale futuro. – 13. La liquidazione del danno non patrimoniale. – 13.1. La liquidazione in via equitativa: casistica. – 13.2. La liquidazione del danno biologico. – 13.3. Parametri di quantificazione del danno: Tabelle di Milano. – 14. Le responsabilità presunte. – 14.1. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.). – 14.2. Attività pericolose (art. 2050 c.c.). – 14.3. Cose in custodia (art. 2051 c.c.). – 14.4. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.). – 14.5. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.).

1. L'art. 2043 c.c. in generale. Pur in un sistema caratterizzato dalla tendenziale atipicità dell'illecito aquiliano, lo spazio applicativo dell'art. 2043 c.c. richiede un'analisi costante e puntuale. È infatti necessario distinguere le ipotesi riconducibili al paradigma generale della responsabilità extracontrattuale sia da quelle dotate di un regime speciale, sia da quelle ad esso invece estranee, vuoi perché appannaggio di altre forme di responsabilità, vuoi perché prive dei connotati dell'illiceità.

In tale ottica, nel corso del 2017, meritano menzione le seguenti sentenze.

Sez. 3, n. 24289/2017, D'Arrigo, Rv. 645836-01, che si è pronunciata sulle vie percorribili dalle articolazioni del SSN per ottenere il ristoro dei danni derivanti da prestazioni sanitarie rese in favore del danneggiato da un fatto illecito altrui. Secondo la S.C., l'azienda sanitaria non può agire nei confronti del responsabile né in rivalsa né in surrogazione, atteso che, dopo l'introduzione del principio di gratuità delle prestazioni medesime e la fiscalizzazione del relativo finanziamento, per un verso non è più riconoscibile al SSN la qualifica di assicuratore sociale, mentre, per altro verso, non esiste un diritto del danneggiato nel quale l'ente possa surrogarsi. Al fine di recuperare i costi delle prestazioni, l'ASL è peraltro legittimata ad esperire nei confronti del responsabile l'azione ex art. 2043 c.c.,

* Giovanni Arnone ha redatto i par. da 1 a 9 e 14, Paola D'Ovidio ha redatto i par. da 10 a 13.

stante l'obbligo dell'autore dell'illecito di risarcire tutte le conseguenze dirette dello stesso, compresi i costi sostenuti dal SSN per le cure mediche e l'assistenza sanitaria. Tale legittimazione viene meno, peraltro, con riguardo alle prestazioni erogate alle vittime di sinistri derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per il cui finanziamento è previsto, ai sensi dell'art. 334, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, un contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile, che la legge espressamente dichiara "sostitutivo" delle azioni spettanti alle regioni e agli enti che erogano prestazioni a carico del SSN.

Di notevole importanza è anche Sez. 3, n. 00258/2017, Barreca, Rv. 642354-01 con cui la S.C. si è pronunciata sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio di funzioni giudiziarie: l'azione di responsabilità fondata su una decisione di ultima istanza asseritamente contrastante con il diritto dell'Unione europea, ove esperita anteriormente all'entrata in vigore della l. 27 febbraio 2015, n. 18, è soggetta al rito speciale previsto dalla l. 13 aprile 1988, n. 117, nel testo originario, il quale è l'unico applicabile a tutte le azioni risarcitorie per i danni suddetti, senza che residuino ipotesi di applicabilità del rito ordinario ex art. 2043 c.c.; peraltro, la scelta del legislatore nazionale di assoggettare l'azione ad un rito processuale speciale non è incompatibile con il diritto dell'Unione, ed in particolare con i principi di equivalenza ed effettività della tutela, atteso che né l'uno né l'altro sono compromessi dalle norme processuali vigenti prima della modifica normativa introdotta dalla citata legge del 2015.

In due occasioni, poi, la giurisprudenza di legittimità si è soffermata sulle interferenze esistenti tra l'art. 2043 e la responsabilità processuale aggravata.

In termini generali, Sez. 6-3, n. 12029/2017, Tatangelo, Rv. 644286-01 e Sez. 3, n. 26515/2017, Rubino, in corso di massimazione, hanno ribadito che l'art. 96 c.p.c. si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 2043 c.c., sicché la responsabilità processuale aggravata, pur rientrando nella generale responsabilità per fatti illeciti, ricade interamente, in tutte le sue ipotesi, sotto la disciplina del citato art. 96 c.p.c., senza che sia configurabile un concorso, anche alternativo, tra le due fattispecie. È perciò inammissibile la proposizione di un autonomo giudizio di risarcimento per i danni asseritamente derivati da una condotta di carattere processuale, i quali devono essere chiesti esclusivamente nel relativo giudizio di merito.

Tuttavia, Sez. 3, n. 05037/2017, Barreca, Rv. 643141-01, ha specificato che non ogni illecito che si verifichi nel processo può essere ricondotto alla responsabilità processuale aggravata: così, nell'espropriazione presso terzo, qualora la dichiarazione da questi resa, ai sensi dell'art. 547 c.p.c., risulti, in esito al successivo giudizio di accertamento contemplato dall'art. 549 c.p.c., reticente od elusiva, sì da favorire il debitore ed arrecare pregiudizio al creditore istante, a carico di detto terzo deve ritenersi configurabile non la responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. (dato che egli, al momento di quella dichiarazione, non ha ancora la qualità di parte), ma, con riguardo al dovere di collaborazione nell'interesse della giustizia che al terzo incombe quale ausiliario del giudice, la responsabilità per illecito aquiliano, a norma dell'art. 2043 c.c., in relazione alla lesione del credito altrui per il ritardo nel conseguimento del suo soddisfacimento provocato con quel comportamento doloso o colposo.

Sul versante lavoristico, Sez. L, n. 13940/2017, Tricomi, Rv. 644535-01, ha riconosciuto uno spazio di operatività all'art. 2043 nell'ipotesi di tardiva assunzione con retrodatazione giuridica dovuta a provvedimento illegittimo della P.A.: in tale caso, mentre non sussiste il diritto del lavoratore al pagamento delle retribuzioni relative al periodo di mancato impiego, né, a tal fine, assume rilevanza l'eventuale messa in mora volta ad ottenere la costituzione del rapporto, in quanto tali voci presuppongono l'avvenuto perfezionamento del rapporto di lavoro e dunque non può venire in rilievo la responsabilità contrattuale, il lavoratore può, invece, agire o a titolo di responsabilità extracontrattuale, allegando quale danno ingiusto tutti i pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali conseguenti alla violazione del diritto all'assunzione tempestiva (quali le spese sostenute in vista del futuro lavoro, le conseguenze psicologiche dipese dall'ingiusta condizione transitoria di assenza di occupazione e gli esborsi effettuati per intraprendere altre attività lavorative), oppure ex art. 2126 c.c., in presenza delle relative condizioni.

2. Il danno ingiusto. Sul versante dell'ingiustizia del danno, la S.C., nel ribadire la risarcibilità degli interessi legittimi, ha delineato un'importante distinzione ai fini dell'elemento soggettivo della responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica.

Ci si riferisce a Sez. 1, n. 12991/2017, Lamorgese, Rv. 644318-01, secondo la quale, in caso di illecito risarcitorio attribuibile al comportamento della P.A., l'onere di provare la colpa di quest'ultima si configura solo in caso di lesione degli interessi pretensivi puri e non

anche nell'ipotesi di lesione degli interessi oppositivi e di quelli pretensivi caratterizzati da un giustificato e legittimo affidamento del privato nel successivo sviluppo dell'attività amministrativa.

Due interessanti pronunce si registrano poi in tema di (asserita) violazione del diritto alla libertà religiosa.

Sez. 1, n. 09561/2017, Campanile, Rv. 643729-01, ha escluso che possa dar luogo a un danno ingiusto risarcibile la condotta emarginativa tenuta dagli associati ad una certa congregazione religiosa (nella specie, Testimoni di Geova), nei confronti di colui che da tale congregazione sia receduto. In un'ottica di bilanciamento di diritti, poi, Sez. 1, n. 07468/2017, Sambito, Rv. 644823-01, ha invece escluso che l'organizzazione di un singolo spettacolo artistico possa, di per sé sola, costituire violazione del personale sentimento religioso di un unico cittadino ed essere sanzionata dall'ordinamento con il riconoscimento di un credito risarcitorio, non solo perché è, all'evidenza, insussistente un collegamento oggettivo tra la prima ed il secondo, ma anche perché non è ravvisabile il requisito del danno ingiusto, essendo la programmazione di una manifestazione artistica espressione di una libertà garantita dalla Costituzione.

3. La colpa. La responsabilità aquiliana è fondata anzitutto sulla colpa del danneggiante, che può consistere, come ricorda Sez. 3, n. 10916/2017, Rossetti, Rv. 644015-01, sia nell'inosservanza di specifiche norme prescrittive (colpa specifica), sia nella violazione delle regole generali di prudenza e di perizia (colpa generica); ciò vale anche nell'ipotesi di responsabilità civile della P.A. per la manutenzione di una strada, restando irrilevante la circostanza che l'adozione di specifiche misure di sicurezza non sia prevista da alcuna norma astrattamente riferibile ad una determinata strada. Parimenti, secondo Sez. 6-3, n. 03216/2017, Rossetti, Rv. 642752-01, è in colpa la P.A. che non provveda alla manutenzione o messa in sicurezza delle aree, anche di proprietà privata, latitanti le pubbliche vie, quando da esse possa derivare pericolo per gli utenti delle strade, né ad inibirne l'uso generalizzato.

4. Il concorso di colpa del danneggiato. Nel corso del 2017, la casistica giurisprudenziale in tema di concorso di colpa del danneggiato nell'ambito della responsabilità da fatto illecito si è ulteriormente arricchita.

Rispetto alla disciplina del comma 1 dell'art. 1227 c.c., meritano di essere menzionate anzitutto le pronunce che hanno

chiarito a quali condizioni il comportamento colposo del danneggiato può assurgere a causa efficiente esclusiva del danno.

L'ambito dove tale giurisprudenza si forma con maggiore frequenza è quello dei danni subiti dagli utenti delle strade pubbliche.

Così, Sez. 3, n. 00260/2017, Scoditti, Rv. 642355-01, ha chiarito che il giudice, nell'accertare la responsabilità nella verifica dell'evento dannoso, non può limitarsi a valutare la condotta del conducente sotto il profilo della prevedibilità del pericolo, ma deve al contempo valutare l'eventuale efficacia causale, anche concorrente, che abbia assunto la condotta omissiva colposa dell'Amministrazione nella produzione del sinistro.

Non diversamente si è espressa Sez. 3, n. 18753/2017, Moscarini, Rv. 645371-01: dopo aver confermato il principio secondo cui, ai sensi dell'art. 41, c.p., il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva efficienza causale di una di esse, ha precisato che il comportamento del danneggiato può assumere tale efficienza e integrare così il caso fortuito solo qualora si accerti che il comportamento del danneggiante non ha avuto alcuna incidenza sul verificarsi del fatto; in particolare, in riferimento al caso in cui una delle cause consista in una omissione, la positiva valutazione sull'esistenza del nesso causale tra omissione ed evento presuppone che si accerti che l'azione omessa, se fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento dannoso ovvero a ridurre le conseguenze, non potendo esserne esclusa l'efficienza soltanto perché sia incerto il suo grado di incidenza causale.

E ancora, Sez. 3, n. 01295/2017, Graziosi, Rv. 642704-01, ha statuito che il fatto colposo del danneggiato, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, comma 1, c.c., deve connettersi causalmente all'evento dannoso, non potendo quest'ultimo essere pretermesso nella ricostruzione della serie causale giuridicamente rilevante, né potendosi collegare direttamente la condotta colposa del danneggiato con il danno da lui patito (il concorso del danneggiato è stato escluso in una fattispecie nella quale questi, deceduto in un sinistro stradale, aveva accettato di farsi trasportare su un'autovettura guidata da un conducente in stato di ebbrezza, ma era stato accertato che la responsabilità causativa del sinistro era da ascrivere integralmente al conducente dell'altro veicolo in esso coinvolto).

Con riferimento invece all'ipotesi di sinistro stradale con effetti mortali, varie sentenze hanno affrontato il tema delle conseguenze

che determina il concorso della condotta colposa della vittima nella produzione dell'evento dannoso sul risarcimento patito *iure proprio* dai congiunti della vittima stessa.

Il quadro che ne è scaturito è il seguente:

Sez. 3, n. 10220/2017, Rossetti, Rv. 643995-01, ha confermato l'indirizzo secondo cui il concorso della condotta colposa della vittima nella produzione dell'evento dannoso determina una riduzione del risarcimento del danno, patrimoniale e non, patito *iure proprio* dai congiunti della vittima stessa, ma non fa sorgere alcuna responsabilità verso di loro in capo alla vittima e, quindi, al suo assicuratore della r.c.a.

Tale affermazione è stata poi approfondita in una duplice direzione. Da un lato, Sez. 3, n. 04208/2017, Scoditti, Rv. 643137-01, ha precisato che il richiamo all'art. 1227 c.c. deve essere inteso non in termini sussuntivi, posto che il congiunto del danneggiato che agisce *iure proprio* non è equiparabile al creditore che ha concorso a cagionare il danno con il proprio fatto colposo (il fatto colposo è del danneggiato, non del congiunto); ciò che trova applicazione è il principio di causalità, di cui l'art. 1227 rappresenta il corollario, in base al quale al danneggiante non può farsi carico di quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile, secondo il paradigma della causalità del diritto civile, la quale conferisce rilevanza alla concausa umana colposa. Dall'altro lato, Sez. 3, n. 09349/2017, De Marchi Albengo, Rv. 643998-01, ha puntualizzato che la irresponsabilità della vittima verso i propri congiunti deriva dal fatto che la lesione del diritto alla vita dolosamente o colposamente cagionata da chi la vita perde non può ritenersi integrare un illecito della vittima nei confronti dei propri parenti, che costituiscono l'altra parte del rapporto parentale, e non discende dunque dall'applicazione della limitazione di cui all'articolo 1227 del codice civile; la norma in esame richiede, per la diminuzione del risarcimento, un fatto colposo del creditore, laddove – per la parte di danno a lui ascrivibile – la vittima creditore non è.

Infine, secondo Sez. 3, n. 06481/2017, Sestini, Rv. 643408-01, va ricollegata alla fattispecie del contributo colposo alla verifica del danno, e non è sufficiente a escludere la responsabilità del conducente, la condotta del trasportato che accetti i rischi della circolazione stradale in difformità rispetto alle normali regole di prudenza e sicurezza, patendone un danno.

A proposito dell'art. 1227, comma 2, c.c. si registra invece un'unica pronuncia di rilievo.

Nell'ipotesi di fatto illecito che causi al danneggiato la perdita definitiva di titoli di credito, Sez. 3, n. 16484/2017, Barreca, Rv. 644955-01, ha affermato che sono risarcibili sia i danni corrispondenti alla perdita di tempo e di energie, nonché agli esborsi astrattamente necessari per espletare le procedure di cui agli artt. 2006, 2016 e 2027 c.c., sia quelli corrispondenti alla perdita delle azioni cartolari, qualora esse non siano in concreto esperibili o non vi sia seria probabilità di conseguire i relativi decreti di ammortamento; a tale ultimo proposito, l'onere di dimostrare la perdita del titolo di credito spetta al danneggiato, ed è prova sufficiente dell'esistenza di tali danni, mentre grava sul danneggiante l'onere di provare che quelli da perdita delle azioni cartolari avrebbero potuto essere evitati dal danneggiato usando l'ordinaria diligenza, ex art. 1227, comma 2, c.c., nell'intraprendere e completare le procedure di ammortamento.

5. Il nesso di causalità. Sul nesso causale, oltre a quanto si è detto nello spazio dedicato al concorso di colpa del danneggiato, vanno segnalate alcune pronunce di portata generale.

Si è già citata Sez. 3, n. 18753/2017, Moscarini, Rv. 645371-01, la quale ha ribadito che il sistema della responsabilità civile continua a ispirarsi al principio della causalità naturale, di matrice penalistica, secondo cui, ai sensi dell'art. 41, c.p., il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva efficienza causale di una di esse.

Ne consegue che secondo Sez. 6-3, n. 27524/2017, Rossetti, in corso di massimazione, qualora la produzione di un evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, l'autore del fatto illecito risponde, in base ai criteri della causalità naturale, di tutti i danni che ne sono derivati, a nulla rilevando che gli stessi siano stati concausati anche da eventi naturali, i quali possono invece rilevare ai fini della stima del danno (causalità giuridica); in particolare, in caso di danno alla salute, qualora il danneggiato risulti affetto da una patologia invalidante pregressa ed irreversibile, il danno risarcibile deve essere determinato considerando sia la differenza tra lo stato di invalidità complessivamente presentato dal danneggiato dopo il fatto illecito e lo stato patologico pregresso, sia la situazione che si sarebbe determinata se non fosse intervenuto il fatto lesivo imputabile.

Sez. 3, n. 22801/2017, Rubino, Rv. 645773-01, ha aggiunto che, in tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso possa apparire riconducibile alla concomitanza di più fattori causali, ognuno di questi deve essere autonomamente apprezzato per determinare in che misura abbia contribuito al verificarsi del danno, sia che abbia operato come concausa, sia che abbia dato luogo ad un autonomo segmento causale provocando soltanto un aggravamento delle conseguenze pregiudizievoli.

Ricorda poi Sez. 6-3, n. 13096/2017, Olivieri, Rv. 644388-01, che l'accertamento del nesso di causalità materiale, in relazione all'operare di più concause ed all'individuazione di quella cd. "prossima di rilievo" nella verifica dell'evento dannoso, forma oggetto di un apprezzamento di fatto del giudice di merito che è sindacabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), c.p.c., sotto il profilo della violazione delle regole di diritto sostanziale recate dagli artt. 40 e 41 c.p. e 1127, comma 1, c.c.

Sullo *standard* di valutazione del nesso causale, Sez. L, 00047/2017, Spena, Rv. 642263-01, ha poi enunciato il seguente principio: in tema di responsabilità civile, applicati nella verifica del nesso causale tra la condotta illecita ed il danno i principi posti dagli artt. 40 e 41 c.p., e fermo restando il diverso regime probatorio tra il processo penale, ove vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", e quello civile, in cui opera la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", lo *standard* di cd. certezza probabilistica in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla cd. probabilità quantitativa della frequenza di un evento, che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato, secondo la cd. probabilità logica, nell'ambito degli elementi di conferma, e, nel contempo, nell'esclusione di quelli alternativi, disponibili in relazione al caso concreto.

6. L'imputabilità del fatto illecito. In tema di imputabilità soggettiva del fatto illecito dannoso, merita menzione Sez. 3, n. 16661/2017, Olivieri, Rv. 644959-01, in cui la S.C. ha stabilito che, in caso di azione risarcitoria per responsabilità extracontrattuale proposta allegando l'imputabilità dell'evento lesivo alla condotta dell'autore dell'illecito, qualificata da dolo o colpa, grava sul danneggiante l'onere di allegare e provare l'esistenza, al momento del fatto illecito, dello stato di incapacità di intendere e di volere previsto dall'art. 2046 c.c., in quanto la imputabilità non integra un elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità aquiliana ma si pone come condizione soggettiva esimente della stessa.

7. La responsabilità solidale. La solidarietà in caso di fatto illecito ascrivibile a più soggetti, disciplinata dall'art. 2055 c.c., costituisce tematica che attraversa orizzontalmente il diritto della responsabilità civile, emergendo a proposito delle ipotesi di responsabilità indiretta, del concorso di colpa del danneggiato, del nesso causale.

Qui è sufficiente riportare le poche pronunce che, nel corso dell'anno in rassegna, si sono soffermate sulle questioni generali, rinviando agli altri §§ l'analisi delle pronunce che hanno incrociato le tematiche più specifiche.

Anzitutto, merita di essere menzionata Sez. 6-3, n. 03626/2017, Barreca, Rv. 642838-01, secondo la quale, in presenza di fatto illecito di cui siano coautrici più persone, ove uno dei condebitori solidali agisca in regresso nei confronti degli altri, l'onere di provare le circostanze idonee a superare la presunzione del pari concorso di colpa, prevista per il caso di dubbio dall'art. 2055, comma 3, c.c., grava, rispettivamente, sull'attore che pretenda il rimborso di una somma superiore alla metà, o sul convenuto che contesti una richiesta pari alla metà, opponendo ad essa la propria totale assenza di colpa, ovvero il grado inferiore di questa.

Per i suoi riflessi sul terreno processuale, va poi citata Sez. 2, n. 22672/2017, Scarpa, Rv. 645562-01, la quale ha escluso che l'esistenza di un vincolo di solidarietà passiva ex art. 2055 c.c. (nella specie, tra appaltatore e progettista) generi un litisconsorzio necessario; il creditore ha titolo per valersi per l'intero nei confronti di ciascuno dei debitori, con conseguente possibilità di scissione, anche in appello, del rapporto processuale, che può utilmente svolgersi nei confronti di uno solo dei coobbligati.

8. Il risarcimento in forma specifica. Il panorama giurisprudenziale del 2017 in tema di risarcimento in forma specifica offre essenzialmente una riconferma di orientamenti consolidati.

Sez. 2, n. 01607/2017, Giusti, Rv. 642472-01, ha ribadito che, atteso il carattere assoluto dei diritti reali, la tutela degli stessi mediante reintegrazione in forma specifica non è soggetta al limite ex art. 2058, comma 2, c.c., salvo che lo stesso titolare danneggiato chieda il risarcimento per equivalente.

Sui rapporti tra la domanda di risarcimento in forma specifica e la domanda di risarcimento per equivalente, Sez. 2, n. 01361/2017, Guido Federico, Rv. 642468-01, ha confermato che la reintegrazione per equivalente rappresenta un surrogato legale della reintegrazione

in forma specifica, con la conseguenza che nella domanda diretta al trasferimento del bene può ritenersi implicita la richiesta volta all'acquisizione del suo equivalente pecuniario. Questo stesso principio implica, sul piano processuale esaminato da Sez. 6-2. n. 12168/2017, Orilia, Rv. 644274-01, che la richiesta di risarcimento del danno per equivalente costituisca mera *emendatio* e non *mutatio* della domanda di risarcimento in forma specifica originariamente proposta.

Sez. 3, n. 27546/2017, Fanticini, in corso di massimazione, ha dato continuità al principio che ravvisa una differenza tra risarcimento per equivalente e riparazione in forma specifica nel fatto che, nel primo caso, la somma dovuta è calcolata sui costi occorrenti per la riparazione, mentre, nel secondo, è riferita alla differenza fra il bene integro (e cioè nel suo stato originario) ed il bene leso o danneggiato.

Va infine segnalata Sez. 2, n. 15846/2017, Scarpa, Rv. 644676-01, che, in applicazione del principio generale per cui la misura del danno risarcibile non deve essere necessariamente contenuta nei limiti di valore del bene danneggiato, ma deve avere per oggetto l'intero pregiudizio subito dal soggetto danneggiato, essendo il risarcimento diretto alla completa *restitutio in integrum* - per equivalente o in forma specifica - del patrimonio leso, ha specificato che, accertata la responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c., il risarcimento del danno riconosciuto al committente per l'eliminazione dei difetti di costruzione dell'immobile ben può essere tale da consentirgli la completa sua ristrutturazione, comportando essa un'obbligazione risarcitoria per equivalente finalizzata al completo ripristino dell'edificio, e non una reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 c.c.

9. La responsabilità precontrattuale. Nel corso dell'anno precedente a quello in rassegna, la S.C. aveva operato una profonda rimediazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale, sottraendolo alla sfera della responsabilità aquiliana e inquadrandolo nella responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato (Sez. 1, n. 14188/2016, Valitutti, Rv. 640485-01, in un caso di danni subiti dal provvisorio aggiudicatario di un appalto pubblico di servizi, il cui contratto non aveva ricevuto l'autorizzazione ministeriale prevista dalla legge).

Nel corso del 2017, tale mutamento d'indirizzo ha trovato conferma in Sez. 1, n. 25644/2017, Valitutti, ancorché in un caso leggermente diverso, in cui il contratto del privato con la P.A. era

divenuto inefficace a séguito dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte dell'organo di controllo.

Tuttavia, Sez. U, n. 10413/2017, Barreca, Rv. 643937-01, ha ribadito che la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'esso è tenuto, ma ciò nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.; in particolare, il recesso dalle trattative è sindacabile, ai sensi dell'art. 1337 c.c., ove l'ente predetto sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto, a prescindere dalle ragioni che abbiano indotto il primo ad interrompere le trattative o a rifiutare la conclusione nel contratto.

Al di là delle problematiche definitorie, di particolare rilievo appare poi Sez. U, n. 16419/2017, Travaglino, Rv. 644799-01, chiamata a occuparsi in sede di regolamento di giurisdizione di un caso in cui era la pubblica amministrazione, in veste di stazione appaltante, a lamentare di aver subito danni precontrattuali dalla condotta del privato; la S.C. ha negato rilievo al disposto dell'art. 133, comma 1, c.p.a. e ha osservato come la vicenda avesse per oggetto una posizione di pieno diritto soggettivo, perfettamente paragonabile alle situazioni in cui è il privato a invocare tutela risarcitoria precontrattuale nei confronti della P.A., situazioni nelle quali non si è mai dubitato della competenza giurisdizionale del giudice ordinario, trattandosi di domanda risarcitoria afferente non alla fase pubblicistica della gara, ma a quella prodromica nella quale si lamenta la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza.

Sempre in sede di riparto di giurisdizione, ma con riferimento al problema della giurisdizione del giudice italiano rispetto a quello straniero, Sez. U, n. 01311/2017, Didone, Rv. 642003-01, si è occupata della causa risarcitoria promossa da un ente pubblico contro alcuni istituti di credito, alcuni dei quali aventi sede all'estero, per aver essi tenuto, nella fase anteriore alla stipulazione di uno strumento finanziario derivato, condotte illecite tali da arrecare grave pregiudizio all'ente stesso. La S.C. ha affermato la giurisdizione del giudice italiano, essendosi l'evento dannoso verificato in Italia: la regola del *locus commissi delicti*, prevista dall'art. 5, n. 3), del Regolamento CE 22 dicembre 2000 n. 44/2001, trova infatti applicazione anche in materia di responsabilità precontrattuale.

10. Il danno non patrimoniale. Riguardo alla liquidazione del danno non patrimoniale, Sez. 3, n. 21939/2017, Dell'Utri, Rv. 645503-01, ha opportunamente indicato le modalità cui deve attenersi il giudice del merito ai fini della c.d. "personalizzazione" del danno forfettariamente individuato (in termini monetari) attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento (e che devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze "ordinarie" inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente subirebbe): in proposito, la citata sentenza ha infatti puntualizzato che spetta al giudice far emergere e valorizzare, dandone espressamente conto in motivazione in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse ad esito del dibattito processuale, le specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze "ordinarie" già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata assicurata dalle previsioni tabellari; queste ultime, precisa la medesima sentenza, si distinguono dalle ulteriori circostanze rilevanti ai fini della "personalizzazione", in quanto legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali, di per sé tali da presentare obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento (in un'ottica che, ovviamente, superi la dimensione "economicistica" dello scambio di prestazioni), meritevoli di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità.

Sulla stessa scia, con specifico riferimento al danno morale, Sez. 3, n. 24075/2017, Olivieri, Rv. 645779-01, ha chiarito che, al di fuori dell'ambito applicativo delle lesioni cd. micropermanenti di cui all'art. 139 del d. lgs. 07 settembre 2005 n. 209, tale tipo di danno costituisce una voce di pregiudizio non patrimoniale, ricollegabile alla violazione di un interesse costituzionalmente tutelato, da tenere distinta dal danno biologico e dal danno nei suoi aspetti dinamico-relazionali, e che è risarcibile autonomamente, ove provato, senza che ciò comporti alcuna duplicazione risarcitoria. Peraltro, prosegue la sentenza citata, il giudice di merito non può limitarsi a liquidare la componente "sofferenza soggettiva" mediante applicazione automatica di una quota proporzionale del valore del danno biologico, né procedere alla riduzione, anche questa automatica, dell'importo corrispondente a quella del danno biologico commisurato alla durata della vita effettiva del danneggiato, ma deve

preliminarmente verificare se e come tale specifica componente sia stata allegata e provata dal soggetto che ha azionato la pretesa risarcitoria, provvedendo successivamente – in caso di esito positivo della verifica – ad adeguare la misura della reintegrazione del danno non patrimoniale, indicando il criterio di "personalizzazione" adottato, che dovrà risultare coerente logicamente con gli elementi circostanziali ritenuti rilevanti a esprimere l'intensità e la durata della sofferenza psichica.

Quanto al danno cd. esistenziale, Sez. 6-3, n. 27229/2017, Scarano, in corso di massimazione, in linea di continuità con il consolidato principio affermato dalle Sez. U nel 2008, ha ribadito che tale voce di danno è integrata esclusivamente in presenza di uno "sconvolgimento esistenziale" e non di un mero "sconvolgimento dell'agenda" o di una perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, e, pertanto, non ricorre a fronte di meri disagi, fastidi, disappunti, ansie, stress o violazioni del diritto alla tranquillità. In virtù di tale principio la S.C. ha quindi confermato la sentenza impugnata, che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno esistenziale lamentato in ragione della situazione di disagio e di ansia correlata al dubbio di aver perso una telefonata importante a causa di disfunzioni presenti sulla linea telefonica.

La peculiare ipotesi di danno non patrimoniale derivante da condotta corruttiva di dipendenti e funzionari comunali è stata oggetto di una interessante pronuncia di Sez. 3, n. 08662/2017, Armano, Rv. 643837-01, che, affermando un principio non rinvenibile in altri precedenti di legittimità, ha tracciato una netta distinzione tra il pregiudizio arrecato alla funzionalità dell'ente pubblico – consistente nella sottrazione di risorse da destinare al perseguimento dei suoi scopi e, più in generale, nella lesione dell'interesse alla legalità, al buon andamento ed alla trasparenza ed imparzialità dell'attività amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost. – ed il danno procurato all'immagine ed alla credibilità dell'ente, determinato dal discredito e dal sentimento di sfiducia verso l'amministrazione per effetto dell'ampia diffusione del fenomeno e della identificazione dell'ente stesso con gli amministratori corrotti. Sulla base di tale distinzione, la citata sentenza ha tratto la coerente conseguenza che il risarcimento di entrambi i pregiudizi non dà luogo ad una doppia liquidazione del medesimo danno non patrimoniale, trattandosi di lesioni di diversi beni giuridici.

Su un piano più generale, Sez. 1, n. 07110/2017, Nappi, Rv. 644822-02, ha chiarito che, ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale quale conseguenza di un reato, il giudice civile deve

procedere all'accertamento *incidenter tantum* dell'esistenza del reato non solo nel suo elemento materiale, ma anche nell'elemento psicologico, negli esatti termini in cui è previsto della legge penale

Sez. 6-3, n. 18327/2017, Cirillo F.M., Rv. 645157-01, si è invece occupata dei pregiudizi derivanti da una minaccia estorsiva, precisando che quest'ultima può cagionare un danno non patrimoniale risarcibile se è idonea a provocare uno stato di paura, sofferenza o turbamento in una persona dotata di normale cultura e forza d'animo, senza che assuma rilievo la specifica capacità di reazione della vittima, giacché si deve escludere che l'ordinamento tuteli la persona in misura diversa a seconda del grado di resistenza che la stessa possiede in presenza di una minaccia, determinando un effetto paradossale in danno dei soggetti più coraggiosi.

In ambito lavoristico, Sez. L., n. 08717/2017, Blasutto, Rv. 643901-01, con specifico riguardo al pubblico impiego contrattualizzato, ha affrontato la tematica del diritto del lavoratore al risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di privazione delle mansioni maggiormente caratterizzanti un incarico dirigenziale: in proposito, la sentenza citata ha affermato che, qualora tale privazione sia avvenuta a seguito di un provvedimento di riorganizzazione aziendale, viene a determinarsi una revoca implicita dell'incarico dirigenziale, sicché costituiscono profili rilevanti, ai fini del diritto al risarcimento, le ragioni dell'illegittimità del provvedimento, le caratteristiche, la durata e la gravità dell'attuato demansionamento, la frustrazione di ragionevoli aspettative di progressione e le eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore di lavoro e comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale.

Con riferimento al danno conseguente ad immissioni illecite, Sez. U., n. 02611/2017, Bianchini, Rv. 642418-01, ha precisato che non osta al risarcimento del danno non patrimoniale l'assenza di un danno biologico documentato, allorché siano stati lesi il diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed il diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, quali diritti costituzionalmente garantiti, nonché tutelati dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la prova del cui pregiudizio può essere fornita anche con presunzioni. In applicazione di tale principio, le Sezioni Unite hanno confermato la decisione di merito, che aveva riconosciuto sussistente una turbativa della vita domestica degli attori, conseguente alle immissioni sonore e luminose provenienti da un palco montato ad un metro di distanza dalla loro abitazione, realizzato per i

festeggiamenti del Santo Patrono e, successivamente, non rimosso per tutto il periodo estivo.

Infine, Sez. 3, n. 12597/2017, Frasca, Rv. 644399-01, ha affrontato il tema della responsabilità per attività medico-chirurgica con specifico riferimento all'ipotesi di un intervento operatorio che – sebbene eseguito in conformità alle *leges artis* e non determinativo di alcun peggioramento della condizione patologica del paziente – non aveva prodotto alcun risultato di tipo terapeutico, e ciò in ragione dell'omessa esecuzione degli interventi preparatori necessari al suo buon esito da parte della struttura sanitaria, nonché di quelli successivi di natura riabilitativa occorrenti al medesimo scopo; ricorrendo tale situazione, si legge nella citata pronuncia, ricorre un inesatto adempimento della struttura per avere dato luogo ad una ingerenza priva di utilità nella sfera psico-fisica del paziente, alla quale consegue un danno di natura non patrimoniale ravvisabile sia nella limitazione del proprio agire, sofferta dal paziente per il tempo occorso per le fasi preparatorie, di esecuzione e postoperatorie dell'intervento, sia nella sofferenza derivante tanto da tale limitazione, quanto dalla successiva percezione della inutilità del trattamento subito.

10.1. Il danno alla salute. Anche nell'anno 2017 la produzione giurisprudenziale si è soffermata sul tema del danno alla salute, esaminando diverse e variegate fattispecie, tra le quali si segnalano interessanti pronunce relative a casi di danni da nascita indesiderata, da vaccinazioni obbligatorie, da somministrazione di emoderivati infetti e da perdita di *chances* di cura, oltre ad alcune pronunce relative ad aspetti processuali, nello specifico concernenti il caso di mutamento della domanda proposta per il risarcimento del danno da colpa medica ovvero la distribuzione dell'onere probatorio in caso di contestazione del paziente circa l'adempimento dell'obbligo informativo da parte del medico.

Con riguardo alla responsabilità medica da nascita indesiderata, peculiare è la fattispecie affrontata da Sez. 3, n. 09251/2017, Scarano, Rv. 643844-01, la quale ha affermato che la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, per far luogo all'interruzione della gravidanza dopo i primi 90 giorni dal suo inizio, sicché, non potendosi legittimamente ricorrere all'aborto, dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale non può derivare un danno risarcibile.

Restando nell'ambito della responsabilità da nascita indesiderata, si segnala anche Sez. 3, n. 00243/2017, Frasca, Rv. 642352-01, che si è occupata di un caso in cui il medico ginecologo, al quale una gestante si era rivolta per accertamenti sull'andamento della gravidanza e sulle condizioni del feto, aveva omesso di prescrivere l'amniocentesi, esame che avrebbe evidenziato la peculiare condizione dello stesso ("sindrome di *down*"): in proposito, la S.C. ha affermato che, avendo la gestante lamentato di aver subito un danno alla propria salute psico-fisica, per aver scoperto la condizione del figlio solo al termine della gravidanza, la perdita della *chance* di conoscere lo stato del feto sin dal momento in cui si era verificato l'inadempimento del medico doveva essere considerata parte del danno ascrivibile a quell'inadempimento, la cui efficacia causale non poteva ritenersi elisa dalla mera circostanza che, due mesi dopo quella prestazione, la gestante aveva rifiutato di sottoporsi ad ulteriori accertamenti prenatali.

In tema di danni da vaccinazione obbligatoria, merita attenzione Sez. 6-L, n. 25119/2017, Ghinoy, in corso di massimazione, la quale ha circostanziato i criteri per la valutazione, ai fini dell'ottenimento dell'indennizzo previsto dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210, dell'esistenza del nesso causale tra la somministrazione vaccinale e il verificarsi del danno alla salute; tale valutazione, si legge nella citata pronuncia, deve avvenire secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio "del più probabile che non", da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica). Applicando tale principio alla specifica ipotesi sottoposta al suo esame, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che, in un caso di vaccinazione antipolio somministrata in epoca molto risalente nel tempo, aveva escluso la ragionevole probabilità scientifica dell'imputazione della poliomelite alla vaccinazione, e ciò in considerazione della bassa incidenza statistica di tale evenienza, attestata dalla c.t.u., omettendo tuttavia di valorizzare gli elementi presuntivi presenti, quali il fatto che la sintomatologia paralitica fosse insorta dopo la somministrazione del vaccino nei tempi previsti dalla scienza, la ritenuta inverosimiglianza del contagio per contatto e la affermata validità degli studi a sostegno delle difficoltà di inattivazione virale durante la prima produzione del vaccino.

Quanto al profilo probatorio, ancora in materia di danni da vaccinazione obbligatoria, Sez. 6-L, n. 24959/2017, Ghinoy, in corso di massimazione, ha precisato che grava sull'interessato l'onere di provare l'effettuazione della somministrazione vaccinale, il verificarsi del danno alla salute e il nesso causale tra la prima e il secondo, da valutarsi secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica. Così, nella fattispecie, a fronte di una sentenza di merito che aveva prestato adesione alle conclusioni del c.t.u., secondo il quale tra la sindrome autistica e le vaccinazioni obbligatorie esiste una mera possibilità di correlazione eziologica, ma non un rilevante grado di probabilità scientifica, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso per avere il ricorrente contestato le conclusioni del consulente senza evidenziarne una palese devianza dalle nozioni correnti della scienza medica, ma esprimendo un mero dissenso diagnostico, tradottosi in una non consentita critica del convincimento del giudice.

Con riferimento ai danni da emotrasfusioni, di particolare interesse è il principio affermato da Sez. 3, n. 12009/2017, Cirillo F.M., Rv. 644396-01, secondo il quale la sentenza di accertamento del diritto all'indennizzo ai sensi della l. n. 210 del 1992, emessa nei confronti del Ministero della salute, non ha efficacia di giudicato nel successivo giudizio di risarcimento del danno promosso contro l'azienda ospedaliera, mancando il necessario presupposto dell'identità delle parti, ma assume valore di indizio, soggetto alla libera valutazione del giudice. Sulla base di tale principio, la S.C. ha quindi confermato la sentenza impugnata, reiettiva della domanda di risarcimento del danno da emoderivati infetti, proposta da un malato di epatite C contro un'azienda ospedaliera, per difetto di prova in ordine al collegamento causale tra l'insorgenza della patologia e le emotrasfusioni avvenute presso quell'ospedale, atteso che il ricorrente era stato anche sottoposto ad un lungo trattamento di dialisi presso altra struttura sanitaria e che la sentenza con cui, in un precedente giudizio, gli era stata riconosciuta l'indennità di cui alla l. n. 210 del 1992, non offriva elementi probatori su tale aspetto.

In una fattispecie in cui era stato chiesto il risarcimento del danno da perdita della possibilità di una vita anche solo di poco più lunga o migliore, che si assumeva conseguente al ritardo nella consegna di un esame diagnostico e, conseguentemente, nell'individuazione tempestiva delle cure appropriate, Sez. 3, n. 26822/2017, Sestini, in corso di massimazione, ha puntualizzato che la *chance*, pur potendo essere costituita dalla perdita di una mera possibilità presente nella sfera giuridica del danneggiato, deve tuttavia essere concreta ed effettiva, non meramente teorica ed ipotetica, e la

sua compromissione, ove dedotta, deve essere provata dall'attore, identificandosi con la prova stessa del danno. In applicazione di tale principio la S.C. ha quindi confermato la sentenza impugnata, la quale aveva respinto la domanda in quanto, in base all'accertamento tecnico espletato nel corso dell'istruttoria, il ritardo lamentato, pur sussistente, era risultato assolutamente ininfluenza sull'evoluzione della patologia (nella specie, di natura tumorale, particolarmente rara ed aggressiva), sicché non vi era stata alcuna menomazione della possibilità di cura, con ciò risultando accertata l'insussistenza sia della *chance* che si assumeva menomata, sia, conseguentemente, del danno denunciato.

Tra le pronunce rilevanti sotto il profilo processuale, merita di essere segnalata Sez. 3, n. 24072/2017, Olivieri, Rv. 645833-01, che ha individuato una ipotesi di novità della domanda nel caso in cui l'attore, avendo chiesto con l'atto di citazione il risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico (e, quindi, per la lesione del diritto alla salute), domandi poi in corso di causa anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento, da parte dello stesso medico, al dovere di informazione necessario per ottenere un consenso informato (inerente al diverso diritto alla autodeterminazione nel sottoporsi al trattamento terapeutico): in tale evenienza, afferma la citata sentenza, si verifica una *mutatio libelli* e non una mera *emendatio*, in quanto nel processo viene introdotto un nuovo tema di indagine e di decisione, che altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza.

Infine, con riferimento alla ripartizione degli oneri probatori in tema di inadempimento degli obblighi informativi gravanti sul medico nei confronti del paziente, Sez. 3, n. 24074/2017, Olivieri, Rv. 645778-01 e 645778-02, ha precisato che la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria costituisce esercizio di un diritto soggettivo del paziente all'autodeterminazione, cui corrisponde, da parte del medico, l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'intervento da eseguire, con la conseguenza che, in caso di contestazione del paziente, grava sul medico l'onere di provare il corretto adempimento dell'obbligo informativo preventivo, mentre, nel caso in cui tale prova non venga fornita, è necessario distinguere, ai fini della valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria proposta dal paziente, l'ipotesi in cui il danno alla salute costituisca esito non attendibile della prestazione tecnica, se correttamente eseguita, da quella in cui, invece, il peggioramento della salute

corrisponda a un esito infausto prevedibile ex *ante* nonostante la corretta esecuzione della prestazione tecnico-sanitaria che si rendeva comunque necessaria: in quest'ultimo caso, ai fini dell'accertamento del danno, graverà sul paziente l'onere della prova, anche tramite presunzioni, che il danno alla salute è dipeso dal fatto che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento.

La medesima sentenza ha altresì chiarito che, in caso di prestazione medico-chirurgica di *routine*, spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate dalla sua responsabilità, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento imprevisto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento; ne consegue che il giudice, al fine di escludere la responsabilità del medico nella suddetta ipotesi, non può limitarsi a rilevare l'accertata insorgenza di "complicanze *intraoperatorie*", ma deve, altresì, verificare la loro eventuale imprevedibilità ed inevitabilità, nonché l'insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l'insorgenza delle predette complicanze, unitamente all'adeguatezza delle tecniche scelte dal chirurgo per porvi rimedio.

10.2. Il danno da perdita del rapporto parentale. In tema di prova di quella particolare voce di danno non patrimoniale consistente nella sofferenza morale patita dal prossimo congiunto di persona lesa in modo non lieve dall'altrui illecito, Sez. n. 17058/2017, Rossetti, Rv. 644964-01, ha affermato che tale danno può essere dimostrato con ricorso alla prova presuntiva, la quale deve essere cercata anche d'ufficio, se la parte abbia dedotto e provato i fatti noti dai quali il giudice, sulla base di un ragionamento logico-deduttivo, può trarre le conseguenze per risalire al fatto ignorato. In applicazione di tale principio, la S.C. ha quindi cassato la sentenza impugnata, avendo quest'ultima ritenuto non provato il danno non patrimoniale patito dal padre della vittima di un incidente stradale, senza però considerare i fatti da quegli dedotti e provati nel corso del giudizio, segnatamente le circostanze che la vittima era minorenni, conviveva con il padre ed aveva subito lesioni personali in conseguenza delle quali era stata ricoverata in ospedale e da cui era derivata un'inabilità permanente di grado pari al 25 per cento ed un periodo di inabilità temporanea assoluta di oltre quattro mesi.

Sez. I, n. 14655/2017, Negri Della Torre, Rv. 645856-01, si è invece occupata del fatto illecito plurioffensivo, sottolineando che in tale ipotesi ciascun danneggiato è titolare di un autonomo diritto

all'integrale risarcimento del pregiudizio subito, comprensivo, pertanto, sia del danno morale che di quello "dinamico-relazionale", con la conseguenza che, in caso di perdita definitiva del rapporto matrimoniale e parentale, ciascuno dei familiari superstiti ha diritto ad una liquidazione comprensiva di tutto il danno non patrimoniale subito, in proporzione alla durata e intensità del vissuto, nonché alla composizione del restante nucleo familiare in grado di prestare assistenza morale e materiale, avuto riguardo all'età della vittima e a quella dei familiari danneggiati, alla personalità individuale di costoro, alla loro capacità di reazione e sopportazione del trauma e ad ogni altra circostanza del caso concreto, da allegare e provare (anche presuntivamente, secondo nozioni di comune esperienza) da parte di chi agisce in giudizio, spettando alla controparte la prova contraria di situazioni che compromettono l'unità, la continuità e l'intensità del rapporto familiare.

Infine, si segnalano due pronunce, entrambe relative al risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ipotesi in cui risulti accertato un concorso della vittima nella produzione dell'evento dannoso, le quali pervengono alla medesima conclusione ma sulla base di motivazioni non propriamente sovrapponibili.

Secondo la citata Sez. 3, n. 04208/2017, Scoditti, Rv. 643137-01, nell'ipotesi di concorso della condotta colposa della vittima di un illecito mortale nella produzione dell'evento, il risarcimento del danno, patito *iure proprio* dai congiunti, deve essere ridotto in misura corrispondente alla percentuale di contributo causale a quell'evento ascrivibile al comportamento colposo del deceduto, non potendosi al danneggiante fare carico di quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile secondo il paradigma della causalità del diritto civile, la quale conferisce rilevanza alla concausa umana colposa.

A sua volta, Sez. 3, n. 09349/2017, De Marchi Albengo, Rv. 643998-01, ha ribadito che il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, patito *iure proprio* dai familiari del deceduto, deve essere ridotto in misura corrispondente alla parte di danno cagionato da quest'ultimo a sé stesso, ma ha anche precisato che ciò deve avvenire non già per effetto dell'applicazione dell'art. 1227, comma 1, c.c., bensì perché la lesione del diritto alla vita colposamente cagionata da chi la vita perde non integra un illecito della vittima nei confronti dei propri congiunti, atteso che la rottura del rapporto parentale ad opera di una delle sue parti non può considerarsi fonte di danno nei confronti dell'altra, costituendo una conseguenza di una condotta non anti-giuridica.

10.3. Il danno da lesione dell'altrui reputazione. In tema di risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, Sez. 3, n. 13153/2017, Barreca, Rv. 644406-01 e 644406-02, ha avuto modo di precisare che la prova del danno non patrimoniale può essere fornita con ricorso al notorio e tramite presunzioni, assumendo, come idonei parametri di riferimento, la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale.

Quanto alla liquidazione di tale danno, afferma inoltre la citata sentenza, essa presuppone una valutazione necessariamente equitativa, la quale non è censurabile per cassazione, sempre che i criteri seguiti siano enunciati in motivazione e non siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l'esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto.

Riguardo all'ipotesi in cui un giornalista, nel narrare un fatto di cronaca vero nei suoi aspetti generali, riferisca una circostanza inesatta, Sez. 3, 11233/2017, Di Amato, Rv. 644194-01, ha statuito che tale fatto non è di per sé produttivo di danno, occorrendo stabilire caso per caso, con giudizio di merito insindacabile in sede di legittimità, ove adeguatamente e logicamente motivato, se la discrasia tra la realtà oggettiva ed i fatti così come esposti nell'articolo abbia effettivamente la capacità di offendere l'altrui reputazione, senza che assuma rilievo quanto successivamente accertato in sede giurisdizionale, atteso che il criterio della verità della notizia deve essere riferito agli sviluppi di indagine ed istruttori quali risultano al momento della pubblicazione dell'articolo. In applicazione di tale principio, nella fattispecie esaminata dalla citata sentenza, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva escluso la rilevanza, ai fini diffamatori, della notizia concernente l'esistenza, a carico del ricorrente, di una accusa di concussione, in luogo di abuso d'ufficio, trattandosi, in entrambi i casi, di gravi reati contro la P.A., idonei a legittimare la misura custodiale, tenuto anche conto che l'abuso era stato contestato con l'aggravante, nella formulazione allora vigente, di aver commesso il fatto per procurare ai soggetti accusati di concussione un ingiusto vantaggio patrimoniale, ciò incrementando il disvalore dell'accusa; tale conclusione, peraltro, non poteva ritenersi incisa dal successivo sviluppo processuale, che aveva portato alla assoluzione del ricorrente.

Riguardo al danno non patrimoniale subito dalle persone giuridiche, infine, Sez. 1, n. 11446/2017, Salvago, Rv. 644074-03, ha puntualizzato che il pregiudizio arrecato ai diritti immateriali della personalità costituzionalmente protetti, ivi compreso quello all'immagine, può essere oggetto di allegazione e di prova anche attraverso l'indicazione degli elementi costitutivi e delle circostanze di fatto da cui desumerne, sebbene in via presuntiva, l'esistenza.

11. Il danno ambientale. Importanti principi, implicanti anche profili di novità, in materia di danno ambientale sono stati affermati da Sez. 3, n. 08662/2017, Armano, Rv. 643837-02, 643837-03 e 643837-04. In particolare, con riferimento alla disciplina applicabile per la definizione di danno ambientale e l'identificazione dell'attività idonea a determinare la responsabilità dell'agente, la sentenza citata ha chiarito che deve farsi riferimento alla normativa vigente al momento in cui si sono verificati i fatti, mentre per i criteri di liquidazione del danno si applica, anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge 6 agosto 2013, n. 97, l'art. 311, comma 3, del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nel testo modificato, da ultimo, dall'art. 25 della l. n. 97 citata, come da espressa previsione normativa.

La sentenza citata, inoltre, ha affermato che la condotta generativa del danno ambientale, come configurata sia dall'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, che dall'art. 311 del d.lgs. n. 152 del 2006, non si identifica necessariamente nella commissione di uno specifico reato a protezione dell'ambiente, potendo la stessa consistere nella violazione di una qualunque prescrizione riferita ad attività umana da cui possa derivare un'alterazione di quest'ultimo, desumibile dall'insieme delle regole dell'ordinamento, tra le quali rientrano sicuramente quelle relative all'illecito aquiliano ed alla responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolose.

La medesima pronuncia, infine, ha statuito che la nozione di danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della l. n. 349 del 1986, così come quella dell'art. 298-bis del d.lgs. n. 152 del 2006, comprende, oltre alla perdita definitiva (distruzione) ed al deterioramento (peggioramento qualitativo) di una risorsa ambientale, anche l'alterazione del bene ambiente, consistente nella modificazione definitiva dell'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio con una visibile modificazione degli assetti precedenti, senza che assuma rilievo la realizzazione di un intervento migliorativo della situazione antecedente.

12. Il danno patrimoniale. In materia di danno patrimoniale, Sez. 2, n. 22201/2017, Grasso Gianluca, Rv. 645554-01, si è occupata del danno da "fermo tecnico" di un'imbarcazione incidentata, giungendo ad affermare il principio secondo cui tale danno non è risarcibile in via equitativa, né può considerarsi *in re ipsa*, quale conseguenza automatica del sinistro e della indisponibilità del natante, avendo la parte l'onere di allegare e provare di aver sostenuto costi (sempre che la durata della riparazione non sia stata talmente breve da renderne irrilevante l'entità) e spese per procurarsi un'imbarcazione sostitutiva e, comunque, elementi idonei a determinare la misura del pregiudizio subito.

Altra fattispecie peculiare è stata esaminata da Sez. 3, n. 22820/2017, Barreca, Rv. 645776-01, con riguardo al caso di un notaio che, chiamato a stipulare un contratto di compravendita immobiliare, aveva omesso di accertarsi dell'esistenza di iscrizioni ipotecarie e di pignoramenti sull'immobile: in tale ipotesi, ha statuito la citata sentenza, il notaio può essere condannato al risarcimento per equivalente commisurato, quanto al danno emergente, all'entità delle somme che gli acquirenti devono corrispondere per soddisfare i creditori e liberare l'immobile dalle formalità pregiudizievoli, al fine di conservarne la proprietà.

12.1. Il danno patrimoniale futuro. Con riferimento alle modalità di liquidazione del danno patrimoniale futuro da perdita della capacità lavorativa specifica, Sez. 3, n. 10499/2017, Chiarini, Rv. 644007-01, ha statuito che tal danno, in applicazione del principio dell'integralità del risarcimento sancito dall'artt. 1223 c.c., deve essere liquidato moltiplicando il reddito perduto per un adeguato coefficiente di capitalizzazione, utilizzando quali termini di raffronto, da un lato, la retribuzione media dell'intera vita lavorativa della categoria di pertinenza, desunta da parametri di rilievo normativi o altrimenti stimata in via equitativa, e, dall'altro, coefficienti di capitalizzazione di maggiore affidamento, in quanto aggiornati e scientificamente corretti, quali, ad esempio, quelli approvati con provvedimenti normativi per la capitalizzazione delle rendite previdenziali o assistenziali oppure quelli elaborati specificamente nella materia del danno aquiliano.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione impugnata, che aveva determinato la quota di reddito perduto da un avvocato, esercente da pochi mesi la professione sulla base dell'imponibile fiscale dichiarato dal danneggiato nell'anno del sinistro, senza considerare il prevedibile progressivo incremento

reddituale che, notoriamente, caratterizza tale attività, ed aveva altresì moltiplicato la detta quota di reddito per il coefficiente di capitalizzazione tratto dalla tabella allegata al r.d. 9 ottobre 1922, n. 1403, da ritenere invece inadeguata in quanto ancorata a dati non più attuali.

In relazione agli interessi di mora dovuti sulle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno futuro, Sez. 6-3, n. 18049/2017, Rossetti, Rv. 645071-01, ha precisato che tali interessi, da calcolarsi sul credito risarcitorio scontato e reso attuale, sono dovuti con decorrenza dalla data del fatto illecito, ai sensi dell'art. 1219 c.c. La S.C., pertanto, ha cassato la sentenza impugnata che, nel quantificare il danno da lucro cessante distinguendo i redditi già perduti dal danneggiato al momento della liquidazione da quelli che sarebbero stati perduti in futuro, dopo aver compensato gli interessi moratori dovuti sui primi con la mancata applicazione dello sconto matematico sui secondi, aveva erroneamente riconosciuto gli interessi sull'intero capitale residuo dalla data della sentenza, anziché sul solo importo dovuto per il lucro cessante futuro, in quanto non oggetto della disposta compensazione, e, spettanti, comunque, con decorrenza, non già dalla data della sentenza, bensì dal giorno dell'illecito.

Infine, Sez. 3, n. 06488/2017, Barreca, Rv. 643410-01, ha affrontato la questione dell'onere probatorio gravante sul creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di *chance*. In proposito la pronuncia citata, dopo aver ricordato che la perdita di *chance*, intesa quale concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, ha statuito che grava sulla parte interessata l'onere di provare, benché solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. Il caso esaminato nella specie dalla Corte riguardava la perdita di *chance* lavorative future asseritamente subite da un'infortunata in un sinistro stradale; la pronuncia citata ha osservato che, configurandosi un danno patrimoniale futuro, come tale diverso ed ulteriore rispetto al danno alla salute, a carattere, invece, non patrimoniale, la perdita di futuri guadagni non poteva essere desunta in via presuntiva dalla mera esistenza di postumi invalidanti, spettando al danneggiato l'onere di provare, anche presuntivamente, che il danno alla salute gli aveva precluso l'accesso

a situazioni di studio o di lavoro tali che, se realizzate, avrebbero fornito anche soltanto la possibilità di maggiori guadagni.

13. La liquidazione del danno non patrimoniale. Sulla liquidazione del danno non patrimoniale si segnala Sez. 3, n. 13153/2017, Barreca, Rv. 644406-01, la quale, con specifico riferimento al risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, ha sviluppato ed approfondito principi già affermati nella giurisprudenza di legittimità, chiarendo che tale liquidazione presuppone una valutazione necessariamente equitativa, la quale non è censurabile per cassazione, sempre che i criteri seguiti siano enunciati in motivazione e non siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l'esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto.

13.1. La liquidazione in via equitativa: casistica. Peculiare è la fattispecie affrontata, in ambito lavoristico, da Sez. L, n. 09392/2017, Tria, Rv. 643753-01, con riferimento all'ipotesi di accertata illegittimità del procedimento di valutazione negativa di un dirigente pubblico per il mancato raggiungimento degli obiettivi: in tal caso, ha chiarito la citata pronuncia, non compete al danneggiato un risarcimento automaticamente commisurato all'indennità di risultato non percepita, in quanto il giudice ordinario non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica dei risultati che ne condizionano l'erogazione, ma, ove ritualmente richiesto, non può essere escluso il danno da perdita di *chance*, dimostrabile anche per presunzioni e con liquidazione necessariamente equitativa.

Un'altra pronuncia particolare è la citata Sez. 3, n. 16484/2017, Barreca, Rv. 644955-01, con riferimento all'ipotesi in cui il fatto illecito altrui causi al danneggiato la perdita definitiva di titoli di credito: ove ricorra una simile situazione, afferma la citata sentenza, sono risarcibili, e liquidabili in via equitativa, sia i danni corrispondenti alla perdita di tempo e di energie, nonché agli esborsi astrattamente necessari per espletare le procedure di cui agli artt. 2006, 2016 e 2027 c.c., sia quelli corrispondenti alla perdita delle azioni cartolari, qualora esse non siano in concreto esperibili o non vi sia seria probabilità di conseguire i relativi decreti di ammortamento.

13.2. La liquidazione del danno biologico. Preziose indicazioni sui criteri di stima del danno alla salute sono offerte da Sez. 6-3, n. 27524/2017, in corso di massimazione, con riferimento al caso in cui la produzione dell'evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, in particolare qualora il danneggiato risulti affetto da una patologia invalidante pregressa ed irreversibile. In proposito, la pronuncia citata premette, in linea generale, che in tali ipotesi l'autore del fatto illecito risponde, in base ai criteri della causalità naturale, di tutti i danni che ne sono derivati, a nulla rilevando che gli stessi siano stati concausati anche da eventi naturali, ma chiarisce altresì che questi ultimi possono invece rilevare ai fini della stima del danno (causalità giuridica), sicché, ove la vittima sia affetta da patologie invalidanti, il danno alla salute risarcibile deve essere determinato considerando sia la differenza tra lo stato di invalidità complessivamente presentato dal danneggiato dopo il fatto illecito e lo stato patologico pregresso, sia la situazione che si sarebbe determinata se non fosse intervenuto il fatto lesivo imputabile. Applicando tali principi al caso concreto sottoposto alla sua attenzione, relativo all'investimento di un pedone già affetto da invalidità per disturbi psichici, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che non aveva ridotto la responsabilità del conducente, ma aveva correttamente escluso dal novero dei danni risarcibili l'invalidità di cui la vittima, comunque, sarebbe stata portatrice anche se non fosse stata investita.

13.3. Parametri di quantificazione del danno: Tabelle di Milano. In continuità con un orientamento già consolidato nella giurisprudenza di legittimità, Sez. 3, n. 09950/2017, Rossetti, Rv. 643854-01, ha ribadito che il danno alla salute, temporaneo o permanente, in assenza di criteri legali, va liquidato in base alle cosiddette tabelle diffuse del tribunale di Milano, salvo che il caso concreto presenti specificità, che il giudice ha l'onere di rilevare, accertare ed esporre in motivazione, tali da consigliare o imporre lo scostamento dai valori *standard*.

Riguardo ai profili processuali, si segnala Sez. 3, n. 25817/2017, Spaziani, in corso di massimazione, la quale in primo luogo ricorda che il danno biologico (cioè la lesione della salute), quello morale (cioè la sofferenza interiore) e quello dinamico-relazionale (altrimenti definibile "esistenziale", e consistente nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiane, risarcibile nel caso in cui l'illecito abbia violato diritti fondamentali della persona) costituiscono componenti dell'unitario danno non patrimoniale che,

senza poter essere valutate atomisticamente, debbono pur sempre dar luogo ad una valutazione globale. Partendo da tale premessa la sentenza citata afferma coerentemente che, in caso di mancata liquidazione del cosiddetto danno morale, il ricorrente, in sede di impugnazione della sentenza, non può limitarsi ad insistere sulla separata liquidazione di tale voce di danno, ma deve articolare chiaramente la doglianza come erronea esclusione, dal totale ricavato in applicazione delle cosiddette "tabelle di Milano", delle componenti di danno diverse da quella originariamente descritta come "danno biologico", risultando, in difetto, inammissibile la censura atteso il carattere tendenzialmente onnicomprensivo delle previsioni delle predette tabelle.

Ulteriori indicazioni processuali sono fornite da Sez. 3, n. 27562/2017, Vincenti, in corso di massimazione, la quale ha chiarito che l'omessa o erronea applicazione delle tabelle del Tribunale di Milano può essere fatta valere, in sede di legittimità, come violazione dell'art. 1226 c.c., costituendo lo stesso parametro di conformità per la valutazione equitativa del danno, mentre il mancato esame di un fatto specializzante idoneo a giustificare lo scostamento da dette tabelle deve essere denunciato ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.. La medesima pronuncia, peraltro, ha precisato che la denuncia in sede di legittimità della violazione delle dette tabelle ovvero dell'omesso esame di un fatto specializzante è ammessa esclusivamente ove nel giudizio di merito la parte abbia prodotto tali tabelle (o, almeno, ne abbia allegato il contenuto) e posto la questione dell'applicazione dei relativi parametri.

14. Le responsabilità presunte.

14.1. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.). In tema di responsabilità dei padroni e dei committenti, va anzitutto menzionata Sez. U, n. 01641/2017, Nappi, Rv. 642008-01: benché la rimessione alle Sez. U non fosse avvenuta su tale questione, la sentenza ha avuto l'occasione di precisare che il termine lungo di prescrizione previsto dall'art. 2947, comma 3, c.c. per la responsabilità da reato si applica non soltanto all'azione civile contro l'autore del reato, ma altresì all'azione proposta contro chi sia chiamato a rispondere del fatto illecito a titolo di responsabilità indiretta. L'ipotesi presa in esame era quella della responsabilità della società per il fatto del proprio amministratore, che la S.C. ha distinto da quella della semplice coobbligazione solidale, per la quale è stato invece confermato il tradizionale indirizzo, che ritiene non soggetto al termine lungo il coobbligato estraneo al fatto illecito.

Di rilievo, ancorché confermativa di un indirizzo consolidato, è poi Sez. 3, n. 16512/2017, Scoditti, Rv. 644819-01, che ha enunciato il principio per cui il responsabile indiretto, che ha risarcito il danno in qualità di padrone o committente a cagione della solidarietà verso il danneggiato, può esercitare l'azione di regresso, nei confronti dell'autore immediato del danno, per l'intera somma pagata, mancando da parte del responsabile indiretto un apporto causale all'illecito che possa giustificare l'applicazione dell'art. 2055 c.c.

Nella materia di grande attualità delle attività illecite poste in essere dai promotori finanziari, Sez. 3, n. 18928/2017, Barreca, Rv. 645487-01, ha affermato la responsabilità indiretta della banca per i danni arrecati ai clienti del promotore, ancorché quest'ultimo non sia legato da un rapporto contrattuale con la banca, qualora la promozione sia svolta con modalità tali da ingenerare negli investitori l'incolpevole affidamento su uno stabile inserimento del promotore nell'attività della banca, come accade quando il promotore operi nei locali delle agenzie della banca dove erano accesi i conti degli investitori e negozi i titoli collocati presso l'istituto di credito.

Infine, Sez. 3, n. 22058/2017, Cirillo F.M., ha ribadito il principio in forza del quale la responsabilità dei padroni e committenti per il fatto del dipendente ex art. 2049 c.c. non richiede che, tra le mansioni affidate all'autore dell'illecito e l'evento, sussista un nesso di causalità, essendo sufficiente che ricorra un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che le incombenze assegnate al dipendente abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno al terzo; la S.C. ha perciò ravvisato la responsabilità dell'azienda ospedaliera per i danni provocati da un medico autore di violenza sessuale in danno di paziente perpetrata, in ospedale e in orario di lavoro, nell'adempimento di mansioni di anestesista, narcotizzando la vittima in vista di un intervento chirurgico.

14.2. Attività pericolose (art. 2050 c.c.). In materia di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c., va anzitutto segnalata Sez. 3, n. 10513/2017, Scoditti, Rv. 644009-01, che ha inquadrato la fattispecie nella cornice generale della responsabilità civile.

Secondo tale pronuncia, la fattispecie dell'art. 2050 c.c. presenta un carattere comune con quella generale dell'art. 2043 c.c., dato dall'unicità del fatto causativo del danno, e un elemento reciprocamente specializzante, rappresentato dal criterio di

imputazione, oggettivo in un caso, soggettivo nell'altro. Il concorso fra le fattispecie di cui agli artt. 2043 e 2050 c.c. è di norme, e non di diritti, in quanto applicabili in via alternativa al medesimo bene della vita. Sul piano processuale, tale ricostruzione ha due importanti implicazioni: nel rapporto tra azioni, l'accoglimento della domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. determina l'implicito rigetto di quella fondata sull'art. 2050 c.c.; assumendo invece la prospettiva del rapporto tra più domande all'interno dello stesso processo, la proposizione della domanda risarcitoria ex art. 2050 c.c. in corso di causa non costituisce domanda nuova, ma semplice modifica di quella ex art. 2043.

Per la sua portata generale, merita di essere citata anche Sez. 3, n. 27544/2017, Pellicchia, in corso di massimazione: anche per questa fattispecie, il limite della responsabilità risiede nell'intervento di un fattore esterno, il caso fortuito, il quale attiene non già ad un comportamento del responsabile ma alle modalità di causazione del danno, che può consistere anche nel fatto dello stesso danneggiato recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità. Peraltro, quando il comportamento colposo del danneggiato non è idoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta del danneggiante ed il danno, esso può, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c. — espressione del principio che esclude la possibilità di considerare danno risarcibile quello che ciascuno procura a se stesso — con conseguente diminuzione del risarcimento dovuto dal danneggiante in relazione all'incidenza della colpa del danneggiato.

Altre pronunce del 2017 riguardano invece problemi più specifici.

Si segnalano Sez. 3, n. 16638/2017, Rossetti, Rv. 644946-01, secondo cui la responsabilità prevista dall'art. 2050 c.c. incombe esclusivamente su chi esercita l'attività pericolosa e non anche su colui che tale attività ha affidato ad altri in base ad un rapporto che non determina un vincolo di subordinazione fra committente ed esecutore (fattispecie in tema di danni a terzi derivanti da lavori di scavo compiuti dall'appaltatore) e Sez. 6-3, n. 16637/2017, Rossetti, Rv. 644813-01, per la quale l'esercente l'attività pericolosa risponde dei danni derivanti dal suo svolgimento, a nulla valendo che il danneggiato sia un terzo piuttosto che un proprio incaricato e che i mezzi o le opere fonte di danno siano di proprietà di terzi.

14.3. Cose in custodia (art. 2051 c.c.). Anche nel corso del 2017, la produzione giurisprudenziale in tema di responsabilità da cose in custodia (art. 2051 c.c.) è stata ampia.

La S.C. ha anzitutto ribadito alcuni principi fondativi della fattispecie.

Sez. 6-3, n. 12027/2017, Graziosi, Rv. 644285-01 ha ricordato che l'art. 2051 c.c. non prevede una responsabilità aquiliana, ovvero non richiede alcuna negligenza nella condotta che si pone in nesso eziologico con l'evento dannoso, bensì stabilisce una responsabilità oggettiva, che è circoscritta esclusivamente dal caso fortuito, e non, quindi, dall'ordinaria diligenza del custode.

Sez. 3, n. 22839/2017, Vincenti, Rv. 645510-01, ha confermato che ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2051 c.c., è necessario che il custode eserciti un effettivo potere sulla cosa, ovvero ne abbia la disponibilità giuridica e materiale (nel settore dell'energia elettrica, custode della rete elettrica deve ritenersi il titolare della stessa - ossia il proprietario, che provvede in via immediata e diretta all'uso, conservazione e manutenzione della rete medesima - e non già il gestore, che ha solo un potere di regolazione e controllo sull'operato del titolare).

Per il resto, la giurisprudenza di legittimità è stata impegnata soprattutto nella delimitazione del concetto di caso fortuito.

Oltre a ribadire (con Sez. 6-3, n. 10014/2017, Sestini, Rv. 643830-01) che la ricorrenza in concreto del caso fortuito costituisce il risultato di un apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito, non sindacabile per cassazione se adeguatamente motivato, la S.C. ha compiuto le seguenti precisazioni.

Il caso fortuito è un fattore che attiene non ad un comportamento del responsabile, ma al profilo causale dell'evento, riconducibile in tal caso non alla cosa che ne è fonte immediata, ma ad un elemento esterno, con la conseguenza che il vizio di costruzione della cosa in custodia, anche se ascrivibile al terzo costruttore, non esclude la responsabilità del custode nei confronti del terzo danneggiato, non costituendo caso fortuito, che interrompe il nesso eziologico, salva l'azione di rivalsa del danneggiante-custode nei confronti dello stesso costruttore (Sez. 3, n. 26533/2017, Rossetti, in corso di massimazione).

In tema di danni ad immobili causati dall'invasione di acque piovane a seguito di allagamento della zona circostante, l'eccezionalità ed imprevedibilità delle precipitazioni atmosferiche possono configurare caso fortuito, idoneo ad escludere la responsabilità del custode delle strade adiacenti, solo quando

costituiscono causa sopravvenuta autonomamente sufficiente a determinare l'evento (Sez. 6-3, n. 18856/2017, Scarano, Rv. 645160-01).

Nella ricorrente ipotesi di sinistro stradale determinato dall'inattesa ed impreveduta presenza di un animale selvatico sulla carreggiata di un'autostrada, la società di gestione autostradale, titolare del potere di custodia della cosa, per vincere la presunzione di responsabilità dalla quale è gravata ex art. 2051 c.c., deve dare la prova positiva che la presenza dell'animale è stata determinata da un fatto imprevedibile ed inevitabile, idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra l'evento dannoso e la cosa in custodia (Sez. 3, n. 11785/2017, Spaziani, Rv. 644198-01).

Di particolare delicatezza è poi il ruolo del danneggiato ai fini dell'integrazione degli estremi del caso fortuito.

In generale, come ribadito da Sez. 3, n. 25837/2017, Rossetti, in corso di massimazione, la condotta della vittima del danno causato da una cosa in custodia costituisce caso fortuito, idoneo ad escludere la responsabilità del custode ex art. 2051 c.c., ove sia colposa ed imprevedibile; tuttavia, secondo Sez. 3, n. 25838/2017, Rossetti, in corso di massimazione, l'uso improprio od anomalo della cosa fonte di danno integra gli estremi del caso fortuito ed è quindi idoneo ad escludere la responsabilità del custode solo all'esito di una valutazione in concreto ed ex post, non già in astratto ed *ex ante*, sicché nessuna anomalia può essere ravvisata nella condotta del danneggiato che abbia patito il danno dopo aver praticato un foro nel pavimento di un immobile ed essersi immesso nel cavedio, quando in concreto si accerti che tale condotta era stata tenuta da un professionista incaricato di eseguire rilievi finalizzati ad una ristrutturazione dell'immobile e quindi costituiva attività utile, necessaria ed autorizzata.

Dove si registrano alcune discrasie, specie in tema di ripartizione dell'onere della prova, è a proposito dei danni derivanti dalle condizioni delle strade pubbliche.

Secondo l'avviso di Sez. 6-3, n. 07805/2017, Tatangelo, Rv. 643822-01, in un caso di danni conseguenti alla presenza di una macchia d'olio sul manto stradale, l'art. 2051 c.c. onera il danneggiato di dimostrare la sussistenza del nesso causale tra cosa in custodia e danno, spettando invece al custode di dimostrare il caso fortuito; l'amministrazione in particolare rimane liberata ove dimostri che l'evento sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili né eliminabili con immediatezza, ovvero da una situazione la quale imponga di qualificare come

fortuito il fattore di pericolo, avendo esso esplicito la sua potenzialità offensiva prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore dell'ente custode. Qui la S.C. sembra allineare pienamente la posizione della P.A. a quella del custode privato, per il quale la citata Sez. 6-3, n. 12027/2017, Graziosi, Rv. 644285-01, ha affermato principi analoghi in un caso di caduta all'interno di un supermercato, dovuta alla presenza di scarti alimentari scivolosi sul pavimento.

Altra giurisprudenza, Sez. 6-3, n. 11526/2017, Cirillo F.M., Rv. 644282-01, tende invece ad aggravare il carico probatorio del danneggiato, almeno nell'ipotesi in cui la cosa sia inerte e priva di intrinseca pericolosità, richiedendogli di dimostrare altresì che lo stato dei luoghi presentava un'obiettiva situazione di pericolosità, tale da rendere molto probabile, se non inevitabile, il verificarsi del secondo, nonché di aver tenuto un comportamento di cautela correlato alla situazione di rischio percepibile con l'ordinaria diligenza, atteso che il caso fortuito può essere integrato anche dal fatto colposo dello stesso danneggiato; la fattispecie concerneva i danni sofferti a seguito di una caduta su un marciapiede sconnesso e reso scivoloso da un manto di foglie, accaduta in pieno giorno, in condizioni note al danneggiato.

Sez. 3, n. 10520/2017, Tatangelo, Rv. 644011-01, ha precisato che sfugge invece del tutto al raggio applicativo dell'art. 2051 c.c., venendo a mancare il nesso causale tra la cosa e il danno, l'azione proposta da chi, avendo subito un danno in uno scontro tra veicoli, pretenda di fondare la responsabilità dell'amministrazione sull'assenza di una intellegibile segnaletica stradale.

14.4. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.). Nel 2017, la giurisprudenza di legittimità sull'art. 2052 c.c. è anzitutto tornata sulla questione dei danni provocati alla circolazione stradale da animali selvatici, affermando che la responsabilità in tali casi va imputata all'ente cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata, sia che derivino dalla legge, sia che trovino fonte in una delega o concessione di altro ente; in tal senso, Sez. 3, n. 18952/2017, Tatangelo, Rv. 645378-01.

Per i danni cagionati dagli animali randagi, invece, Sez. 3, n. 12495/2017, Tatangelo, Rv. 644203-01, ha precisato che la responsabilità civile spetta esclusivamente all'ente, o agli enti, cui è attribuito dalla legge (ed in particolare dalle singole leggi regionali attuative della legge quadro nazionale 14 agosto 1991, n. 281) il dovere di prevenire il pericolo specifico per l'incolumità della

popolazione, e cioè il compito della cattura e della custodia dei cani vaganti o randagi, mentre non può ritenersi sufficiente, a tal fine, l'attribuzione di generici compiti di prevenzione del randagismo, quale è il controllo delle nascite della popolazione canina e felina, avendo quest'ultimo ad oggetto il mero controllo "numerico" degli animali, a fini di igiene e profilassi, e, al più, una sola generica ed indiretta prevenzione dei vari inconvenienti legati al randagismo.

Nello stesso ambito, Sez. 3, n. 18954/2017, Tatangelo, Rv. 645379-01, ha tuttavia chiarito che tale responsabilità esula dall'art. 2052 c.c. e ricade nella fattispecie generale dell'art. 2043 c.c., sicché presuppone l'allegazione e la prova, da parte del danneggiato, di una concreta condotta colposa ascrivibile all'ente e della riconducibilità dell'evento dannoso, in base ai principi sulla causalità omissiva, al mancato adempimento di una condotta obbligatoria in concreto esigibile, mentre non può essere affermata in virtù della sola individuazione dell'ente al quale è affidato il compito di controllo e gestione del fenomeno del randagismo, ovvero quello di provvedere alla cattura ed alla custodia degli animali randagi.

14.5. Il danno da circolazione dei veicoli (art. 2054 c.c.).

In materia di responsabilità derivante dalla circolazione dei veicoli, anche nel 2017 il numero delle sentenze d'interesse è stato nutrito.

Sul piano delle definizioni si segnala anzitutto Sez. 3, n. 10513/2017, Scoditti, Rv. 644009-01, con cui la S.C. ha ribadito che presupposto per l'applicazione dell'art. 2054 c.c. e della correlata normativa sull'assicurazione obbligatoria per la r.c.a., nonché del codice della strada, è che il sinistro avvenga in un'area stradale o ad essa equiparata; ne esulano dunque i sinistri che vedano coinvolto un veicolo, ma che si verifichino su un fondo agricolo.

Nel concetto di circolazione stradale rientra tuttavia anche la fase di sosta del veicolo sulla via pubblica e le eventuali operazioni di carico e scarico compiute durante tale fase: lo ha affermato, in continuità con un recente arresto delle Sezioni Unite, Sez. 6-3, 27759/2017, Cirillo F.M., in corso di massimazione, in un caso di danno subito da un pedone per effetto della caduta di un oggetto da un trattore in sosta sulla strada.

Sez. Sez. 6-3, n. 27371/2017, Sestini, in corso di massimazione, ha invece affrontato il caso del danno cagionato dal rimorchio di un autoarticolato, quando la vettura motrice e la vettura trainata appartengano a due diversi proprietari. La sentenza ha affermato che la presunzione ex art. 2054 c.c. opera nei confronti di entrambi i proprietari, che sono dunque responsabili in via solidale: il

proprietario della vettura trainata perché ne ha consentito la circolazione mediante il traino; il proprietario e l'assicuratore della vettura motrice in ragione della considerazione unitaria del complesso autoarticolato e del principio del "rischio dinamico"; l'autonomia del rimorchio rileva, anche ai fini della necessità di una specifica copertura assicurativa, soltanto nella diversa ipotesi del "rischio statico", per il caso che il rimorchio provochi cioè danni quando è fermo o manovrato a mano.

In riaffermazione di principi consolidati, va poi citata Sez. 6-3, n. 04130/2017, Olivieri, Rv. 642842-01, che ha ribadito come la presunzione stabilita dall'art. 2054, comma 2, c.c. non configuri a carico del conducente un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma una responsabilità presunta da cui il medesimo può liberarsi dando la prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, ovvero dimostrando non l'impossibilità di una condotta diversa o la diligenza massima, bensì di avere osservato, nei limiti della normale diligenza, un comportamento esente da colpa e conforme alle regole del codice della strada, da valutarsi dal giudice con riferimento alle circostanze del caso concreto.

Tale presunzione tuttavia per definizione non opera nelle ipotesi in cui la accertata condotta di uno dei conducenti integri di per sé un'inosservanza di regole specifiche, come nel caso del tamponamento: qui Sez. 3, n. 13703/2017, D'Arrigo, Rv. 644410-01, ha escluso l'applicabilità dell'art. 2054, comma 2, ma ha precisato che il conducente del veicolo che segue può sempre fornire la prova liberatoria, dimostrando che il mancato tempestivo arresto del mezzo e la conseguente collisione sono stati determinati da cause in tutto o in parte a lui non imputabili.

Tutti gli oneri probatori dell'art. 2054 c.c. possono essere assolti anche attraverso presunzioni semplici: Sez. 6-3, n. 18259/2017, Vincenti, Rv. 645156-01.

Fuori dalle ipotesi dello scontro tra veicoli, varie sentenze si sono soffermate sulla distribuzione dell'onere della prova nell'ipotesi di investimento di un pedone (o di un ciclista).

Sez. 3, n. 08663/2017, Tatangelo, Rv. 643838-01, e Sez. 3, n. 09278/2017, Dell'Utri, Rv. 643878-01, hanno ribadito che l'accertamento del comportamento colposo e perfino anomalo del pedone investito da veicolo non è sufficiente per l'affermazione della sua esclusiva responsabilità, essendo pur sempre necessario che l'investitore vinca la presunzione di colpa posta a suo carico dall'art. 2054, comma 1, c.c., dimostrando di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno e tenendo conto che, a tal fine, neanche rileva

l'anomalia della condotta del primo, ma occorre la prova che la stessa non fosse ragionevolmente prevedibile e che il conducente avesse adottato tutte le cautele esigibili in relazione alle circostanze del caso concreto, anche sotto il profilo della velocità di guida mantenuta.

Ad avviso di Sez. 6-3, n. 04551/2017, Scoditti, Rv. 643134-01, può escludersi la responsabilità del conducente quando il pedone appaia all'improvviso sulla traiettoria del veicolo che procede regolarmente sulla strada, rispettando tutte le norme della circolazione stradale e quelle di comune prudenza e diligenza.

Le regole dell'art. 2054 c.c. e quelle sull'assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore operano anche nel particolare caso in cui il pedone sia vittima di un investimento doloso; lo ha statuito Sez. 3, n. 19368/2017, Cirillo F.M., Rv. 645383-01, ricordando come, in questo settore, non trovi applicazione la norma di cui all'art. 1917 c.c. - che non costituisce il paradigma tipico della responsabilità civile da circolazione stradale, rinvenibile, invece, nelle leggi della RCA e nelle direttive europee che affermano il principio di solidarietà verso il danneggiato - salva la facoltà della compagnia assicuratrice di rivalersi nei confronti dell'assicurato-danneggiante, per il quale la copertura contrattuale non opera.

Vi è poi la questione del trasportato a titolo di cortesia nell'ipotesi di scontro tra veicoli: Sez. 6-3, n. 15313/2017, Pellicchia, Rv. 644735-01, conferma che il trasportato può avvalersi della presunzione ex art. 2054, comma 1, c.c. nei confronti del proprietario e del conducente dell'altro veicolo, salva azione di regresso di questi ultimi nei confronti del primo conducente secondo le rispettive colpe, ex art. 2055 c.c., ove abbiano risarcito per intero il danno, e fermo restando che l'azione per il conseguimento dell'intera posta risarcitoria, proposta dal danneggiato avverso il conducente di uno solo dei veicoli coinvolti, non implica di per sé una remissione tacita del debito del corresponsabile, né una rinuncia alla solidarietà, presupponendo la prima una volontà inequivoca del creditore di non avvalersi del credito, e la seconda che il creditore agisca nei confronti di uno dei condebitori solidali solo per la parte del debito gravante su quest'ultimo.

Risponde poi ad un orientamento consolidato l'affermazione di Sez. 3, n. 22449/2017, Armano, Rv. 645769-01, secondo cui il proprietario del veicolo, il quale intenda sottrarsi alla presunzione di responsabilità prevista dall'art. 2054, comma 3, c.c., non può limitarsi a provare che la circolazione sia avvenuta senza il suo consenso, ma deve dimostrare che la stessa abbia avuto luogo "contro la sua volontà", manifestatasi in un concreto ed idoneo comportamento

ostativo specificamente rivolto a vietare la circolazione ed estrinsecarsi in atti e fatti rivelatori della diligenza e delle cautele allo scopo adottate. Naturalmente, la valutazione della diligenza del proprietario e della sufficienza dei mezzi adottati per impedire la circolazione del veicolo è insindacabilmente riservata al giudice del merito.

Da ultimo, meritano menzione, anche per i risvolti di carattere processuale, le seguenti pronunce.

Sez. 3, n. 25417/2017, Rossetti, in corso di massimazione, ha affermato che, qualora uno dei presunti responsabili di un incidente stradale, convenuto in giudizio dal danneggiato, chiami in giudizio un terzo indicandolo quale esclusivo responsabile dell'evento dannoso, tra le due cause - tra loro interdipendenti, non potendo determinarsi la responsabilità nella causazione del sinistro in una certa misura nel rapporto tra l'attore e il convenuto ed in una misura diversa nel rapporto tra quest'ultimo ed il terzo chiamato - si instaura un rapporto di litisconsorzio processuale, con la conseguenza che gli effetti dell'appello proposto da uno dei litisconsorti si estendono a tutte le altre parti.

Sez. 6-3, n. 27756/2017, Cirillo F.M., in corso di massimazione, si è occupata dell'ipotesi in cui, proposta la domanda di risarcimento del danno da sinistro stradale nei confronti del proprietario del veicolo che ha causato il danno e del suo assicuratore della responsabilità civile, vi sia fallimento del primo; ciò comporta l'improseguibilità di qualsiasi domanda di condanna sia nei suoi confronti, sia nei confronti del suo assicuratore, con conseguente devoluzione al tribunale fallimentare, mediante istanza di ammissione al passivo, a meno che il danneggiato, dopo l'interruzione e la riassunzione del giudizio nei confronti della curatela, non rinunci ad ogni pretesa verso questa e si limiti a chiedere la condanna diretta dell'assicuratore; in tale caso la partecipazione (per effetto del litisconsorzio necessario) dell'assicurato sottoposto a procedura concorsuale (in persona del curatore fallimentare o del commissario liquidatore) non rende operante la *vis attractiva* della procedura, giacché la pronuncia giudiziale non può incidere sulla massa e influire sulla *par condicio creditorum*.

CAPITOLO XIV

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI

(DI GIOVANNI FANTICINI)

SOMMARIO: 1. La responsabilità del medico. – 2. La responsabilità dell'avvocato. – 3. La responsabilità del notaio. – 4. La responsabilità del commercialista.

1. La responsabilità del medico. Il tema della responsabilità sanitaria (medico-chirurgica e delle strutture ospedaliere) è stato oggetto di diverse pronunce sia per quanto riguarda i doveri di perizia e diligenza professionale e i pregiudizi conseguenti alla loro violazione, sia per quanto concerne gli aspetti processuali delle domande risarcitorie.

Riguardo al rapporto con la struttura sanitaria all'interno della cui organizzazione si svolge l'attività del professionista medico, Sez. 3, n. 12597/2017, Frasca, Rv. 644399-01, ha ritenuto che sia inadempiente e tenuta al risarcimento dei danni la struttura che ometta di eseguire gli interventi preparatori e postoperatori (riabilitativi) necessari per ottenere il risultato terapeutico sperato con l'intervento chirurgico, poiché l'inutilità dell'interferenza nella sfera psico-fisica del paziente comportato per quest'ultimo un pregiudizio, consistente nella limitazione della persona e nella sofferenza a questa inerente, oltre che nella percezione dell'inefficacia del trattamento subito.

La struttura sanitaria è chiamata a rispondere, ex art. 2049 c.c., dell'operato dei suoi addetti non soltanto quando è ravvisabile un nesso causale tra le mansioni affidate e l'evento pregiudizievole, ma anche quando sussiste un rapporto di mera occasionalità necessaria, tale per cui l'attività lavorativa svolta abbia reso possibile o agevolato il compimento del fatto illecito; in applicazione di tale (consolidato) principio, Sez. 3, n. 22058/2017, Cirillo F.M., Rv. 646017-01, ha ritenuto l'azienda ospedaliera responsabile dei danni patiti da una paziente narcotizzata in vista di un intervento chirurgico, vittima di una violenza sessuale commessa dall'anestesista, in orario di lavoro e all'interno della struttura.

Qualora la responsabilità dell'organizzazione sia prospettata nella domanda dell'attore con riferimento a specifiche condotte dei dipendenti dell'azienda sanitaria, non è consentito, con le memorie ex art. 183, comma 6, c.p.c. fondare la pretesa risarcitoria su diversi inadempimenti, attribuiti ad altri operatori che, pure dipendenti della

stessa azienda, abbiano prestato cure in occasione della medesima infermità (Sez. 3, n. 16504/2017, De Stefano, Rv. 644957-01).

L'effettuazione di un trattamento medico-chirurgico presuppone il rilascio del consenso del paziente, al quale il sanitario – onerato della prova in giudizio in caso di contestazione (Sez. 3, n. 24074/2017, Olivieri, Rv. 645778-02) – deve fornire in modo completo ed esaustivo le informazioni scientifiche riguardanti le terapie o l'intervento da eseguire, illustrando le modalità di esecuzione e le eventuali conseguenze.

L'omissione di tale preciso obbligo informativo preventivo da parte del medico pregiudica il diritto soggettivo ad autodeterminarsi, bene giuridico diverso dalla salute (la cui lesione potrebbe derivare, invece, dall'intervento terapeutico); costituisce, perciò, *mutatio libelli* e non già una mera *emendatio* l'introduzione, nel corso di una causa intrapresa per il risarcimento del danno da colpa medica per l'erronea esecuzione di un intervento chirurgico, della richiesta di ristoro del pregiudizio provocato dall'inadempimento del dovere di informazione (Sez. 3, n. 24072/2017, Olivieri, Rv. 645833-01).

Il danno conseguente all'omissione del consenso informato – consistente nella riduzione della libertà dell'individuo che abbia patito interventi non assentiti – è *in re ipsa* e quindi, secondo Sez. 3, n. 16503/2017, De Stefano, Rv. 644956-01, non necessita di specifica prova. Dalla mancanza di un consenso informato può discendere anche un danno all'integrità psico-fisica ma, al fine di valutare la fondatezza della domanda risarcitoria, Sez. 3, n. 24074/2017, Olivieri, Rv. 645778-02, distingue l'ipotesi in cui tale pregiudizio discende da un esito non attendibile della prestazione tecnica da quella nella quale l'esito infausto di un necessario intervento era prevedibile *ex ante*; in quest'ultimo caso, spetta al paziente dimostrare che il peggioramento della salute sia dipeso dal fatto che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento.

L'obbligo di una completa informazione da parte del medico non è soltanto preventivo, ma anche successivo ad esami diagnostici il cui esito abbia manifestato un'alterazione cromosomica o altre anomalie del feto: pertanto, il ginecologo di fiducia della gestante non può limitarsi a comunicare il risultato degli accertamenti, ma è tenuto a comunicare tutti gli elementi idonei a consentire una scelta, informata e consapevole, sulla prosecuzione o sull'interruzione della gravidanza; del pari, in caso di specifica richiesta, devono soddisfare le esigenze di informazione (relative alle conseguenze delle anomalie riscontrate) anche il laboratorio di analisi e il genetista, il cui compito,

in tal caso, non si esaurisce nell'indirizzare la paziente al ginecologo (Sez. 3, n. 05004/2017, Rubino, Rv. 643176-01).

Una particolare diligenza deve prestare il medico ginecologo al quale siano richiesti accertamenti sull'andamento della gravidanza e sulle condizioni del feto: infatti, secondo Sez. 3, n. 00243/2017, Frasca, Rv. 642352-01, l'omessa prescrizione di un'amniocentesi può fondare una richiesta di risarcimento del danno inferto alla salute psico-fisica della paziente che abbia scoperto la condizione del figlio soltanto al termine della gravidanza e non costituisce esimente della responsabilità del sanitario (che col proprio inadempimento ha leso la *chance* di anticipare la consapevolezza della situazione) il rifiuto della madre, espresso dopo due mesi dalla mancata prescrizione, di sottoporsi ad ulteriori accertamenti prenatali.

Peraltro, quando il rischio di malformazioni genetiche del nascituro emerga da esami non pienamente attendibili (esame dei villi coriali), dai sanitari operanti in una struttura altamente specializzata può pretendersi una peculiare diligenza, che comporta – allo scopo di fornire alla gestante le dovute informazioni – anche l'esecuzione di accertamenti ulteriori (diagnosi citogenetica), sebbene non richiesti dalle “linee guida” vigenti; in quella fattispecie, Sez. 3, n. 11208/2017, Travaglino, Rv. 644394-01, ha affermato che il raffronto con le “linee guida” costituisce un utile parametro per la valutazione della colpa del medico sotto il profilo della perizia, fermo restando che la conformità dell'operato alle predette *leges artis* non esime il giudice dall'analisi del caso concreto per valutare se nella specie si sarebbe potuta esigere una condotta difforme.

Dalla mancata diagnosi di una malformazione fetale può derivare un danno risarcibile solo in caso di anomalia tale da consentire alla madre di ricorrere all'interruzione della gravidanza, il che non è possibile quando, dopo i 90 giorni dal suo inizio, l'omissione abbia riguardato la mancanza della mano sinistra del nascituro, anomalia inidonea a determinare un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna (Sez. 3, n. 09251/2017, Scarano, Rv. 643844-01).

La questione relativa alla ripartizione degli oneri probatori è stata oggetto di varie decisioni.

Secondo la regola generale in tema di responsabilità contrattuale – ribadita da Sez. 3, n. 18392/2017, Scoditti, Rv. 645164-01 – spetta al paziente che agisce per il risarcimento del danno dare prova dell'esistenza del contratto (o del contatto sociale) e del nesso di causalità tra l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, e le condotte dei sanitari (Sez. 3, n. 29315/2017, Sestini, in corso di

massimazione, secondo cui, qualora la sussistenza del nesso sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata), mentre – una volta che l'attore abbia assolto al predetto onere – compete a questi ultimi (o alla struttura sanitaria) dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile e, cioè, che l'inadempimento è dipeso da impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza.

Tuttavia, quando il danneggiato alleggi specifiche inadempienze (nel caso, una violazione del protocollo operatorio chirurgico) astrattamente idonee a provocare (o a concorrere a cagionare) il pregiudizio, la sussistenza della relazione eziologica può essere desunta in base a un criterio di prevedibilità oggettiva, in virtù di regole statistiche e leggi scientifiche; in siffatta situazione, agli operatori sanitari, debitori della prestazione, compete l'onere di dimostrare l'insussistenza dell'inadempimento denunciato oppure l'irrelevanza causale dell'omissione; in applicazione di tale principio, Sez. 3, n. 24073/2017, Olivieri, Rv. 645834-02, ha ritenuto gravare sull'azienda ospedaliera l'onere di provare che la mancata esecuzione di un'estemporanea biopsia, prescritta dalla *lex artis*, non avrebbe comunque consentito di individuare la corretta patologia, la quale richiedeva una nefrectomia soltanto parziale e non l'erroneamente praticata asportazione totale del rene.

Qualora poi la prestazione professionale rientri nella *routine*, il medico è tenuto a superare la presunzione che eventuali complicanze intraoperatorie siano state determinate dalla sua condotta, provando la loro imprevedibilità ed inevitabilità, l'adeguatezza delle tecniche adoperate per porvi rimedio e anche l'insussistenza del (presunto) nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l'insorgenza delle problematiche (Sez. 3, n. 24074/2017, Olivieri, Rv. 645778-01).

L'incompletezza della cartella clinica può costituire un elemento per ritenere dimostrata la sussistenza del nesso eziologico solo quando le lacune siano tali da rendere impossibile l'accertamento del rapporto di causalità, ma non nel caso in cui questo resti comunque escluso dalla restante documentazione agli atti (Sez. 3, n. 27561/2017, Vincenti, in corso di massimazione).

2. La responsabilità dell'avvocato. Alle domande risarcitorie dei danni conseguenti all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali degli avvocati si applicano le regole sul foro del consumatore (art. 33, comma 2, lett. u, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) quando l'opera richiesta al legale dal cliente, che riveste la qualità di "consumatore", concerne un rapporto estraneo allo svolgimento

dell'attività imprenditoriale o professionale (Sez. 6-3, n. 21187/2017, Olivieri, Rv. 645920-01); si applica, dunque, il *forum consumatoris* all'azione risarcitoria promossa da una lavoratrice dipendente di un'impresa fallita che si è rivolta al professionista ai fini dell'insinuazione al passivo fallimentare, poiché l'attività lavorativa non è qualificabile come "professionale" (Sez. 6-3, n. 06634/2017, Armano, Rv. 643677-01).

L'affermazione della responsabilità professionale dell'avvocato per l'omesso svolgimento di attività potenzialmente idonee a procurare un vantaggio personale o patrimoniale all'assistito presuppone la formulazione di un giudizio probabilistico (secondo la regola del "più probabile che non") sia con riguardo al nesso di causalità tra l'omissione e l'evento di danno, sia con riferimento alla relazione tra quest'ultimo e il pregiudizio risarcibile. In particolare, in un caso di mancata riassunzione del giudizio a seguito di cassazione con rinvio, con conseguente prescrizione del diritto vantato dal cliente, deve reputarsi corretta la prognosi sul probabile esito favorevole dell'azione promossa che sia basata sui vincoli e le indicazioni posti al giudice del rinvio dalla pronuncia di legittimità (Sez.3, n. 25112/2017, D'Arrigo, in corso di massimazione).

La particolare diligenza richiesta al professionista ex art. 1176, comma 2, c.c. impone all'avvocato – in un incerto quadro giurisprudenziale in materia di prescrizione del diritto spettante al cliente – di compiere atti interruttivi avendo riguardo al termine prescrizionale più breve; nella specie, Sez. 3, n. 03765/2017, Graziosi, Rv. 642861-01, ha ravvisato la negligenza del professionista che non aveva interrotto la prescrizione al tempo in cui le Sezioni Unite ancora non si erano pronunciate sul termine prescrizionale del risarcimento del danno prodotto dalla circolazione stradale, ma integrante anche illecito penale.

Conformemente ai principi in materia di responsabilità contrattuale, compete al legale dimostrare la propria diligenza: pertanto, allorché il cliente abbia conferito mandato all'avvocato per agire nei gradi di merito, non è sufficiente il mancato rilascio della procura speciale necessaria al ricorso per cassazione ad esonerare il professionista dalle conseguenze dell'omessa impugnazione; il legale, invece, è onerato di provare il sollecito al cliente a fornire indicazioni sulla volontà di adire il giudice di legittimità, nonché la prospettazione dell'esito sfavorevole del giudizio e degli effetti del giudicato (Sez. 3, n. 07410/2017, Barreca, Rv. 643695-01).

Al contrario, non può essere addossata all'avvocato la responsabilità dei danni derivati al cliente che non ha posto il legale

in condizione di adempiere; perciò, l'assistito – che ha omesso di provare di aver comunicato al proprio difensore un intervenuto accordo con la controparte implicante la rinuncia agli atti esecutivi – subisce in proprio le conseguenze dell'azione risarcitoria promossa dall'acquirente del bene pignorato che, per ottenere l'estinzione della procedura, abbia dovuto pagare anche i creditori intervenuti (Sez. 3, n. 20159/2017, Barreca, Rv. 645499-01).

3. La responsabilità del notaio. Diverse pronunce riguardano la responsabilità professionale del notaio sia con riguardo alla redazione degli atti, sia rispetto agli ulteriori doveri incombenti su questo professionista.

Nella stipulazione di un atto pubblico, e proprio in ragione della sua natura fidefacente, il notaio è tenuto ad accertare personalmente l'identità dei comparenti secondo canoni di diligenza, prudenza e perizia professionale, di talché non può limitarsi a recepire copie dei documenti contenenti le generalità del mutuatario forniti dalla banca mutuante (Sez. 3, n. 11767/2017, Travaglino, Rv. 644299-01, in un caso in cui l'erronea indicazione del cognome nel mutuo ipotecario aveva impedito alla banca di dar corso all'esecuzione immobiliare).

Infatti, il notaio non può limitarsi ad esaminare i documenti di identità facendo affidamento sull'interesse della banca alla stipula del mutuo e sul significativo rapporto di fiducia tra la medesima e l'acquirente o a verificare superficialmente l'esistenza di una procura speciale a vendere (rivelatasi poi falsa), poiché il professionista deve trovarsi in uno stato soggettivo di certezza circa l'identità personale delle parti, conseguibile – salvo il caso di pregressa conoscenza personale delle parti stesse – attraverso le regole di diligenza, prudenza e perizia professionale e sulla base di qualsiasi elemento astrattamente idoneo a formare tale convincimento, anche di natura presuntiva, purché, in quest'ultimo caso, si tratti di presunzioni gravi, precise e concordanti (Sez. 3, n. 29321/2017, Moscarini, in corso di massimazione).

Il diligente notaio chiamato a stipulare un atto di vendita o di permuta immobiliare deve effettuare un rigoroso controllo sui vincoli che impediscono o limitano la disponibilità del bene come, ad esempio, il vincolo di natura archeologica (Sez. 3, n. 25113/2017, D'Arrigo, in corso di massimazione; nella fattispecie, proprio a causa di tale vincolo, l'acquirente dell'area aveva subito la revoca della concessione edilizia, l'ordine di demolizione delle opere realizzate e l'acquisizione dell'area al patrimonio demaniale). Viceversa, non

incorre in responsabilità professionale il notaio ove sia provato che i vincoli limitativi fossero già certamente noti alla parte interessata; nella specie, difatti, era la parte stessa ad averli costituiti (Sez. 3, n. 25111/2017, D'Arrigo, Rv. 646024-01).

L'omessa verifica dei gravami pregiudizievoli iscritti o trascritti su un immobile (ipoteche e pignoramenti) comporta la responsabilità del notaio per il risarcimento del danno emergente, pari all'entità delle somme corrisposte dagli acquirenti ai creditori per liberare dalle formalità il bene, avente valore superiore ai costi di purgazione (Sez. 3, n. 22820/2017, Barreca, Rv. 645776-01).

L'omissione del notaio costituisce causa (o concausa) del pregiudizio quando, in base a un giudizio logico-probabilistico, può presumersi che l'acquirente non avrebbe acquistato l'immobile e intrapreso l'attività edilizia se avesse conosciuto l'esistenza del vincolo (Sez. 3, n. 25113/2017, D'Arrigo, in corso di massimazione, in un caso in cui alla mancata rilevazione del vincolo archeologico, da attribuire al professionista, si aggiungevano condotte del danneggiato, che aveva agito senza talune autorizzazioni amministrative e in violazione di disposizioni urbanistiche).

L'attività notarile non si limita al mero accertamento della volontà delle parti e alla redazione dell'atto, ma si estende anche al cd. "dovere di consiglio", che consiste nello svolgimento di ulteriori compiti (anteriori e successivi all'atto) finalizzati al perseguimento del risultato pratico perseguito ed esplicitato dalle parti, tra i quali si annovera quello di informare le parti sugli effetti delle loro pattuizioni (in applicazione di tale principio, Sez. 3, n. 12482/2017, Vivaldi, Rv. 644201-01, ha ritenuto la responsabilità di un notaio che – nella stipula di un contratto preliminare, soggetto a trascrizione, che prevedeva la conclusione del definitivo entro il termine di nove anni – aveva omesso di avvertire i comparenti sulla efficacia soltanto triennale della formalità).

Il momento in cui inizia a decorrere il termine di prescrizione del diritto del cliente al risarcimento dei danni da parte del notaio deve essere individuato nella manifestazione esteriore di un pregiudizio percepibile dallo stesso danneggiato, di talché, in caso di iscrizione ipotecaria su un bene non di proprietà del debitore, il termine prescrizione coincide con la scoperta dell'inesistenza della garanzia ipotecaria da parte del creditore (Sez. 3, n. 22059/2017, Cirillo F.M., Rv. 646018-01).

Sotto il profilo processuale, se il giudice di primo grado rigetta la domanda di accertamento della responsabilità di un notaio affermando che è provato l'inadempimento ma non anche la

verificazione del danno, il giudice del gravame del cliente non può, in mancanza di appello del professionista, riesaminare la sussistenza dell'inadempimento, poiché l'espressa pronuncia resa in primo grado rende insufficiente la mera riproposizione della questione ex art. 346 c.p.c. (così Sez. 3, n. 29642/2017, Frasca, in corso di massimazione, conformemente ai principi di Sez. U., n. 11799/2017, Frasca, Rv. 644305-01).

4. La responsabilità del commercialista. Sez. 3, n. 11213/2017, Moscarini, Rv. 644395-01, si è specificamente occupata della cura della contabilità fiscale, attività rientrante tra le competenze professionali proprie del commercialista (sebbene nella fattispecie svolta da una società di servizi).

La S.C. ha ritenuto insindacabile, se correttamente motivato, il giudizio sulla sussistenza del nesso causale tra la condotta del professionista – il quale aveva omesso di partecipare ad un incontro innanzi all'Agenzia delle entrate nonostante la trasmissione, da parte dell'assistito, di un invito a comparire e, poi, aveva suggerito di proporre un'inammissibile domanda di condono fiscale – e il pregiudizio subito dal cliente (nel caso consistente nelle maggiori somme versate in conseguenza di un accertamento fiscale).

PARTE QUARTA

TUTELA DEI DIRITTI

CAPITOLO XV

LE GARANZIE REALI

(DI RAFFAELE ROSSI)

SOMMARIO: 1. Ipoteca.

1. Ipoteca. L'ipoteca è un diritto reale di garanzia che si costituisce mediante iscrizione nei pubblici registri immobiliari a salvaguardia di un credito specificamente indicato, nel suo importo e nella sua fonte, su beni immobili esattamente individuati.

Connotato peculiare dell'ipoteca, in forza dell'art. 2809 c.c., è la specialità, oggettiva e soggettiva, naturale corollario del principio di determinatezza della garanzia: per la validità del vincolo ipotecario sono necessarie l'indicazione del credito garantito e la specificazione della somma dovuta, in quanto la legge non consente al creditore di estendere il vincolo ipotecario per un credito diverso da quello garantito.

La specialità dell'ipoteca si rapporta al titolo costitutivo della stessa, il quale deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione dei soggetti, della fonte dell'obbligazione e della prestazione, quali elementi individuatori del credito: come statuito da Sez. 3, n. 05630/2017, De Stefano, Rv. 643394-02, va pertanto esclusa la possibilità di un'ipoteca per crediti non dipendenti da un rapporto già esistente al momento della costituzione della garanzia, quali quelli derivanti da mutui previsti come una delle forme alternative di una apertura di credito atipica o mista, le cui condizioni economiche e contrattuali siano tuttavia rimesse a successive pattuizioni, con un generico riferimento alle condizioni di mercato e senza alcun vincolo giuridico a contrarre o senza alcuna predeterminazione del relativo contenuto.

Peculiare modalità di atteggiarsi può assumere l'ipoteca relativa a contratti di mutuo fondiario di cui all'art. 39 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, siccome destinata a garantire un credito futuro e condizionato all'effettiva erogazione della somma mutuata.

Sull'argomento, Sez. 1, n. 00506/2017, Lamorgese, Rv. 643026-01, ha precisato che, in base ai principi generali desumibili

dall'art. 2852 c.c., detta ipoteca ha effetti e prende grado alla data dell'iniziale iscrizione e non già al momento della successiva annotazione nei registri della quietanza relativa all'erogazione della somma mutuata, annotazione, ancora secondo Sez. 1, n. 00506/2017, Lamorgese, Rv. 643026-02, avente funzione meramente accessoria e servente rispetto all'iscrizione originaria. La mancata annotazione dell'avvenuta erogazione non muta gli effetti né assume rilievo condizionante sospensivo dell'iscrizione ipotecaria, sin dall'origine e con il grado dell'epoca pienamente costitutiva della funzione di garanzia ed opponibile ai terzi acquirenti dell'immobile gravato; la conseguenza della mancata annotazione è invece quella di onerare il creditore della prova dell'esistenza e dell'entità del credito, nonché della sua riferibilità al titolo ed al rapporto in base al quale l'iscrizione avvenne.

Quale diritto tipico di garanzia reale, l'ipoteca segue, in guisa di accessorio, il credito in caso di circolazione di quest'ultimo.

In ipotesi di cessione del credito, se i contraenti hanno espressamente pattuito che il trasferimento comprende anche determinate garanzie del credito – ed in particolare l'ipoteca ai sensi dell'art. 1263 c.c. – e se il cedente ha garantito l'attuale esistenza sia delle ragioni di credito che delle garanzie che lo assistono, Sez. 3, n. 17070/2017, Barreca, Rv. 644965-01, ha ritenuto che l'obbligo di garanzia del cedente previsto dall'art. 1266 c.c. si estende anche alla cd. *veritas* dell'ipoteca, include cioè tanto l'esistenza dell'iscrizione ipotecaria quanto l'ammontare del credito da questa garantito.

Sulla qualificazione dell'atto di costituzione di ipoteca come oneroso o gratuito ai fini dell'esperibilità di azione revocatoria, Sez. 3, n. 18744/2017, Travaglino, Rv. 645370-01, ha ribadito che l'ipoteca iscritta dalla banca in sede di apertura di credito concessa ad un cliente già debitore per il saldo passivo di altro contratto di conto corrente – posta quindi a garanzia di tale preesistente obbligazione – non può considerarsi contestuale al sorgere del credito, rientrando *ipso facto* nel novero delle disposizioni patrimoniali a titolo oneroso.

Ai sensi dell'art. 2847 c.c., l'efficacia dell'iscrizione di ipoteca cessa se l'iscrizione non sia rinnovata entro venti anni dalla sua data, a nulla rilevando che tale termine spiri in pendenza del processo di esecuzione, a meno che non sia già stato emesso, prima della scadenza del termine ventennale, il decreto di trasferimento del bene ipotecato, dacché in questo momento alla *res* staggita si sostituisce definitivamente il prezzo ricavato dall'espropriazione (Sez. 6-3, n. 03401/2017, Barreca, Rv. 642754-01).

PARTE QUINTA

IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO SOSTANZIALE DEL LAVORO

(DI STEFANIA BILLI, LUIGI DI PAOLA, ILEANA FEDELE E VALERIA PICCONE, CRISTIANO VALLE)

SOMMARIO: 1. Costituzione del rapporto di lavoro e qualificazione come lavoro subordinato. – 1.1. Rapporto subordinato. – 1.2. Subordinazione e lavoro a progetto. – 2. Lavoro flessibile e precario. – 2.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato. – 2.1.1. L'indicazione e la valutazione delle causali per la legittima opposizione del termine. – 2.1.2. L'assunzione a termine dei dirigenti ed il limite quinquennale ex art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 368 del 2001. – 2.1.3. L'assunzione a termine di personale artistico da parte degli enti lirici. – 2.1.4. La decadenza ex art. 32 della l. n. 183 del 2010. – 2.1.5. L'indennità omnicomprensiva ex art. 32, commi 5-7, della l. n. 183 del 2010. – 2.1.6. Il contratto a termine nel pubblico impiego privatizzato. – 2.2. La somministrazione di lavoro. – 3. Mansioni e trasferimenti. – 4 Diritto sindacale. Contratto collettivo. – 5. Potere di controllo. – 6. Potere disciplinare. – 7. Dimissioni. – 8. Mutuo consenso. – 9. Licenziamento individuale. – 9.1. La forma e la comunicazione. – 9.2. La decadenza dall'impugnazione. – 9.3. Rilevanza dei motivi dedotti in giudizio a fondamento dell'illegittimità del licenziamento e poteri di rilevazione del giudice. – 9.4. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. – 9.5. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. – 9.6. Licenziamento della lavoratrice madre. – 9.7. Licenziamento dell'invalido. – 9.8. Licenziamento del socio lavoratore di cooperativa. – 9.9. Il superamento del periodo di comporto. – 9.10. Il licenziamento del dirigente. – 9.11. Tutela reale, tutela obbligatoria e risarcimento. – 9.12. Applicazioni della legge «Fornero». – 10. Licenziamenti collettivi. – 11. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. – 11.1. Giurisdizione. – 11.2. Passaggio del personale tra amministrazioni. – 11.3. Potere disciplinare. – 11.4. Altri aspetti del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato – 11.5. Equo indennizzo e altre domande risarcitorie. – 11.6. Questioni attinenti alla cessazione del rapporto. – 11.7. Incarichi dirigenziali. – 11.8. Disabili. – 11.9. Personale docente. – 11.10. Lettori di lingua straniera e collaboratori esperti linguistici. – 12. Il contratto di agenzia.

1. Costituzione del rapporto di lavoro e qualificazione come subordinato. Le pronunce di interesse hanno investito l'atteggiarsi della subordinazione in alcune situazioni peculiari (prestazioni standardizzate, occupazione in lavori socialmente utili) e le correlazioni e distinzioni tra la subordinazione ed il lavoro a progetto.

1.1. Rapporto subordinato. Sez. L, n. 23846/2017, De Felice, in corso di massimazione, ha affermato che ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, in caso di

prestazioni elementari, ripetitive e predeterminate nelle modalità di esecuzione (nella specie di un'addetta alla ricezione di scommesse in un'agenzia ippica), il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare significativo, occorrendo far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore, senza che rilevi, di per sé, l'assenza di un potere disciplinare né quello di un potere direttivo esercitato in modo continuativo.

In tema di occupazione di lavori socialmente utili o per pubblica utilità, Sez. L, n. 17101/2017, Blasutto, Rv. 644877-01, ha puntualizzato che la qualificazione normativa di tale fattispecie, avente matrice assistenziale e componente formativa, non esclude che in concreto il rapporto possa atteggiarsi come subordinato – assumendo rilievo a tal fine l'effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione pubblicistica e l'adibizione ad un servizio rientrante nei fini istituzionali dell'amministrazione – con conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c.

1.2. Subordinazione e lavoro a progetto. In due rilevanti sentenze sono stati precisati i concetti di “assenza” e di “specificità” del progetto.

Sez. L, n. 08142/2017, Riversono, Rv. 643584-01, ha affermato che, in tema di rapporti ex artt. 61 e ss. del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, l'assenza del progetto di cui all'art. 69, comma 1, del medesimo decreto, che ne rappresenta un elemento costitutivo, ricorre sia quando manchi la prova della pattuizione di alcun progetto, sia allorché il progetto, effettivamente pattuito, risulti privo delle sue caratteristiche essenziali, quali la specificità e l'autonomia.

Sotto tale ultimo profilo, Sez. L, n. 24379/2017, Riversono, Rv. 645615-01, ha chiarito che la nozione di “specifico progetto” deve ritenersi consistere – tenuto conto delle precisazioni introdotte nell'art. 61 cit. dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 – in un'attività produttiva chiaramente descritta ed identificata e funzionalmente ricollegata ad un determinato risultato finale, cui partecipa con la sua prestazione il collaboratore; la norma in esame non richiede che il progetto specifico debba inerire ad una attività eccezionale, originale o del tutto diversa rispetto alla ordinaria e complessiva attività di impresa. Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la pronuncia del

giudice di merito che, pur affermando la mancanza di uno specifico progetto nell'apertura e sviluppo di un nuovo punto vendita per la commercializzazione di una linea di produzione di alta moda diversa dall'ordinaria produzione di scarpe, aveva ritenuto provata la natura autonoma dei rapporti di lavoro, sul presupposto che l'art. 69, comma 1, del d.lgs. citato, prevedesse una presunzione relativa di subordinazione.

2. Lavoro flessibile e precario. La maggior parte delle pronunce concerne, in linea di continuità con i dati registrati negli anni passati, la tipologia del contratto a tempo determinato.

2.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato. La giurisprudenza sul punto è ormai consolidata sulle linee interpretative fondamentali, anche quanto all'applicazione dell'indennità risarcitoria, già prevista dall'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183. Del resto, con l'eliminazione del requisito della causalità per la legittima apposizione del termine (già disposta con il d.l. 20 marzo 2014, n. 34, conv. con modif. nella legge 16 maggio 2014, n. 78, e recepita nella nuova disciplina della materia, di cui agli artt. 19-29 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), è venuta meno la questione su cui verteva principalmente il contenzioso, vale a dire la sussistenza, o meno, delle ragioni giustificative.

2.1.1. L'indicazione e la valutazione delle causali per la legittima apposizione del termine. Con riferimento alle ragioni sostitutive, si segnala Sez. L, n. 20647/2017, Pagetta, Rv. 645606-01, che, in continuità con l'indirizzo più elastico espresso da Sez. L, n. 06787/2013, Blasutto, Rv. 626065-01, in riferimento alla pregressa disciplina di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 230, ha ritenuto ammissibile anche nel regime di cui all'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la realizzazione di un insieme di sostituzioni successive per scorrimento a catena (vale a dire che il lavoratore assunto a termine per ragioni sostitutive di altro dipendente assente non deve essere necessariamente destinato alle medesime mansioni o allo stesso posto del lavoratore assente), in tal modo valorizzando il potere organizzativo dell'imprenditore, purché sia sempre ravvisabile un nesso di causalità tra assenza ed assunzione a termine, nel senso che la seconda deve essere realmente determinata dalla necessità creatasi nell'azienda per effetto della prima.

Sez. L, n. 29781/2017, Amendola F., in corso di massimazione, ha affermato che in tema di contratti a tempo

determinato, l'accertamento della sussistenza di una concorde volontà delle parti diretta allo scioglimento del vincolo contrattuale costituisce apprezzamento di merito che, se immune da vizi logici, giuridici e adeguatamente motivato, si sottrae al sindacato di legittimità, secondo le rigorose regole sul vizio che può colpire la ricostruzione di ogni vicenda storica antecedente al contenzioso giudiziale, previste dall'art. 360, n. 5, c.p.c., tempo per tempo vigente.

2.1.2. L'assunzione a termine dei dirigenti ed il limite quinquennale ex art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 368 del 2001. Con riferimento al lavoro a termine dei dirigenti, è stato chiarito da Sez. L, n. 17010/2017, Amendola F., Rv. 644876-01, che il limite quinquennale di cui all'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 368 del 2001 non va considerato come termine finale massimo entro cui deve essere contenuto il rapporto, comprensivo di eventuali proroghe o rinnovi, bensì come vincolo di durata massima del singolo contratto. Il fondamento di tale assunto, in linea con l'interpretazione già resa da Sez. L, n. 22965/2013, Blasutto, Rv. 628259-01, in riferimento alla pregressa disciplina di cui alla l. n. 230 del 1962, è stato rinvenuto proprio nelle peculiari caratteristiche della figura del dirigente, tali da differenziare sul piano dell'art. 3 Cost. detta categoria di prestatori, per i quali il lavoro a termine non costituisce deroga al principio generale della normale durata a tempo indeterminato del contratto, in tal modo escludendosi l'applicazione delle disposizioni che, in caso di superamento del termine massimo, ne comportano la conversione, senza che tale interpretazione si ponga in contrasto con l'accordo quadro sul rapporto a tempo determinato recepito dalla direttiva 99/70/CE.

2.1.3. L'assunzione a termine di personale artistico da parte degli enti lirici. In ordine all'individuazione della disciplina applicabile alle assunzioni del personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale previste dal d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, Sez. L, n. 00208/2017, Blasutto, Rv. 642815-01, ha chiarito che il divieto di conversione in contratto a tempo indeterminato non è applicabile ai vizi genetici del primo contratto, in quanto l'art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 368 del 2001, circoscrive la disciplina esclusa alla materia dei rinnovi ed a quella connessa delle proroghe, come confermato dalla sentenza n. 260 del 2015 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 40, comma 1-bis, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con modif., dall'art. 1, comma 1, della legge 9 agosto 2013, n. 98, di interpretazione dell'art. 3, comma

6, primo periodo, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64, conv. con modif. dall'art. 1, comma 1, della legge 29 giugno 2010, n. 100, perché estendeva la portata della norma interpretata, che conteneva un riferimento specifico ai soli rinnovi dei contratti a termine.

2.1.4. La decadenza ex art. 32 della l. n. 183 del 2010. Sui problemi interpretativi insorti a seguito dell'introduzione del regime decadenziale *ex art. 32 della l. n. 183 del 2010*, Sez. L, n. 23861/2017, Blasutto, in corso di massimazione, ha ritenuto applicabile anche all'ipotesi di recesso *ante tempus* intimato per giusta causa in costanza di un rapporto di lavoro a tempo determinato il termine decadenziale di sessanta giorni per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in virtù della norma di chiusura di cui al comma 2 del citato art. 32, che ha esteso le disposizioni di cui all'art. 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del medesimo art. 32, anche a «a tutti i casi di invalidità del licenziamento».

2.1.5. L'indennità omnicomprensiva ex art. 32, commi 5-7, della l. n. 183 del 2010. In conformità a Sez. U, n. 21691/2016, Curzio, Rv. 641723-01-641723-02, Sez. L, n. 01552/2017, Cinque, Rv. 642522-01, ha ribadito che l'indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010 è applicabile anche nel caso di un'impugnazione relativa all'illegittimità del termine proposta prima dell'entrata in vigore della norma, atteso che lo *ius superveniens* rende proponibile una domanda nuova in secondo grado allorché la disciplina sopravvenuta investa una situazione di fatto dedotta già in primo grado, senza incidere su diritti acquisiti dal lavoratore.

Pienamente aderente alla linea espressa dalle Sezioni Unite citate, pure Sez. L, n. 05226/2017, Amendola F., Rv. 643426-01, che ha ribadito l'applicabilità della disciplina in tema di indennità *ex art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010*, in sede di legittimità, ancorché sopravvenuta all'emanazione della sentenza di appello, poiché rientra nella censura *ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.*, anche la violazione di disposizioni emanate dopo la pubblicazione della sentenza impugnata, ove retroattive e, quindi, applicabili al rapporto dedotto, in considerazione delle caratteristiche del giudizio di legittimità, il cui oggetto non è l'operato del giudice, ma la conformità della decisione adottata all'ordinamento giuridico. Peraltro, anche nell'ipotesi in cui sia stato proposto appello limitatamente al capo della sentenza concernente l'illegittimità del termine, va escluso che il capo concernente le conseguenze risarcitorie sia coperto da giudicato interno, in quanto legato al primo da un nesso di causalità

imprescindibile, ai sensi degli artt. 329, comma 2, e 336, comma 1, c.p.c.

2.1.6. Il contratto a termine nel pubblico impiego privatizzato. Nel corso del 2017 sono intervenute numerose pronunce che, nel solco tracciato da Sez. U, n. 05072/2016, Amoroso, Rv. 639065-01 e 639066-01, hanno affrontato il rilevante contenzioso sul cosiddetto “precariato pubblico”, a partire dal divieto di conversione del rapporto *ex art.* 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, fino ai profili risarcitori per il caso di abusiva reiterazione del termine.

In particolare, l’approdo ermeneutico di Sez. U n. 05072/2016 è stato pienamente condiviso dalla Sez. L in riferimento al settore scolastico. Infatti, in continuità rispetto alle pronunce già emesse (v. per tutte Sez. L, 22552/2016, Torrice, Rv. 641608-01) a seguito delle sentenze della Corte di giustizia (sentenza 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13) e della Corte cost. 20 luglio 2016 n. 187), la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che per la configurabilità dell’abuso da successione deve aversi riguardo alla reiterazione ultratriennale di supplenze su organico cd. di diritto, mentre non rileva di norma – salvo specifica deduzione – la mera successione di contratti a termine su organico cd. di fatto (Sez. L, n. 08935/2017, Blasutto, Rv. 643912-01). Quanto, poi, alle ricadute sanzionatorie dell’accertata illegittima reiterazione, è stata ritenuta (Sez. L, n. 12558/2017, Di Paolantonio, Rv. 644496-01) misura adeguata, secondo la giurisprudenza europea, la stabilizzazione conseguita dai docenti per effetto della legge 13 luglio 2015, n. 107, così come la stabilizzazione comunque intervenuta, anche in favore degli A.T.A., in virtù della disciplina sull’assunzione per il tramite delle graduatorie ad esaurimento, atteso che, in tal modo, i soggetti interessati hanno conseguito il “bene della vita”, salva la possibilità per il lavoratore di offrire la prova del maggior danno non coperto dall’intervenuta assunzione in ruolo; a tal fine, alla stabilizzazione è stata equiparata la certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato in ruolo ai sensi della l. n. 107 del 2015, mentre non è sufficiente la mera *chance*, con riconoscimento, in tale ultimo caso, del diritto al risarcimento del danno, da liquidare secondo i criteri affermati da Sez. U n. 05072/2016.

Sempre in relazione al cd. “precariato scolastico” la S.C. ha dato continuità anche al principio già espresso da Sez. L, 22558/2016, Di Paolantonio, Rv. 641598-01 e 641599-01, in ordine alla computabilità dei periodi di supplenza ai fini del riconoscimento della

progressione stipendiale, in diretta applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul rapporto a tempo determinato recepito dalla direttiva 99/70/CE, riconoscendo al personale del comparto scuola assunto con contratti a termine la medesima progressione stipendiale prevista per i dipendenti a tempo indeterminato dai c.c.n.l. succedutisi nel tempo, mentre non è applicabile ai contratti a tempo determinato del personale del comparto scuola l'art. 53 della legge 11 luglio 1980, n. 312 – che prevedeva scatti biennali di anzianità per il personale non di ruolo – la cui perdurante vigenza è stata affermata, ex artt. 69, comma 1, e 71 del d.lgs. n. 165 del 2001, dal c.c.n.l. 4 agosto 1995 e dai contratti successivi, limitatamente agli insegnanti di religione; sicché va respinta la domanda limitata al riconoscimento degli scatti ex art. 53 della l. n. 312 del 1980, in difetto di autonoma domanda, anche subordinata, intesa al riconoscimento della progressione stipendiale nella stessa misura prevista per i dipendenti a tempo indeterminato, in applicazione del principio di non discriminazione (Sez. 6-L, n. 26108/2017, Ghinoy, Rv. 645918-01).

I medesimi orientamenti – quanto ai presupposti per la risarcibilità del danno ex art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 ed all'applicazione del principio di non discriminazione ai fini del riconoscimento dell'anzianità di servizio – sono stati espressi anche al di fuori del settore scolastico. Infatti, la stabilizzazione prevista dall'art. 1, comma 519, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è stata ritenuta come misura equivalente, idonea a sanzionare debitamente l'abuso da reiterazione illegittima dei contratti a termine, ai fini della compatibilità dell'ordinamento interno al diritto europeo, in quanto consente all'interessato di ottenere il medesimo “bene della vita” per il quale ha agito giudizialmente, salva la prova dell'eventuale maggior danno sofferto dal lavoratore, che però, in tal caso, non beneficia di alcuna agevolazione da danno presunto (Sez. L, n. 16336/2017, Tricomi I., Rv. 644860-01). D'altro canto, proprio in applicazione del principio di non discriminazione, al lavoratore stabilizzato a seguito della procedura prevista dalla l. n. 296 del 2006 deve essere riconosciuta l'anzianità di servizio maturata in precedenza, allorché le funzioni svolte siano identiche a quelle già esercitate nell'ambito del contratto a termine (Sez. L, n. 27950/2017, Miglio, in corso di massimazione).

Sempre sul piano della tutela risarcitoria, è stato ritenuto (Sez. L, n. 09402/2017, Blasutto, Rv. 643756-01) che l'illegittimità dell'apposizione del termine va verificata in relazione a ciascuno dei contratti oggetto di impugnativa giudiziale, in quanto la preclusione alla conversione del rapporto richiede l'accertamento dell'effettiva

entità dell'abusiva reiterazione anche ai fini della quantificazione del danno risarcibile *ex art.* 36 del d.lgs. n. 165 del 2001.

La conversione del rapporto a tempo indeterminato è stata esclusa (Sez. L, n. 05229/2017, Cavallaro, Rv. 643193-01) anche nell'ipotesi di ente pubblico economico preposto ai trasporti regionali, sul rilievo che la legge regionale impone l'assunzione del relativo personale esclusivamente tramite concorso pubblico, limitazione ritenuta compatibile con i parametri costituzionali ed europei proprio in virtù della natura "sostanzialmente pubblica" del soggetto che figura quale datore di lavoro. Quanto, invece, ai contratti a termine preordinati alla stabilizzazione dei soggetti impiegati in lavori socialmente utili, stipulati in virtù di legge regionale, non può escludersi, in via di principio, l'applicazione dell'accordo quadro e della direttiva in materia, oltre che del d.lgs. n. 368 del 2001 di recepimento, richiedendosi l'accertamento del concreto svolgimento del rapporto, non essendo sufficiente la qualificazione formale attribuita dal legislatore regionale (Sez. L, n. 25672/2017, Tricomi I., in corso di massimazione).

Infine, anche nel caso di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con una pubblica amministrazione stipulato al di fuori dei presupposti di legge, è stata respinta la domanda intesa alla conversione del rapporto, affermandosi il diritto del lavoratore ad una tutela solo risarcitoria, nei limiti di cui all'art. 2126 c.c., qualora sia riconosciuta nella sostanza la subordinazione (Sez. L, n. 03384/2017, Blasutto, Rv. 643083-01).

2.2. La somministrazione di lavoro. In ordine al contrasto sostanzialmente interno alla Sezione Lavoro circa l'estensione o meno della decadenza introdotta dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 ai contratti di somministrazione già scaduti alla data del 24 novembre 2010, è prevalsa l'interpretazione estensiva già espressa da Sez. L, n. 02420/2016, Manna A., Rv. 638725-01. Infatti, Sez. L, n. 07788/2017, Boghetich, Rv. 643589-01, ha ribadito che il regime decadenziale si applica anche ai contratti a termine in somministrazione cessati o stipulati prima della data di entrata in vigore della legge, assumendosi la piena legittimità di tale interpretazione anche sul piano della normativa costituzionale (artt. 24 Cost.) ed europea (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE ed artt. 6 e 13 della CEDU), considerato anche il tempo riconosciuto agli interessati per la conoscibilità della nuova disciplina, in virtù della proroga disposta «in sede di prima applicazione» dal comma 1-bis del medesimo art. 32.

3. Mansioni e trasferimenti. In relazione all'applicazione dell'art. 2103 c.c. nel corso dell'anno la S.C. ha effettuato alcune importanti precisazioni in materia di *ius variandi*, con riferimento a specifici settori di lavoratori, ma anche in tema di tutela dei portatori di disabilità.

Con riguardo al diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, ex art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, Sez. L, n. 23857/2017, Curcio, in corso di massimazione, ha ribadito, in linea con Sez. U, n. 07945/2008, Vidiri, Rv. 602352-01, che grava sulla parte datoriale l'onere di provare la sussistenza di ragioni organizzative, tecniche e produttive che impediscono l'accoglimento delle relative richieste.

In tema Sez. L, n. 24015/2017, Torrice, in corso di massimazione, ha precisato che il divieto di trasferimento del lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, nel testo modificato dall'art. 24, comma 1, lett. b), della l. n. 183 del 2010, opera ogni volta muti definitivamente il luogo geografico di esecuzione della prestazione, anche nell'ambito della medesima unità produttiva che comprenda uffici dislocati in luoghi diversi. In proposito ha motivato che lo stesso dato testuale della norma, che fa riferimento alla sede di lavoro, non consente di ritenere tale nozione corrispondente all'unità produttiva di cui all'art. 2103 c.c.

Con riferimento alla sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni Sez. L, n. 18506/2017, Spina, Rv. 645109-01, ha chiarito che la richiesta del lavoratore di assegnazione a mansioni diverse, comporta, per il datore di lavoro, l'obbligo di adibizione del prestatore ad altre posizioni di utile collocazione compatibili con le condizioni di salute del lavoratore, ovvero l'onere di provare la indisponibilità di tali posizioni. Rilevante è la precisazione dell'inesistenza di un obbligo di previa allegazione, da parte del lavoratore, di posizioni specifiche esistenti in azienda.

Per quanto riguarda l'esercizio dello *ius variandi* si segnala l'affermazione di Sez. L, n. 19092/2017, Garri, Rv. 645267-01, secondo cui, in caso di suo legittimo esercizio, da parte del datore di lavoro, la garanzia della irriducibilità della retribuzione, prevista dall'art. 2103 c.c., si estende alla sola retribuzione compensativa delle qualità professionali intrinseche essenziali delle mansioni precedenti,

ma non a quelle componenti della retribuzione che siano erogate per compensare particolari modalità della prestazione lavorativa.

In tema di trasferimento, è interessante la precisazione effettuata da Sez. L, n. 18178/2017, Negri Della Torre, Rv. 645003-01, a proposito del trasferimento non adeguatamente motivato, la sua mancata ottemperanza da parte del lavoratore trova giustificazione, sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento, ex art. 1460 c.c., sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti. La sentenza ha affermato l'inesistenza di una presunzione di legittimità dei provvedimenti aziendali che imponga l'ottemperanza agli stessi fino ad un contrario accertamento in giudizio.

In materia di trasferimento dei dipendenti postali, già assunti a termine, la verifica della eccedenza presso la sede di provenienza, di cui all'accordo sindacale del 29 luglio 2004, ad avviso di Sez. L, n. 12093/2017, Roverso, Rv. 644338-01 va effettuata in riferimento al momento della concreta riammissione in servizio, e non a quello della pronuncia della sentenza, La finalità è, quella, infatti, di consentire, con lo spostamento del personale dalle sedi sovraffollate a quelle carenti, l'effettivo riequilibrio delle presenze in organico cui è finalizzato l'accordo, necessario per regolamentare una vicenda peculiare che ha visto coinvolti un numero elevato di lavoratori.

Per quanto riguarda, infine, gli insegnanti Sez. L, n. 10833/2017, Tricomi I., Rv. 644223-01 ha affermato che il trasferimento per incompatibilità ambientale, regolato dagli artt. 468 e 469 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, ove la contrattazione collettiva non abbia diversamente disposto, e, per quanto non previsto, dai principi generali fissati dall'art. 2103 c.c., ha natura cautelare e non disciplinare. La conseguenza è l'inapplicabilità della procedura di cui agli artt. 503 e 504 dello stesso decreto per i trasferimenti disciplinari. La sentenza ha chiarito, quindi che, in assenza di specifiche previsioni, il termine per l'adozione del relativo provvedimento è quello ragionevole oltre il quale verrebbero meno le esigenze di sua urgenza, mentre il diritto di difesa è soddisfatto dalla possibilità per l'interessato di far pervenire le proprie osservazioni al dirigente prima dell'emanazione dell'atto.

4. Diritto sindacale. Contratto collettivo. Con riferimento al profilo della legittimazione a promuovere l'azione di repressione della condotta antisindacale, prevista dall'art. 28 st.lav., Sez. L, n. 05321/2017, Manna A., Rv. 643274-01, ha precisato che la legittimazione in questione deve riconoscersi agli organismi locali delle "associazioni sindacali nazionali", per la cui identificazione è

necessario e sufficiente lo svolgimento di un'effettiva azione sindacale non su tutto, ma su gran parte del territorio nazionale, senza che sia indispensabile che l'associazione faccia parte di una confederazione, né che sia maggiormente rappresentativa.

Sempre in tema, Sez. L, n. 17915/2017, Amendola F., Rv. 644999-01, ha affermato che per “associazioni sindacali nazionali” devono intendersi quelle che abbiano una struttura organizzativa articolata a livello nazionale e che svolgano attività sindacale su tutto o su ampia parte del territorio nazionale, mentre non è necessaria la sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali, che rimane un indice tipico, ma non l'unico, rilevante ai fini della “nazionalità”; sono, viceversa, diversi i requisiti previsti per la legittimazione a costituire le rappresentanze sindacali titolari dei diritti di cui al titolo terzo della legge citata, posto che l'art. 19, a questo specifico scopo, richiede la sottoscrizione di contratti collettivi nazionali, o anche provinciali o aziendali, purché applicati in azienda.

5. Potere di controllo. Nell'ambito del potere di controllo, che si colloca accanto a quello direttivo ed al disciplinare, un particolare interesse, anche nell'ultimo anno, ha destato la questione afferente i controlli a distanza del lavoratore.

Al riguardo, Sez. L, n. 26682/2017, Amendola F, in corso di massimazione, si è occupata del peculiare caso in cui nell'azienda, secondo quanto accertato dalla corte territoriale, era prassi nota la duplicazione periodica di tutti i dati contenuti nei computer aziendali, mentre la prova testimoniale aveva confermato che la lettura di tali file operata dall'azienda era stata imposta dall'anomalia segnalata dall'amministratore di sistema, il quale l'aveva imputata proprio al tentativo di cancellazione dei file che il sistema conservava, inclusi i messaggi di posta elettronica. Il giudice di merito aveva, quindi, ritenuto che non si fosse trattato di controlli volti a perseguire l'esatto adempimento dell'obbligazione lavorativa e, anzi, nemmeno diretti ad effettuare controlli di tipo difensivo ma esclusivamente all'acquisizione di un dato registrato dalle apparecchiature aziendali, della cui conservazione e duplicazione il lavoratore era al corrente. La lettura di tale dato trovava la sua ratio, osserva S.C., nella urgenza di provvedere in ordine ad un comportamento volto ad eludere la prassi stessa e tale da far ragionevolmente sorgere il sospetto dell'effettuazione di condotte lesive di beni sostanzialmente estranei all'adempimento delle obbligazioni lavorative, ma intesi alla difesa di altri beni, fra cui, innanzitutto, l'immagine dell'impresa e la tutela della dignità di altri lavoratori.

La S.C. sottolinea la conformità di tale opzione interpretativa all'insegnamento del giudice di legittimità secondo cui (sul punto, Sez. L, n. 02722/2012, Mammone, Rv. 62215-01) in tema di controllo del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, comma 2, st.lav., espressamente richiamato dall'art. 114 del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, per l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, dai quali derivi la possibilità di verifica a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione ai controlli, cd. difensivi, diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando, però, tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro; ciò non accade, invece, quando riguardino la tutela di beni estranei al rapporto stesso. Esula, quindi, dall'ambito di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale (il riferimento è a Sez. L, n. 10955/2015, Doronzo, Rv. 635531-01). In ordine al controllo da parte del datore di lavoro sull'utilizzo dello strumento presente sul luogo di lavoro e in uso al lavoratore per lo svolgimento della prestazione, d'altro canto, la S.C., premesso che la materia esula dai cd. controlli a distanza disciplinati dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, ha precisato che il datore di lavoro può effettuare dei controlli mirati (direttamente o attraverso la propria struttura) al fine di verificare il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro (ai sensi degli artt. 2086, 2087 e 2104 c.c.), tra cui i p.c. aziendali, purché rispetti la libertà e la dignità dei lavoratori, nonché, con specifico riferimento alla disciplina in materia di protezione dei dati personali dettata dal d.lgs. n. 196 del 2003, i principi di correttezza, di pertinenza e non eccedenza di cui all'art. 11, comma 1 (sul punto, Sez. L, n. 22313/2016, Ghinoy, Rv. 641427-01). Nel caso di specie la corte territoriale aveva accertato che l'attività di controllo posta in essere da parte datoriale non aveva avuto ad oggetto l'attività lavorativa ed il suo corretto adempimento ed inoltre che era preventivamente nota ai dipendenti la duplicazione periodica di tutti i dati contenuti nei computer aziendali oltre alla loro conservazione e duplicazione.

Sempre con riguardo ai controlli difensivi, Sez. L, n. 10636/2017, Lorito, Rv. 644091-01, ha richiamato la giurisprudenza anteriore alla riscrittura dell'art. 4 st.lav., secondo cui la norma in questione fa parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera

della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore (il richiamo è a Sez. L, n. 08250/2000, Stile, Rv. 537708-01), sul presupposto che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro.

La S.C. sottolinea il consolidamento della tesi concernente la tendenziale ammissibilità dei controlli difensivi "occulti", anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, in quanto diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, ferma comunque restando la necessaria esplicitazione delle attività di accertamento mediante modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti, con le quali l'interesse del datore di lavoro al controllo ed alla difesa della organizzazione produttiva aziendale deve contemperarsi, e, in ogni caso, sempre secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale (vedi Sez. L, n. 10955/2015, Doronzo, Rv. 635531-01). Nell'ambito di tale tesi, quindi, si richiama Sez. L, n. 22662/2016, Esposito L., Rv. 641604-01 secondo cui non è soggetta alla disciplina dell'art. 4, comma 2, st.lav. l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo poste a tutela del patrimonio aziendale dalle quali non derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività lavorativa, né risulti in alcun modo compromessa la dignità e la riservatezza dei lavoratori.

6. Potere disciplinare. La questione concernente i rapporti fra procedimento penale e procedimento disciplinare, con particolare riferimento al rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, ha formato oggetto di una decisione che ha approfonditamente analizzato, in relazione a tale aspetto, le implicazioni concernenti i rapporti con il diritto di matrice convenzionale.

Al riguardo Sez. L, n. 25485/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, premette che, qualora si denunci la violazione dell'art. 117 Cost. in relazione alle norme della CEDU, queste ultime devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (il richiamo è a Corte cost. 20 luglio 2016 n. 193); la S.C. afferma quindi che, avuto riguardo ai criteri indicati dalla Corte di Strasburgo, richiamati anche nelle pronunce della Corte cost., deve escludersi che le sanzioni disciplinari inflitte dal datore di lavoro abbiano natura penale ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del

protocollo 7 perché il potere disciplinare non è espressione della pretesa punitiva dell'autorità pubblica e nei rapporti disciplinati dal d.lgs. n. 165 del 2001 ha natura privatistica-contrattuale. La sanzione disciplinare, infatti, è strettamente correlata al potere direttivo del datore di lavoro, inteso come potere di conformazione della prestazione alle esigenze organizzative dell'impresa o dell'ente, potere che comprende in sé quello di reagire alle condotte del lavoratore che integrano inadempimento contrattuale. La previsione della sanzione disciplinare non è posta, secondo la S.C., a tutela di interessi primari della collettività, tutelabili erga omnes, né assolve alla funzione preventiva propria della pena, e, pertanto, l'interesse che attraverso la sanzione disciplinare si persegue, anche qualora i fatti commessi integrino illecito penale, è sempre quello del datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni che scaturiscono dal rapporto.

Con riferimento all'ipotesi di trasferimento del dipendente per ritenuta incompatibilità ambientale, Sez. L, n. 02143/2017, Blasutto, Rv. 642867-01, ha affermato che tale peculiare ipotesi di trasferimento non ha natura disciplinare, trovando la sua ragione nelle esigenze tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 c.c. In particolare, la S.C. precisa che l'istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale di cui all'articolo 32, comma 4, del T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, (abrogato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 43, comma 5) prevedeva che "il trasferimento da una ad altra sede può essere disposto anche quando la permanenza dell'impiegato in una sede nuoce al prestigio dell'ufficio." L'istituto è ora riconducibile alle ragioni tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 c.c. La sua adozione è, quindi, subordinata ad una valutazione discrezionale dei fatti che possono fare ritenere nociva, per il prestigio ed il buon andamento dell'ufficio, l'ulteriore permanenza dell'impiegato in una determinata sede. Si tratta, pertanto, di un provvedimento che non ha carattere disciplinare, con la conseguenza che la sua legittimità prescinde dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. In tali casi, 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 che la P.A. datrice di lavoro ha posto a suo fondamento: il controllo stesso. Esso, quindi, non può essere esteso al merito della scelta organizzativa, 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 sul piano tecnico, organizzativo o produttivo.

In ordine ai rapporti fra responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale, Sez. L, n. 24905/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, muove dall'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001 affermando che tale norma, nel testo originario, consentiva alle P.A. di revocare l'incarico dirigenziale in considerazione del mancato raggiungimento degli obiettivi o dei risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione. Il secondo comma della norma prevedeva, poi, che potesse essere negato al dirigente un nuovo incarico, oltre che nell'ipotesi di ripetuta valutazione negativa, anche nel caso di "grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo che poteva legittimare il recesso dal rapporto di lavoro "nei casi di maggiore gravità". La norma è stata riscritta dall'art. 3, comma 2, della legge 15 luglio 2002 n. 145 che, oltre a tenere distinta la responsabilità dirigenziale da quella disciplinare (il legislatore ha, infatti, inserito l'inciso "ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo"), ha limitato la stessa al mancato raggiungimento degli obiettivi e all'inosservanza delle direttive "imputabili al dirigente", eliminando il riferimento ai risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione. La nuova formulazione, secondo S.C., esprime la volontà del legislatore di accentuare, rispetto alla configurazione di detto tipo di responsabilità, il ruolo svolto dagli obiettivi, massimizzando l'effetto del mancato raggiungimento degli stessi ed orientando verso un accertamento di tipo oggettivo, che prescinde, cioè, da colpevoli inadempimenti nella gestione dell'ufficio e delle risorse umane e strumentali. In tal modo il legislatore, ha tenuto a precisare che la responsabilità dirigenziale va distinta da quella disciplinare, ha individuato l'elemento caratterizzante la prima delle due forme di responsabilità nella incapacità del dirigente di raggiungere il risultato programmato, incapacità che prescinde da condotte realizzate in violazione di singoli doveri, in quanto la idoneità alla funzione si misura sui risultati che il dirigente è stato capace di assicurare rispetto a quelli attesi, non già sui comportamenti tenuti. La S.C. richiama, poi, la precedente Sez. L, n. 01753/2017, Di Paolantonio, Rv. 642784-01, con la quale si è sottolineato che, anche nel caso di "inosservanza delle direttive imputabili al dirigente", ossia di comportamento nel quale potrebbe essere ravvisato un tipico inadempimento, fonte di responsabilità disciplinare, il discrimine deve essere individuato nel collegamento con la verifica complessiva dei risultati, talché l'addebito rileverà in sede disciplinare solo nella ipotesi in cui l'amministrazione ritenga che

la violazione in sé dell'ordine e della direttiva, in quanto inadempimento contrattuale, debba essere sanzionata. Dovrà, invece, essere ricondotta alla responsabilità dirigenziale qualora la violazione medesima abbia inciso negativamente sulle prestazioni richieste al dirigente ed alla struttura dallo stesso diretta.

Con riguardo alla vexata quaestio della immutabilità della contestazione disciplinare, Sez. L, n. 26678 /2017, De Gregorio F., in corso di massimazione, con particolare riferimento al licenziamento disciplinare, ha affermato che il fatto contestato ben può essere ricondotto ad una diversa ipotesi disciplinare in quanto, in tal caso, non si verifica una modifica della contestazione, ma solo un diverso apprezzamento dello stesso fatto, ma l'immutabilità della contestazione preclude al datore di lavoro di far poi valere, a sostegno della legittimità del licenziamento stesso, circostanze nuove rispetto a quelle contestate, tali da implicare una diversa valutazione dell'infrazione anche diversamente tipizzata dal codice disciplinare apprestato dalla contrattazione collettiva, dovendosi garantire l'effettivo diritto di difesa che la normativa sul procedimento disciplinare di cui all'art. 7 st.lav., assicura al lavoratore incolpato. Si tratta di un caso in cui la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento disciplinare intimato ad un addetto alla riscossione del pedaggio autostradale, per una contestazione di impossessamento, mediante sottrazione, e indebito uso di una tessera prepagata a scalare (Viacard) ritirata dall'apparecchiatura automatica, mutata in sede contenziosa in impossessamento a seguito di smarrimento della tessera da parte del titolare, al momento della sua utilizzazione presso il casello autostradale.

Con riguardo alla motivazione per relationem, Sez. L n. 29240/2017, Garri, in corso di massimazione, ha ribadito che la contestazione dell'addebito ha lo scopo di consentire al lavoratore incolpato l'immediata difesa e deve, conseguentemente, rivestire il carattere della specificità, senza l'osservanza di schemi prestabiliti e rigidi, purché siano fornite al lavoratore le indicazioni necessarie per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti addebitati. La S.C. ha ritenuto la piena ammissibilità della contestazione "per relationem", mediante il richiamo agli atti del procedimento per sequestro conservativo effettuato dalla Corte dei Conti nell'ambito dell'azione erariale esercitata nei confronti del dipendente, atteso che le ragioni del sequestro, riassunte nel verbale della Guardia di Finanza ad esso allegato e richiamato nella contestazione di addebito, erano state in maniera incontestata portate a conoscenza dell'interessato: in tal

modo, quindi, erano risultati rispettati i principi di correttezza e di garanzia del contraddittorio in funzione dei quali era stata richiesta la verifica della specificità della contestazione.

Relativamente ai termini connessi ai provvedimenti disciplinari, Sez. L, n. 21260/2017, Di Paolantonio, Rv. 645804-01, ha affermato che, mentre il termine per la contestazione è finalizzato a garantire la tempestività dell'esercizio del potere, in funzione della necessaria tutela del diritto di difesa del lavoratore ed in considerazione del principio del legittimo affidamento sulla irrilevanza disciplinare della condotta, il termine per la conclusione è volto a garantire la certezza delle situazioni giuridiche. Ciò implica che, una volta avviato il procedimento, è necessaria una valutazione tempestiva da parte del datore di lavoro delle giustificazioni fornite dal lavoratore e una decisione, altresì tempestiva, sulla rilevanza della condotta e sulla scelta della sanzione da irrogare. Con particolare riguardo, quindi, all'art. 227 del c.c.n.l. del 26 febbraio 2011 per i dipendenti delle aziende del commercio e del terziario, la S.C. ha ritenuto che lo stesso vada interpretato nel senso che è sufficiente che il datore abbia tempestivamente manifestato, entro il termine ivi previsto, la volontà di irrogare la sanzione, a nulla rilevando che la stessa sia portata a conoscenza del lavoratore successivamente alla scadenza del termine medesimo.

Con riferimento al settore metalmeccanici, Sez. L, n. 22295/2017, Boghetich, Rv. 645443-01, ha affermato che l'art. 23 del c.c.n.l. Industria Metalmeccanica richiede una specifica ed espressa comunicazione scritta del lavoratore tesa ad informare il datore di lavoro del cambiamento di domicilio; il termine – stabilito dallo stesso articolo – di sei giorni dal ricevimento delle giustificazioni del lavoratore, entro cui comminare i provvedimenti disciplinari diversi dal richiamo verbale, è rispettato con la spedizione della lettera contenente l'irrogazione della sanzione.

Con riguardo alla richiesta di differimento dell'audizione in caso di licenziamento disciplinare, Sez. L, n. 23510/2017, Patti, in corso di massimazione, ribadisce il consolidato orientamento secondo cui, ai sensi dell'art. 7 st.lav., salvo che la richiesta del lavoratore di differimento dell'audizione sia giustificata da una possibilità di presenziare meramente disagevole o sgradita, sussiste l'obbligo per il datore di lavoro di accoglierla soltanto se essa risponda ad un'esigenza difensiva non altrimenti tutelabile. Pertanto, secondo S.C., il lavoratore ha diritto, qualora ne abbia fatto richiesta, ad essere sentito oralmente dal datore di lavoro, così intendendo il primo esercitare il proprio diritto di difesa e il secondo avendone l'obbligo

correlativo: e l'accertamento, in ordine alla compatibilità delle modalità di convocazione del lavoratore con i principi di buona fede e lealtà contrattuale, è rimesso al giudice di merito, la cui valutazione è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivata come avvenuto, secondo la S.C., nel caso considerato, nel quale il giudice di merito ha ritenuto ingiustificato il rifiuto opposto dalla società datrice alla richiesta di differimento dell'audizione tempestivamente ricevuta per l'impossibilità della dipendente a presenziare in ragione di uno stato di malattia debitamente certificato.

Ancora in tale ambito, Sez. L, n. 25379/2017, Blasutto, Rv. 645892-01 ha affermato che l'art. 55 *bis*, comma 2, quarto periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella formulazione *ratione temporis* applicabile, si interpreta nel senso che, nell'ipotesi di differimento superiore a dieci giorni motivato da impedimento del lavoratore, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente alla durata del differimento e non già a quella dell'impedimento, senza che tale interpretazione esponga il lavoratore al mero arbitrio datoriale, in virtù del dovere della P.A. di attenersi ai principi di buona fede e correttezza nell'esplicazione di atti connotati da discrezionalità.

In tema di licenziamento disciplinare, Sez. L, n. 14453/2017, Negri Della Torre, Rv. 644858-01, ha confermato il risalente arresto secondo cui il principio di cui all'art. 7, ultimo comma, st.lav., in base al quale non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione, non vieta di considerare fatti non contestati, e collocantisi a distanza anche superiore ai due anni dal recesso, quali circostanze confermatrici della significatività di altri addebiti posti a base del licenziamento, al fine della valutazione della complessiva gravità, sotto il profilo psicologico delle inadempienze del lavoratore e della proporzionalità o meno del correlativo provvedimento sanzionatorio dell'imprenditore (il richiamo è a Sez. L, n. 06523/1996, Trezza, Rv. 498648-01).

In materia di rimborso al dipendente delle spese legali sostenute per la propria difesa in sede penale, Sez. L, n. 28785/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, con riguardo ai dirigenti medici, ha posto in risalto che la disciplina applicabile non può che essere quella vigente al momento dell'instaurazione del processo penale e a dette conclusioni è pervenuta dopo avere escluso che il diritto al rimborso possa essere ritenuto connaturato al rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, valorizzando i principi già affermati da Sez. L, n. 18944/2016, Torrice, Rv. 6441182-01, e Sez. L, n. 18946/2016, Torrice, Rv. 641183-01, quanto alle condizioni che

devono ricorrere affinché sorga a carico dell'amministrazione l'obbligo di assumere la difesa del dipendente, obbligo al quale il rimborso è inscindibilmente correlato. In tal modo la S.C. ha dato continuità all'orientamento seguito anche dalla corte territoriale alla luce di quanto affermato dalle Sez. U che, pur se pronunciando ai fini del riparto di giurisdizione, hanno evidenziato che "la disposizione è strutturata nel senso che l'obbligo del datore di lavoro, in questi casi, ha ad oggetto non già il rimborso al dipendente dell'onorario corrisposto ad un difensore di sua fiducia, ma l'assunzione diretta degli oneri di difesa fin dall'inizio del procedimento, con la nomina di un difensore di comune gradimento. È per questo motivo che l'obbligo del datore scatta e non può che scattare quando il procedimento viene aperto." (Sez. U n. 17473/2009, La Terza, Rv. 609180-01 pronunciata in fattispecie nella quale veniva in rilievo la disciplina dettata per i dipendenti degli enti locali dall'art. 67 del d.P.R. 13 maggio 1987 n. 268, di identico contenuto rispetto all'art. 41 del d.P.R. del 20 maggio 1987 n. 270).

In materia di *discrimen* fra procedimento disciplinare e altro genere di procedimento, Sez. L, n. 25670/2017, Tria, Rv. 645897-01, ha affermato che in tema di assegnazione alle ASL di professori e ricercatori universitari per l'esercizio di attività assistenziale, il potere del direttore generale di disporre la sospensione e l'allontanamento nei casi di gravissime mancanze ai doveri d'ufficio, previsto dall'art. 5, comma 14, del d.lgs. n. 517 del 1999, non ha carattere disciplinare, atteso che tale configurazione si pone in contrasto con l'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, che lo attribuisce solo all'amministrazione datrice di lavoro e ne rinvia la disciplina alla contrattazione collettiva. Questo potere, tuttavia, non può nemmeno considerarsi "strumentale" rispetto al potere disciplinare del rettore, che equivarrebbe a negare l'autonomia e la pari-ordinazione connaturate al rapporto tra Università e Azienda sanitaria, informato al principio di leale cooperazione: Conclude, quindi, il Collegio, affermando che il potere in questione va configurato come un potere autonomo, che il Direttore generale è abilitato ad esercitare tutte le volte in cui ritenga che ne ricorrano i presupposti di legge, alla sola condizione del previo parere espresso, entro ventiquattro ore dalla richiesta, da un apposito Comitato di tre garanti (nominati di intesa tra rettore e direttore generale), che resta distinto dal potere di iniziativa riservato al Direttore generale.

7. Dimissioni. Il delicato rapporto fra collocamento in ferie durante il periodo di preavviso e legittimità del recesso del dipendente

precedentemente dimessosi è affrontato da Sez. L, 00985/2017, Patti, Rv. 642516-01, in un caso nel quale risultava incontestato che il lavoratore, dirigente bancario, a seguito delle proprie dimissioni, in data 31 gennaio 2008, si era reso disponibile a lavorare durante il periodo di preavviso di tre mesi, ma era poi receduto il successivo 11 febbraio 2008 per giusta causa, per effetto della decisione della banca datrice di collocarlo, senza il suo consenso, in ferie per il godimento di quelle ancora non fruite, pari a sessantadue giorni, coincidenti con il periodo di preavviso residuo.

Secondo la S.C., al preavviso è indubbiamente da attribuire un'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), a meno 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 (fra le altre, Sez. L, n. 22443/2010, Curzio, Rv. 615081-01). Qualora, quindi, la parte opti per la continuazione del rapporto, durante il suo decorso proseguiranno gli effetti del contratto tra cui il diritto del lavoratore di godere delle ferie.

Sussiste, secondo la S.C., la legittima facoltà del datore di lavoro, nell'ambito dei suoi poteri gestori e organizzativi del rapporto di lavoro la possibilità di collocare in ferie il lavoratore che renda la prestazione durante il preavviso conseguente al recesso: con il limite di evitare la sovrapposizione dei due periodi, vietata dall'art. 2109, ultimo comma c.c. Nel caso scrutinato la S.C. ha concluso, quindi, evidenziando l'estensione del potere del giudice di legittimità (e richiamando, all'uopo, fra le più recenti, Sez. L, n. 05592/2016, Patti, Rv. 639305-01) ed il potere della stessa di sindacare l'attività di integrazione del precetto normativo compiuta dal giudice di merito, a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza del predetto giudizio rispetto agli *standard*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (il richiamo è, fra le altre, a Sez. L, n. 06498/2012, Tricomi I., Rv. 622158-01).

Uno degli aspetti nodali delle questioni afferenti la risoluzione del rapporto di lavoro per dimissioni è, come sempre, quello procedurale, sul quale, nell'anno trascorso, si è particolarmente soffermata Sez. L, n. 24750/2017, Garri, in corso di massimazione,

occupandosi, in particolar modo, della modifica della domanda: escludendone la configurabilità nell'allestimento di difese da parte del lavoratore-ricorrente nei cui confronti sia stata sollevata una eccezione volta a paralizzare l'esame della domanda proposta con il ricorso introduttivo del giudizio.

La S.C. ha affermato che nel giudizio di accertamento della continuità del rapporto di lavoro, qualora la parte datoriale convenuta sollevi, sin dalle prime difese opposte all'atto introduttivo, un'eccezione di intervenute dimissioni del lavoratore, la deduzione di quest'ultimo tesa a far constare la nullità del relativo negozio per vizio di forma ex art. 1 l. n. 188 del 2007 (applicabile *ratione temporis*) non comporta una modifica della domanda iniziale e un ampliamento del "thema decidendum", integrando, per converso, una controeccezione in senso lato, rilevabile anche d'ufficio.

Particolarmente interessante, con riguardo al principio di non contestazione, Sez. L, n. 13182/2017, Bronzini, Rv. 644516-01, in un caso in cui si allegava la violazione e falsa applicazione dell'art. 4 comma 18, della l. n. 92 del 2012. La S.C. ha reputato che le dimissioni rassegnate dal lavoratore in base all'art. 4 della legge 28 giugno 2012, n. 92, una volta convalidate, determinano la risoluzione del rapporto, indipendentemente da una non contestazione da parte del dipendente che con la sua inerzia contribuisca a consolidarle, potendo essere revocate solo nelle ipotesi tassative di cui ai commi 19 e 20 del citato articolo.

8. Mutuo consenso. Anche nel 2017 la S.C. ha avuto modo di occuparsi di una delle questioni più significative riguardanti l'estinzione del rapporto per mutuo consenso, e, cioè, l'espressione di volontà in senso estintivo che possa arguirsi *per facta concludentia*. In merito, Sez. L, 08604/2017, Cinque, Rv. 643897-01 dando continuità alla giurisprudenza della stessa S.C., (sul punto, fra le altre, Sez. L, n. 22489/2016, Manna A., Rv. 641521-01, e Sez. L, n. 06900/2016, Lorito, Rv 624397-01) ha affermato che, in tema di mutuo consenso alla risoluzione del rapporto di lavoro, non può reputarsi elemento idoneo ad integrare la fattispecie di tacita risoluzione consensuale il fatto che il lavoratore abbia, *medio tempore*, percepito il TFR, ovvero cercato o reperito un'altra occupazione; conseguentemente, nel caso concreto, lo svolgimento di altra attività lavorativa, per soli 15 giorni nel settembre 2009, a fronte di un licenziamento intimato nell'ottobre 2005, non è stata ritenuta idonea a dar luogo, in base al principio *de quo*, la volontà risolutiva e, quindi, l'intervenuta cessazione del rapporto di lavoro.

Con riferimento, invece, alla manifestazione espressa della volontà abdicativa ed in particolar modo ai requisiti di validità della stessa, Sez. L, n. 02500/2017, Balestrieri, Rv. 642872-01) richiama il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la dedotta incapacità naturale deve essere verificata al momento del compimento dell'atto che si assume pregiudizievole atteso che le dimissioni del lavoratore subordinato costituiscono atto unilaterale recettizio avente contenuto patrimoniale a cui sono applicabili, ai sensi dell'art. 1324 c.c., le norme sui contratti, salvo diverse disposizioni di legge. Deriva da ciò che l'annullabilità dell'atto dismissivo, alla luce della disposizione generale di cui all'art. 428, comma 1, c.c., ove il dichiarante provi di trovarsi, "al momento in cui è stato compiuto", in uno stato di privazione delle facoltà intellettive e volitive – privazione che può essere anche parziale purché sia atta ad impedire la formazione di una volontà cosciente –. Tale privazione può trovare qualsivoglia origine, anche di carattere transitorio, ma deve accompagnarsi all'allegazione ed alla prova di aver subito un grave pregiudizio a causa dell'atto medesimo, senza che sia richiesta, a differenza di quanto avviene per i contratti, per i quali vige la specifica disposizione di cui all'art. 428, comma 2, c.c. la malafede del destinatario.

La S.C. ribadisce che non è necessaria una malattia che elimini integralmente le facoltà intellettive e psichiche del soggetto, essendo sufficiente un turbamento psichico risalente al momento della conclusione del negozio tale da menomare gravemente, anche senza escluderle, le facoltà volitive ed intellettive, che devono risultare diminuite in modo da impedire o ostacolare una seria valutazione dell'atto o la formazione di una volontà. L'accertamento di tale incapacità costituisce valutazione di merito, non sindacabile in cassazione ove adeguatamente motivato.

9. Licenziamento individuale. Nel corrente anno, come anche in quello passato, sono intervenute rilevanti pronunce – di cui si darà per lo più conto al § 9.12. – concernenti la disciplina introdotta dalla l. n. 92 del 2012 (c.d. "legge Fornero"), con particolare riguardo all'apparato sanzionatorio correlato alle singole tipologie di vizi afferenti il licenziamento. Non si registrano ancora sentenze della S.C. riguardanti la normativa – riferita ai "nuovi assunti" – di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante «Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183».

9.1. La forma e la comunicazione. Sez. L, n. 12106/2017, Manna A., Rv. 644341-01, ha puntualizzato che la scrittura con la quale sia intimato il licenziamento può ritenersi valida, ai sensi dell'art. 2 della legge 15 luglio 1966 n. 604, anche quando non venga sottoscritta dal datore di lavoro o da un suo rappresentante, qualora venga esibita dalla parte nel giudizio pendente nei confronti del destinatario del recesso.

Sulla questione della consegna dell'atto di licenziamento nell'ambito del luogo di lavoro, Sez. L, n. 18661/2017, Negri Della Torre, Rv. 645005-01, ha ribadito che il rifiuto del destinatario di ricevere l'atto in questione non esclude che la comunicazione debba ritenersi regolarmente avvenuta, trattandosi di un atto unilaterale recettizio, che non sfugge al principio generale per cui il rifiuto della prestazione da parte del destinatario non può risolversi a danno dell'obbligato e alla regola della presunzione di conoscenza dell'atto desumibile dall'art. 1335 c.c.

Inoltre, Sez. L, n. 08136/2017, Manna A., Rv. 643583-01, ha riaffermato che il licenziamento è un negozio unilaterale recettizio, sicché, ai fini del rispetto del termine di cinque giorni ex art. 7, comma 5, st.lav., non rileva il momento in cui è maturato il proposito di licenziare il dipendente, né l'eventuale esternazione dell'atto a terzi, ma è necessario che l'intento negoziale si traduca in un atto giuridico diretto alla persona nella cui sfera giuridica è destinato a produrre effetti. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato successivamente alla presentazione delle giustificazioni ed irrilevante che, in epoca antecedente alle stesse, il lavoratore fosse venuto fortuitamente a conoscenza della volontà aziendale di recedere dal rapporto in virtù di un messaggio di posta elettronica indirizzato solo ad un terzo.

9.2. La decadenza dall'impugnazione. Sez. L, n. 03634/2017, Manna A., Rv. 643087-01, ha ribadito che in caso di impugnazione stragiudiziale del licenziamento da parte del difensore del lavoratore licenziato, l'anteriorità della procura, che può dimostrarsi con ogni mezzo, deve essere documentata al datore di lavoro solo ove questi ne faccia richiesta ex art. 1393 c.c., istanza che, a sua volta, deve essere fatta prima della scadenza del termine di sessanta giorni e comunque prima che il lavoratore agisca in giudizio.

La ratifica, invece, per Sez. L, n. 25118/2017, Ghinoy, 645820-01, deve essere portata necessariamente a conoscenza del datore di lavoro prima della scadenza del termine di sessanta giorni per impugnare, previsto a pena di decadenza.

Infine, con una rilevante pronunzia – Sez. L, n. 12352/2017, Balestrieri, Rv. 644342-01 – è stato affermato che l’art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966, nel testo novellato dall’art. 32 della legge 4 novembre 2010 n. 183, nel prevedere l’inefficacia della impugnazione stragiudiziale del licenziamento non seguita tempestivamente dall’azione giudiziale, comporta che il termine di decadenza per proporre tale azione decorra dalla data di impugnativa stragiudiziale di licenziamento anche laddove il lavoratore l’abbia impugnato con maggiore tempestività, senza la necessità di attendere lo scadere del termine, posto a pena di decadenza dal comma 1 del medesimo articolo, di sessanta giorni dalla comunicazione dell’atto di recesso.

9.3. Rilevanza dei motivi dedotti in giudizio a fondamento dell’illegittimità del licenziamento e poteri di rilevazione del giudice. Con riguardo alla rilevante questione del potere di qualificazione del giudice delle ragioni del licenziamento, Sez. L, n. 07687/2017, Di Paolantonio, Rv. 643577-01, ha affermato che la disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il promovimento della successiva azione di impugnativa, che resta circoscritta all’atto e non è idonea a estendere l’oggetto del processo al rapporto, non essendo equiparabile all’azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte, trovando tale conclusione riscontro nella previsione dell’art. 18, comma 7, st.lav., come modificato dalla l. n. 92 del 2012, e dell’art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, quindi affetto da nullità, “sulla base della domanda formulata dal lavoratore”.

9.4. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Molte le sentenze relative alla individuazione delle ipotesi costituenti, o meno, giusta causa (o giustificato motivo soggettivo) di licenziamento.

La condotta del lavoratore che denunci all’autorità giudiziaria competente fatti di reato commessi dal datore di lavoro non integra, secondo Sez. L, n. 22375/2017, Torrice, Rv. 645446-01, (sulla scia di Sez. L, n. 04125/2017, Di Paolantonio, Rv. 643190-01), giusta causa o giustificato motivo soggettivo, a meno che non risulti il carattere

calunnioso della denuncia o la consapevolezza della insussistenza dell'illecito, e sempre che il lavoratore si sia astenuto da iniziative volte a dare pubblicità a quanto portato a conoscenza delle autorità competenti. È di per sé sola irrilevante, in quanto non sufficiente a dimostrarne il carattere calunnioso, la circostanza che la denuncia si riveli infondata e che il procedimento penale venga definito con l'archiviazione della *notitia criminis* o con la sentenza di assoluzione; né in tali ipotesi, a differenza di quelle di esercizio del diritto di critica, rilevano i limiti della continenza sostanziale e formale, superati i quali la condotta assume carattere diffamatorio.

È atto di insubordinazione, suscettibile di legittimare il licenziamento, l'ingerenza indebita della lavoratrice nell'organizzazione aziendale, manifestatasi nell'imposizione ai dipendenti di direttive, non discusse né concordate con la direzione aziendale, con modalità comportamentali dirette a contestare pubblicamente il potere direttivo del datore di lavoro: così Sez. L, n. 07795/2017, Cinque, Rv. 643580-01, sul rilievo che la nozione di insubordinazione, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, implica qualsiasi comportamento atto a pregiudicare l'esecuzione ed il corretto svolgimento di dette disposizioni nel quadro della organizzazione aziendale.

Sez. L, n. 08816/2017, Spena, Rv. 643905-01, ha ribadito che la modesta entità del fatto addebitato non va riferita alla tenuità del danno patrimoniale subito dal datore di lavoro, dovendosi valutare la condotta del prestatore di lavoro sotto il profilo del valore sintomatico che può assumere rispetto ai suoi futuri comportamenti, nonché all'idoneità a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e ad incidere sull'elemento essenziale della fiducia, sotteso al rapporto di lavoro. Nella specie, la S.C., confermando la sentenza impugnata, ha ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa intimato ad un tecnico addetto alla manovra dei treni, il quale, durante il turno di lavoro, si era impossessato di circa venti litri di gasolio, prelevati dal carrello che conduceva.

Sempre con riferimento al tema della "fiducia", Sez. L, n. 07127/2017, Esposito L., Rv. 643565-01, ha precisato che non è rilevante l'assoluzione in sede penale circa i fatti oggetto di contestazione, bensì l'idoneità della condotta a ledere la fiducia del datore di lavoro, al di là della sua configurabilità come reato, e la prognosi circa il pregiudizio che agli scopi aziendali deriverebbe dalla continuazione del rapporto.

Costituisce – per Sez. L, n. 00615/2017, Esposito L., Rv. 642823-01, – giusta causa di licenziamento, quale ipotesi eccezionale

di assoluta impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro connessa ad un fatto esterno, seppure non riconducibile alla persona del lavoratore, anche l'adeguamento da parte del datore di lavoro all'accertamento giudiziale del diritto di altro soggetto a ricoprire l'unica posizione lavorativa prevista in organico con una determinata qualifica.

Sulla delicata questione dello svolgimento di altra attività lavorativa, da parte del dipendente, durante lo stato di malattia, Sez. L, n. 10416/2017, Leo, Rv. 644037-01, ha chiarito che lo svolgimento in questione configura la violazione degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, nonché dei doveri generali di correttezza e buona fede, oltre che nell'ipotesi in cui tale attività esterna sia, di per sé, sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione o il rientro in servizio. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore che nel periodo della malattia, conseguente ad un "trauma contusivo con enterite calcifica al calcagno sinistro", aveva svolto continuativamente attività lavorativa presso una pizzeria.

Resta fermo che lo stato di malattia del lavoratore – Sez. L, n. 00064/2017, Berrino, Rv. 642502-01 – non impedisce l'intimazione del licenziamento per giusta causa, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro in periodo di malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente la prosecuzione neppure in via temporanea del rapporto.

Quanto alla problematica concernente la misura della vincolatività delle previsioni dei contratti collettivi, è stato puntualizzato – da Sez. L, n. 08826/2017, Tria, Rv. 643909-01, – che la valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare di un lavoratore per una condotta contemplata, a titolo esemplificativo, da una norma del contratto collettivo fra le ipotesi di licenziamento per giusta causa deve essere, in ogni caso, effettuata attraverso un accertamento in concreto, da parte del giudice di merito, della reale entità e gravità del comportamento addebitato al dipendente, nonché del rapporto di proporzionalità tra sanzione ed infrazione, anche quando si riscontri l'astratta corrispondenza di quel comportamento alla fattispecie tipizzata contrattualmente, occorrendo sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo

soggettivo della colpa o del dolo, con valutazione in senso accentuativo rispetto alla regola della “non scarsa importanza” dettata dall’art. 1455 c.c.

Inoltre è stato ribadito – da Sez. L, n. 08718/2017, Doronzo, Rv. 643902-01, – che il datore di lavoro non può irrogare un licenziamento per giusta causa quando questo costituisca una sanzione più grave di quella prevista dal contratto collettivo in relazione ad una determinata infrazione.

Quanto all’onere della prova, Sez. L, n. 18836/2017, Amendola F., Rv. 645250-01, ha affermato che qualora il licenziamento sia intimato per giusta causa e siano stati contestati al dipendente diversi episodi rilevanti sul piano disciplinare, ciascuno di essi autonomamente considerato costituisce base idonea per giustificare la sanzione. Non è dunque il datore di lavoro a dover provare di aver licenziato solo per il complesso delle condotte addebitate, bensì la parte che ne ha interesse, ossia il lavoratore, a dover provare che solo presi in considerazione congiuntamente, per la loro gravità complessiva, i singoli episodi fossero tali da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro.

9.5. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Si è consolidata l’opera di rifinitura dell’impianto concettuale, di sostegno ad un nuovo corso giurisprudenziale, affermatosi l’anno passato in ordine all’esatta identificazione della fattispecie nonché dell’onere probatorio concernente l’obbligo di repêchage.

Sul primo aspetto Sez. L, n. 10699/2017, Amendola F., Rv. 644222-01, ha affermato che è sufficiente, per la legittimità del recesso, che le addotte ragioni inerenti all’attività produttiva ed all’organizzazione del lavoro, comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività, causalmente determinino un effettivo mutamento dell’assetto organizzativo attraverso la soppressione di un’individuata posizione lavorativa, non essendo la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto di lavoro sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità, in ossequio al disposto dell’art. 41 Cost.; ove, però, il giudice accerti in concreto l’inesistenza della ragione organizzativa o produttiva, il licenziamento risulterà ingiustificato per la mancanza di veridicità o la pretestuosità della causale addotta.

Con una rilevante pronuncia – Sez. L, n. 25653/2017, Amendola F., in corso di massimazione – è stato ritenuto che

«quando la ragione del recesso consiste nella soppressione di uno specifico servizio legato alla cessazione di un appalto e non si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il nesso causale tra detta ragione e la soppressione del posto di lavoro è idoneo di per sé a individuare il personale da licenziare, senza che si renda necessaria la comparazione con altri lavoratori aziendali e l'applicazione dei criteri previsti dall'art. 5 della l. n. 223 del 1991».

Con riferimento alla sfera di operatività del *repechage* va menzionata Sez. L, n. 13379/2017, Patti, Rv. 644518-01, la quale ha puntualizzato che, per la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore, qualora questi svolgeva ordinariamente in modo promiscuo mansioni inferiori, oltre quelle sopprese, sussiste a carico del datore di lavoro l'obbligo di *repechage* anche in ordine alle mansioni inferiori.

Sempre in tema, Sez. L, n. 13809/2017, Amendola F., Rv. 644526-01, ha ritenuto illegittimo un licenziamento intimato in violazione dell'obbligo di *repechage*, avendo la datrice di lavoro dedotto di aver adempiuto il suddetto obbligo mediante offerta di ricollocazione del lavoratore presso società estranee alla titolarità del rapporto di lavoro, in quanto legate da un mero vincolo funzionale, benché appartenenti al medesimo gruppo; ciò sul rilievo che il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non è, di per sé solo, sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti ad un rapporto di lavoro subordinato, formalmente intercorso fra un lavoratore ed una di esse, si debbano estendere anche alle altre, a meno che tale collegamento non configuri un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro.

Per il profilo sanzionatorio correlato alla illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo v. il § 9.12.

9.6. Licenziamento della lavoratrice madre. Sez. L, n. 22720/2017, Calafiore, Rv. 645448-01, ha ribadito che la deroga al divieto di licenziamento di cui all'art. 54, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 151 del 2001, dall'inizio della gestazione fino al compimento dell'età di un anno del bambino, opera solo in caso di cessazione dell'intera attività aziendale, sicché, trattandosi di fattispecie normativa di stretta interpretazione, essa non può essere applicata in via estensiva od analogica alle ipotesi di cessazione dell'attività di un singolo reparto dell'azienda, ancorché dotato di autonomia funzionale.

Con una rilevante sentenza, Sez. L, n. 02004/2017, Negri Della Torre, Rv. 642828-01, ha chiarito che la verifica in ordine alla sussistenza della colpa grave che rende inoperante il divieto ex art. 54, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 151 del 2001, in presenza di una fattispecie autonoma e peculiare, che non può ritenersi integrata da un giustificato motivo soggettivo ovvero da una situazione prevista dalla contrattazione collettiva quale generica giusta causa, deve estendersi ad un'ampia ricostruzione fattuale del caso concreto ed alla considerazione della vicenda espulsiva nella pluralità dei suoi diversi componenti, quali le possibili ripercussioni sui diversi piani personale, psicologico, familiare ed organizzativo della fase dell'esistenza in cui la donna si trova, con un rigore valutativo adeguato, ponendosi tale colpa come causa di esclusione di un divieto che attua la tutela costituzionale della maternità e dell'infanzia.

9.7. Licenziamento dell'invalido. Sez. L, n. 07524/2017, Cinque, Rv. 643573-01, ha affermato che il licenziamento dell'invalido, assunto in base alla normativa sul collocamento obbligatorio, segue la generale disciplina normativa e contrattuale solo quando è motivato dalle comuni ipotesi di giusta causa e giustificato motivo, mentre, ove sia determinato dall'aggravamento dell'infermità che ha dato luogo al collocamento obbligatorio, è legittimo – ai sensi dell'art. 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, applicabile *ratione temporis* – solo in presenza della perdita totale della capacità lavorativa, ovvero di una situazione di pericolo per la salute e l'incolumità degli altri lavoratori o per la sicurezza degli impianti, il cui accertamento compete all'apposita commissione medica prevista dalla l. n. 104 del 1992, cui spetta altresì la verifica dell'impossibilità di reinserire, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, il disabile all'interno dell'azienda.

Sez. L, n. 02008/2017, Curcio, Rv. 642829-01, ha invece chiarito che, in tema di idoneità al lavoro con prescrizioni, l'art. 42 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, non contiene alcuna previsione limitativa del licenziamento in quanto collega l'obbligo di mantenimento in servizio del lavoratore all'obiettiva possibilità di reperire mansioni che gli consentano di espletare la prestazione senza pregiudizio per la sua salute, anche se con compromissione della professionalità qualora vi sia accettazione di un demansionamento, sicché, fermo l'obbligo del datore di lavoro di far svolgere mansioni compatibili con lo *status* del lavoratore, non è esclusa la possibilità del recesso qualora le stesse non siano rinvenute in azienda.

9.8. Il licenziamento del socio lavoratore di cooperativa.

Con una rilevante pronuncia, delle Sez. U, n. 27436/2017, Perrino, in corso di massimazione, intervenuta all'esito di un acceso dibattito concernente l'incidenza dell'omessa impugnativa della delibera di esclusione del socio lavoratore di cooperativa sull'azione di quest'ultimo volta a far valere la illegittimità del licenziamento, è stato affermato che, ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo, siano stati contestualmente emanati la delibera di esclusione ed il licenziamento, la predetta omessa impugnativa non preclude la tutela risarcitoria contemplata dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966, mentre esclude quella restitutoria della qualità di lavoratore.

9.9. Il superamento del periodo di comporta.

Con riferimento alla questione del computo, o meno, delle assenze del lavoratore nel periodo di comporta, a seconda delle ragioni sottostanti, Sez. L, n. 15972/2017, Torrice, Rv. 644792-01, ha affermato che le assenze dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale, in quanto riconducibili alla generale nozione di infortunio o malattia contenuta nell'art. 2110 c.c., sono normalmente computabili nel previsto periodo di conservazione del posto, mentre, affinché l'assenza per malattia possa essere detratta dal periodo di comporta, non è sufficiente che la stessa abbia un'origine professionale, ossia meramente connessa alla prestazione lavorativa, ma è necessario che, in relazione ad essa ed alla sua genesi, sussista una responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 c.c.

Con riguardo ai criteri generali di computo, Sez. L, n. 07676/2017, Spena, Rv. 643576-01, ha chiarito che, al fine di verificare se sia stato superato o meno il periodo contrattuale (e dunque anche l'aspettativa collegata al comporta stesso), le regole di computo secondo il calendario comune, di cui agli artt. 2963 c.c. e 155 c.p.c., trovano applicazione soltanto in assenza di clausole contrattuali di diverso contenuto.

In tema di determinazione del periodo di comporta stabilito da previsioni contrattuali, Sez. L, n. 05212/2017, Spena, Rv. 643425-01, ha puntualizzato che l'art. 1, comma 4, del c.c.n.l. ASTRA del 19 settembre 2005 deve interpretarsi nel senso che il fatto costitutivo del diritto del lavoratore al comporta prolungato è la "gravità" della malattia, il cui riconoscimento, da parte del datore di lavoro, non ne costituisce evento condizionante, ma il momento di accertamento consensuale della ricorrenza nel caso concreto della fattispecie astratta prevista dalla norma, sicché, ove nel corso del rapporto di lavoro sia mancato tale accertamento, ovvero le parti non abbiano

concordato sulla applicabilità della previsione collettiva, il giudizio di sussunzione della fattispecie concreta nella disposizione suddetta è rimesso al giudice del merito.

Con riguardo al profilo della sospensione del decorso del periodo di comporta, per effetto di fruizione di ferie, Sez. L, n. 08834/2017, Lorito, Rv. 644680-01, ha affermato che il lavoratore assente per malattia ha facoltà di domandare la fruizione delle ferie - maturate e non godute - allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporta, ma deve formulare l'istanza in epoca anteriore alla sua scadenza, non potendosi, in ogni caso, configurare un obbligo del datore di lavoro di accedere a tale richiesta qualora il lavoratore abbia la possibilità di fruire di regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto nell'ipotesi di superamento del periodo di comporta.

Sez. L, n. 00799/2017, Manna A., Rv. 642509-01, ha puntualizzato che, in tema di rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti lirici, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21 e 25 del c.c.n.l. dell'1 giugno 2000 per il personale delle Fondazioni lirico-sinfoniche, e conformemente ai canoni di cui agli artt. 1363 e 1371 c.c., anche il decorso del termine cd. esterno del periodo di comporta è sospeso durante i periodi di aspettativa o di ferie del lavoratore, che, in quanto neutri, ove richiesti e fruiti non possono essere computati nell'arco temporale del termine esterno.

9.10. Il licenziamento del dirigente. Non è giustificato, secondo Sez. L, n. 00797/2017, Manna A., Rv. 642507-01, il licenziamento intimato ad un dirigente per avere addebitato ad una collega, nel corso di una riunione di lavoro, la responsabilità di problemi irrisolti riguardanti la gestione di alcuni soci-lavoratori; ciò in quanto il licenziamento individuale del dirigente d'azienda, ove basato su ragioni non oggettive attinenti ad esigenze di riorganizzazione aziendale, bensì concernenti la sua persona ed il suo contegno, postula quanto meno l'inadeguatezza del lavoratore rispetto all'incarico affidatogli o una violazione degli obblighi di correttezza e buona fede che presiedono lo svolgimento del rapporto (fermo restando, in ogni caso, che il relativo onere probatorio incombe sul datore di lavoro).

9.11. Tutela reale, tutela obbligatoria e risarcimento. Numerose, nel corrente anno, le sentenze in materia.

In tema di computo dei dipendenti ai sensi dell'art. 18 st.lav., pur nel regime anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del

2012, Sez. L, n. 24743/2017, Spena, in corso di massimazione, ha affermato che l'esclusione del coniuge e dei parenti del datore di lavoro dal predetto computo non si applica al caso del datore di lavoro organizzato in forma societaria, poiché tale esclusione mira a salvaguardare il rapporto fiduciario esistente tra le sole persone fisiche e non è riproducibile rispetto alla persona giuridica, neppure quando il rapporto di coniugio o di parentela riguardi il legale rappresentante o il socio dell'ente collettivo.

Sul versante della distribuzione degli oneri di allegazione e prova concernenti l'elemento dimensionale, Sez. L, n. 09867/2017, Negri Della Torre, Rv. 643760-01, ha chiarito che, ai fini dell'applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, sono fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento, esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dall'art. 18 st.lav., costituiscono fatti impeditivi che devono, perciò, essere provati dal datore di lavoro.

In senso analogo, Sez. L, n. 12907/2017, Cinque, Rv. 644509-01, ha puntualizzato che l'eccezione di inapplicabilità della tutela reale, ai sensi dell'art. 18 st.lav., integra una eccezione in senso lato, con la conseguenza che è nella facoltà del giudicante, nell'esercizio dei suoi poteri d'ufficio ex art. 421 c.p.c., con riferimento ai fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio, ammettere la prova indispensabile per decidere la causa sul punto.

In tema di *aliunde perceptum* da detrarre dal risarcimento dovuto al lavoratore, Sez. L, n. 02499/2017, Spena, Rv. 642871-01, ha affermato che il datore di lavoro deve allegare circostanze di fatto specifiche e, ai fini dell'assolvimento del relativo onere della prova su di lui incombente, è tenuto a fornire indicazioni puntuali, rivelandosi inammissibili richieste probatorie generiche o con finalità meramente esplorative.

Con riferimento alla questione dell'individuazione delle conseguenze sanzionatorie in presenza di rinnovazione del licenziamento, Sez. L, n. 03187/2017, Di Paolantonio, Rv. 643081-01, ha precisato che qualora un primo licenziamento, viziato per carenza di forma, sia seguito da un secondo, non affetto da vizi formali ma illegittimo per carenza di giusta causa, la tutela che il lavoratore può invocare per l'assenza del requisito formale sarà limitata alle retribuzioni relative al periodo compreso tra i due recessi

e, laddove non sussista il requisito dimensionale di cui all'art. 18 st.lav., dall'illegittimità del secondo licenziamento deriveranno unicamente gli effetti di cui alla l. n. 604 del 1966.

Sul delicato tema della riforma in appello della decisione contenente l'ordine giudiziale di reintegra, Sez. L, n. 01702/2017, Torrice, Rv. 642524-01, ha rimarcato che quest'ultimo riafferma il vincolo contrattuale, senza instaurarne uno nuovo, né facendo venir meno la continuità giuridica del rapporto sostanziale, sicché, nell'ipotesi di riforma in appello, con dichiarazione di legittimità del licenziamento, l'estromissione del lavoratore non richiede un autonomo atto di recesso, ben potendo il datore di lavoro rifiutarsi di continuare ad adempiere all'originario comando giudiziale.

In tema di reiterazione del recesso e di ritenuta legittimità del primo licenziamento in sede di impugnazione, Sez. L, n. 06308/2017, Lorito, Rv. 643441-01, ha chiarito che nell'ipotesi in cui il lavoratore, riammesso al lavoro a seguito di declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatogli, venga nuovamente licenziato, il giudice chiamato a giudicare sul secondo recesso deve emettere sentenza di cessazione della materia del contendere ove accerti che, nelle more, il primo licenziamento sia poi stato ritenuto legittimo dal giudice dell'impugnazione, giacché quest'ultimo, riformando la sentenza di primo grado che aveva ordinato la reintegrazione del lavoratore, gli ha restituito la sua piena efficacia estintiva, rendendo non più necessaria una decisione sul secondo, intervenuto solo in quanto il rapporto era stato riattivato dalla pronuncia poi riformata; né può venire in considerazione la richiesta di risarcimento del danno relativamente al secondo recesso, atteso che l'accertamento giudiziale dell'intrinseca ingiustizia del primo ordine di reintegrazione travolge tutti gli effetti che vi trovavano fondamento, o essere invocato l'art. 2126 c.c., che trova applicazione solo con riferimento alle retribuzioni maturate dal lavoratore dopo la reintegrazione e non anche a quelle maturate dalla data del licenziamento a quella dell'ordine di reintegra e liquidate a titolo risarcitorio.

Quanto alle modalità dell'ordine di reintegra, Sez. L, n. 20123/2017, Manna A., Rv. 645440-01, ha affermato che il datore di lavoro ha l'obbligo di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto e, in caso di mutamento dell'organizzazione aziendale, il lavoratore medesimo può essere legittimamente assegnato a mansioni equivalenti alle precedenti; il datore di lavoro è esente da responsabilità solo se dimostra che il posto di lavoro del dipendente reintegrato, o la possibilità di una sua riallocazione alternativa in altro equivalente, non esistono più per causa a lui non imputabile.

Sul tema della speciale deroga al regime generale della tutela reale, prevista dall'art. 4 della legge 11 maggio 1990, n. 108, in favore delle associazioni di tendenza, Sez. L, n. 16349/2017, Torrice, Rv. 644862-01, ha ribadito che la deroga in questione trova applicazione all'ente che preveda tra gli scopi sociali, non solo quello di rappresentanza sindacale, ma anche quello di assistenza e sostegno dell'attività professionale (assistenza fiscale, contabile, tributaria, fiscale, legale, contrattuale, del lavoro, previdenziale ed assistenziale) esclusivamente in favore della categoria rappresentata, purché tale attività non sia svolta con autonomia gestionale separata da quella dell'ente e non sia caratterizzata da imprenditorialità, ancorché preveda corrispettivi predeterminati e senza margini di profitto.

Con riguardo alla vicenda particolare della cancellazione della società dal registro delle imprese nel corso del giudizio di primo grado di impugnativa del licenziamento, Sez. L, n. 14775/2017, Di Paolantonio, Rv. 644775-01, ha stabilito che, in assenza di un residuo della liquidazione, se la predetta cancellazione impedisce la condanna del socio al pagamento delle somme rivendicate dal lavoratore a titolo di risarcimento del danno, viceversa, non è ostativa alla pronuncia di accertamento dell'illegittimità o dell'inefficacia del recesso, che deve essere resa nel contraddittorio con i soci, nella loro qualità di successori a titolo universale, sia pure *sui generis*.

Infine, in una interessante pronuncia, Sez. L, n. 22297/2017, De Felice, Rv. 645444-01, con cui è stata ritenuta conforme a diritto, in una ipotesi di accertato licenziamento orale, la condanna del datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni maturate dalla messa in mora sino all'emanazione della sentenza, a fronte di una domanda del lavoratore contenuta tra le 2,5 e le 6 mensilità, è stata disconosciuta la valenza di una domanda volta al conseguimento di una tutela ridotta rispetto a quella prevista per legge; ciò sul rilievo che il licenziamento orale in regime di tutela obbligatoria è inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto e comporta il diritto del lavoratore al risarcimento del danno secondo le regole in materia di inadempimento, sicché non sussiste vizio di ultrapetizione in caso di liquidazione di somme superiori a quelle richieste in misura forfettaria.

9.12. Applicazioni della legge “Fornero”. Nell'anno corrente sono proseguiti gli interventi chiarificatori aventi ad oggetto la disciplina introdotta dalla legge “Fornero”.

Sez. L, n. 17528/2017, Balestrieri, Rv. 644880-01, ha affermato che la locuzione di cui all'art. 18, comma 7, st.lav., come novellato

dalla l. n. 92 del 2012, “può altresì applicare” deve interpretarsi nel senso che, a fronte dell’inesistenza del fatto posto a base del licenziamento, il giudice, tenuto conto degli elementi del caso concreto, applica la reintegra, essendo esclusa ogni sua discrezionalità. Ove, viceversa, emerga che il fatto posto a fondamento del licenziamento esista, ma non sia ritenuto concretare un giustificato motivo oggettivo, trova applicazione la tutela indennitaria. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto insussistente il fatto giustificativo del licenziamento fondato sul mancato superamento di un inesistente patto di prova.

In fattispecie concernente il licenziamento disciplinare, Sez. L, n. 13383/2017, Manna A., Rv. 644519-01, ha affermato che l’“insussistenza del fatto contestato”, di cui all’art. 18, comma 4, st.lav., comprende sia l’ipotesi del fatto materiale che si riveli insussistente, sia quella del fatto che, pur esistente, nondimeno non presenti profili di illiceità, sicché, in tale ipotesi, si applica la tutela reintegratoria cd. attenuata.

Con una sentenza illustrativa delle varie posizioni sin qui espresse - Sez. L, n. 13178/2017, Ghinoy, Rv. 644515-02, è stato puntualizzato che l’art. 18 st.lav. riconosce, al comma 4, la tutela reintegratoria in caso di insussistenza del fatto contestato, nonché nelle ipotesi in cui il fatto contestato sia sostanzialmente irrilevante sotto il profilo disciplinare o non imputabile al lavoratore; la non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato ed accertato rientra nel suddetto comma 4 quando questa risulti dalle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, che stabiliscano per esso una sanzione conservativa, diversamente verificandosi le “altre ipotesi” di non ricorrenza del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per le quali il comma 5 dell’art. 18 prevede la tutela indennitaria cd. forte.

La tutela reintegratoria è stata accordata in presenza di licenziamento disciplinare preceduto da contestazione tardiva. Al riguardo Sez. L, n. 02513/2017, Bronzini, Rv. 643069-01, ha precisato che un fatto non tempestivamente contestato dal datore non può che essere considerato insussistente ai fini della tutela reintegratoria prevista dall’art. 18 st.lav., come modificato dalla l. n. 92 del 2012, trattandosi di violazione radicale che impedisce al giudice di valutare la commissione effettiva dello stesso anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori.

Tale indirizzo è stato tuttavia superato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite n. 30985/2017, Berrino, in coso di massimazione,

che ha affermato che la dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente ad un ritardo notevole ed ingiustificato della contestazione disciplinare, ricadente *ratione temporis* nella disciplina dell'art. 18 st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dal quinto comma dello stesso art. 18 st.lav.

Sull'apparato sanzionatorio dettato in tema di licenziamenti collettivi vedi il successivo §.

10. Licenziamenti collettivi. I temi di maggior rilievo vertono, al pari di quanto accaduto nell'anno precedente, sulla delimitazione del criterio di scelta dei lavoratori da porre in mobilità nonché sulla questione del rispetto delle procedure.

E' stato sul punto affermato – da Sez. L, n. 24352/2017, Mancino, in corso di massimazione – che ove nella comunicazione preventiva ex art. 4, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223, sia indicato un unico criterio per l'individuazione dei lavoratori destinatari del licenziamento, è necessaria, al fine di permettere l'esauriente e univoca selezione dei predetti senza margini di discrezionalità da parte del datore di lavoro, la specificazione delle modalità di attuazione di tale criterio tra i dipendenti in servizio e, quindi, in comparazione tra loro, con apposita interlocuzione con le parti sociali. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che l'adozione dell'unico criterio dei carichi di famiglia non consentisse di individuare, in via oggettiva e predeterminata, il lavoratore da sospendere, cosicché la scelta operata dall'imprenditore, il quale aveva indicato specificamente la soppressione della posizione lavorativa alla quale era preposto il dipendente licenziato, si era nella realtà risolta in una valutazione di carattere prettamente discrezionale.

In senso analogo, in un caso in cui il datore di lavoro si era limitato ad una generica indicazione del numero dei lavoratori da collocare in mobilità, Sez. L, n. 25152/2017, Garri, Rv. 645889-01, ha puntualizzato che nella comunicazione scritta di cui all'art. 4, comma 9, della l. n. 223 del 1991, il datore di lavoro deve indicare puntualmente i criteri di scelta dei lavoratori licenziati o posti in mobilità e le modalità applicative dei criteri stessi; qualora il criterio di scelta sia unico, occorre comunque specificarne le modalità di applicazione affinché la comunicazione raggiunga un livello di adeguatezza idoneo a far comprendere al lavoratore per quale ragione lui, e non altri colleghi, sia stato posto in mobilità o licenziato e quindi di poter contestare il recesso datoriale.

Sul delicato profilo della contestualità fra la comunicazione di recesso e quella alle organizzazioni sindacali ed agli uffici del lavoro, sancito dall'art. 4, comma 9, della l. n. 223 del 1991, Sez. L, n. 00067/2017, Negri Della Torre, Rv. 642503-01, ha affermato, con riferimento al regime anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, la necessità di una valutazione basata sul criterio dell'attitudine dell'intervallo di tempo tra i due atti a pregiudicare le opportunità di informazione ed assistenza del lavoratore nell'esercizio del suo diritto di impugnazione, che, costituendo una questione di fatto, è sottratta al controllo di legittimità ove sorretta da una motivazione adeguata.

Con riferimento alla questione dell'efficacia sanante dell'accordo conclusivo della procedura di mobilità, di cui all'art. 1, comma 45, della l. n. 92 del 2012, in relazione all'art. 4, comma 12, della l. n. 223 del 1991, Sez. L, n. 03045/2017, Boghetich, Rv. 643077-01, ha precisato che detta efficacia non ha una portata retroattiva, posto che la novella ha introdotto un elemento del tutto innovativo nell'ambito della procedura che assicura il controllo sindacale sulla riduzione del personale, laddove le norme di interpretazione autentica sono solo quelle dirette ad esplicitare il senso di quelle preesistenti, oppure a chiarire o ad escluderne uno tra quelli ragionevolmente attribuibili a quelle oggetto di interpretazione.

Infine, sul versante degli oneri di allegazione, Sez. L, n. 03176/2017, Amendola F., Rv. 643080-01, ha affermato che la domanda avente ad oggetto l'accertamento della illegittimità di un licenziamento collettivo, intimato in sede di procedura di mobilità in forza della l. n. 223 del 1991, deve presentare un minimo di specificità e non già risolversi in una generica contestazione della procedura, con la conseguenza che la *causa petendi* rimane circoscritta agli specifici motivi di impugnazione adottati in primo grado, né possono esserne proposti altri nel giudizio di appello, e che il giudice di merito non può rilevare d'ufficio eventuali ragioni di illegittimità, incombendo sulla parte l'onere di allegare, tempestivamente, tutte le circostanze che giustificano la proposizione della domanda, inclusi i vizi di forma o di sostanza dei quali intenda avvalersi ai fini della inefficacia o annullabilità della procedura.

11. Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.

Numerose, anche quest'anno sono le pronunce della S.C. nel settore del pubblico impiego privatizzato, con una maggiore concentrazione in tema di procedimenti disciplinari, sulla dirigenza e sulle questioni

relative alla cessazione del rapporto. Non mancano, tuttavia, importanti arresti anche in altri settori.

11.1. Giurisdizione. Per tutte le questioni relative alla fase di costituzione del rapporto d'impiego pubblico contrattualizzato, in particolare concorsi, graduatorie, assunzioni, nonché per quelle relative al rapporto previdenziale, si rinvia al capitolo: Il Processo del lavoro e previdenziale.

Per le materie che residuano si richiama Sez. L, n. 25960/2017, Torrice, in corso di massimazione, che ha riconosciuto devolute al g.a. le controversie relative alla revoca dell'incarico di segretari comunali e provinciali, da considerare quale atto di gestione del rapporto di lavoro, assunto dalla P.A. con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato.

Appartiene, sempre con riguardo agli enti locali, al giudice amministrativo la domanda proposta dai dirigenti di ruolo della Giunta della Regione Campania di reintegra dei fondi per la retribuzione di risultato e di posizione. Sez. U, n. 27285/2017, Perrino, in corso di massimazione, ha chiarito, infatti, che la pretesa investe il corretto esercizio del potere amministrativo posto in essere con un atto generale della Regione, allorquando ha deciso la riduzione dei predetti fondi.

11.2. Passaggio del personale tra amministrazioni. Il passaggio diretto di dipendenti, da un ministero ad un altro, è riconducibile alla cessione del contratto di cui agli artt. 1406 e ss. c.c., secondo, Sez. L, n. 18299/2017, Torrice, Rv. 645108-01, che ha ribadito la regola generale dell'applicazione del trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi nel comparto dell'Amministrazione cessionaria, non trovando ragione un'eventuale diversità di trattamento. Restano, tuttavia, salvi gli assegni ad personam attribuiti al fine di rispettare il divieto di reformatio in peius del trattamento economico acquisito, tra dipendenti dello stesso ente, a seconda della provenienza.

La pronuncia consolida, inoltre, l'orientamento secondo cui, in tema di procedure volontarie di mobilità si applica il principio generale della riassorbibilità di detti assegni ad personam. Nello stesso senso, Sez. L, n. 19039/2017, Torrice, Rv. 645263-01, secondo cui tale principio viene meno in presenza di disposizioni speciali - di legge, di regolamento o di atti amministrativi - che espressamente e specificamente definiscano un determinato trattamento retributivo

come non riassorbibile o, comunque, ne prevedano la continuità indipendentemente dalle dinamiche retributive del nuovo comparto.

Sotto altro profilo, l'assegno riassorbibile va quantificato, ad avviso di Sez. L, n. 18196/2017, Di Paolantonio, Rv. 645004-02, tenendo conto del trattamento economico complessivo, purché fisso e continuativo, e non già delle singole voci che compongono la retribuzione. Ne consegue l'inclusione nel trattamento retributivo dell'ente di destinazione, ai fini del calcolo del predetto assegno dell'indennità di amministrazione, avente carattere di generalità e natura fissa e ricorrente.

In mancanza di espresse disposizioni normative sul contenuto e sulle modalità del relativo trasferimento, il passaggio di personale tra le amministrazioni è disciplinato dal principio, espresso dall'art. 2112 c.c. In questo senso, Sez. L, n. 13994/2017, Blasutto, Rv. 644538-01 ha chiarito che la volontà del legislatore, desumibile altresì dalla terminologia utilizzata dall'art. 31 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 è quella di ricomprendere ogni vicenda traslativa riguardante l'attività dell'ente cedente, ovvero sia il trasferimento, sia il conferimento di attività.

Né per diversa prospettiva può sostenersi la violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 45 e del citato d.lgs. n. 165 del 2001. In tal senso si può ritenere consolidato l'orientamento, secondo cui il principio espresso dal predetto articolo, vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva, ma non costituisce il parametro per giudicare le differenziazioni operate in quella sede, tenuto conto della volontà legislativa di lasciare piena autonomia alle parti sociali di prevedere trattamenti differenziati in determinate situazioni. In tale direzione si richiama Sez. L, n. 19043/2017, Boghetic, Rv. 645265-01, ma anche Sez. L, n. 13014/2017, Tricomi I., Rv. 644513-01, in materia di indennità di amministrazione.

Un'importante precisazione proviene, poi da Sez. L, n. 12559/2017, Boghetich, Rv. 644497-01, secondo cui non è configurabile attualmente, né sussisteva anteriormente all'entrata in vigore della legge 28 novembre 2005, n. 246, un diritto soggettivo dei partecipanti alla procedura concorsuale alla copertura di posti vacanti tramite scorrimento in graduatoria in via prioritaria rispetto al trasferimento di personale mediante mobilità intercompartimentale.

11.3. Potere disciplinare. Plurimi gli arresti in tema di procedimenti disciplinari, molto rilevanti alla luce delle recenti modifiche legislative intervenute in rapida successione.

In generale si richiama Sez. L, n. 25485/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, e già cit. nel § 6 ha escluso la natura penale delle sanzioni disciplinari, in quanto il potere disciplinare è espressione solo del potere direttivo del datore di lavoro che, come noto, nei rapporti disciplinati dal d.lgs. n. 165 del 2001, ha natura privatistica-contrattuale. Il lavoratore condannato in sede penale con sentenza passata in giudicato, quindi, non può invocare l'art. 4 del protocollo 7 della CEDU per sottrarsi al procedimento disciplinare che il datore di lavoro abbia avviato per i fatti contestati in sede penale.

Con riferimento al tema dei rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale, la S.C. ha applicato il generale principio per cui i procedimenti sono regolati dalla normativa del tempo in cui gli atti sono stati posti in essere. Così, Sez. L, n. 12358/2017, Torrice, Rv. 645854-01, ha chiarito che l'articolo 55 ter del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 69, comma 1, del d.lgs. 15 novembre 2009, n. 150, non trova applicazione nei procedimenti disciplinari aperti e sospesi prima della sua entrata in vigore, anche ove il procedimento disciplinare venga ripreso o riaperto successivamente alla sua entrata in vigore. In tal caso, secondo la S.C., la regolamentazione di fonte legale dei termini relativi alla ripresa del procedimento disciplinare, sospeso in pendenza di procedimento penale, è rimessa alla contrattazione collettiva, ai sensi degli artt. 2, comma 3, 40, comma 1, 55, 72, comma 1, lett. f), comma 3 e comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001.

È stato, inoltre, precisato da Sez. L, n. 00209/2017, Tricomi I., Rv. 642816-01, per la medesima ragione, che, quando la notizia dell'infrazione sia stata acquisita prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, e l'amministrazione abbia optato per il differimento dell'iniziativa disciplinare all'esito del giudizio penale, la fattispecie resta regolata dalla disciplina previgente.

Da diversa angolazione, ma sullo stesso tema, Sez. L, n. 05284/2017, Torrice, Rv. 643269-01, ha affermato che con l'introduzione dell'art. 55 ter del d.lgs. n. 165 del 2001, l'amministrazione è libera di valutare autonomamente gli atti del procedimento penale, ai fini della contestazione, senza necessità di un'ulteriore ed autonoma istruttoria, e di avvalersi dei medesimi atti, in sede d'impugnativa giudiziale, per dimostrare la fondatezza degli addebiti.

Competente ad avviare e concludere il procedimento disciplinare, nella vigenza dell'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 (anteriormente all'aggiunta dell'art. 55-bis ad opera del d.lgs. n. 150

del 2009), è, secondo Sez. L, n. 04447/2017, Blasutto, Rv. 643267-01, l'ufficio per i procedimenti disciplinari del luogo, ossia della sede lavorativa, dove il lavoratore prestava servizio quando i fatti, come conosciuti dall'amministrazione, hanno assunto evidenza disciplinare, senza che rilevi il successivo trasferimento del lavoratore medesimo ad altra sede appartenente alla stessa P.A., ancorché gravante nella sfera di competenza di altro ufficio disciplinare.

La terzietà del predetto ufficio non è pregiudicata, secondo Sez. L, n. 01753/2017, Di Paolantonio, Rv. 642784-02, qualora abbia una composizione collegiale e di esso faccia parte il soggetto che ha effettuato la segnalazione.

È stato precisato da Sez. L, n. 23268/2017, Torrice, Rv. 645879-01, che, gli artt. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, *ratione temporis* applicabile, e 24, del c.c.n.l. comparto Regioni ed Autonomie locali 2002-2005, non individuano nella segnalazione del responsabile della struttura un requisito di validità del procedimento, e non vietano all'ufficio per i procedimenti disciplinari di avviare l'iniziativa disciplinare quando la notizia sia stata acquisita in modo diverso dalla segnalazione in questione. La norma, secondo la pronuncia, rimarca solo un compito istituzionale che fa capo al dirigente il quale è di norma il soggetto che può acquisire la conoscenza dei fatti di potenziale rilievo disciplinare. Permane, quindi, l'obbligo per il predetto ufficio di attivare il procedimento anche qualora altri procedano alla segnalazione e di acquisire la notizia autonomamente dal responsabile della struttura.

Non sussiste, inoltre, un obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento disciplinare. L'atto rilevante, ad avviso di Sez. L, n. 03736/2017, Tria, Rv. 643089-01, è quello con il quale il dipendente non solo è reso edotto di un procedimento instaurato nei suoi confronti, ma è messo in condizione di conoscere con precisione quale comportamento gli si contesta e di esercitare il proprio diritto di difesa dall'addebito con la presentazione di giustificazioni.

Sotto il diverso profilo dei termini del procedimento, Sez. L, n. 05313/2017, Torrice, Rv. 643271-01 ha chiarito che, ai fini della decorrenza del termine per l'instaurazione del procedimento disciplinare, a seguito di giudizio penale definito con sentenza di patteggiamento, occorre avere riguardo al momento in cui l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari è venuto in possesso della copia della sentenza recante l'attestazione della sua irrevocabilità, mentre è irrilevante la semplice conoscenza del provvedimento in epoca anteriore alla data di trasmissione.

Sez. L, n. 25379/2017, Blasutto, Rv. 645892-01, ha chiarito che l'art. 55 bis, comma 2, quarto periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella formulazione *ratione temporis* applicabile, si interpreta nel senso che, nell'ipotesi di differimento superiore a dieci giorni motivato da impedimento del lavoratore, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente alla durata del differimento e non già a quella dell'impedimento.

Ai fini della decorrenza del termine perentorio previsto per la conclusione del procedimento disciplinare dall'acquisizione della notizia dell'infrazione (ex art. 55 bis, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001), secondo Sez. L, n. 07134/2017, Tria, Rv. 643567-01, assume rilievo esclusivamente il momento in cui tale acquisizione, da parte dell'ufficio competente regolarmente investito del procedimento, riguardi una "notizia di infrazione" di contenuto tale da consentire allo stesso di dare, in modo corretto, l'avvio al procedimento disciplinare, nelle sue tre fasi fondamentali della contestazione dell'addebito, dell'istruttoria e dell'adozione della sanzione. Il principio trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il procedimento predetto abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti sui quali è in corso un procedimento penale.

Per altro verso è stato affermato da Sez. L, n. 05316/2017, Di Paolantonio, Rv. 643272-01, che le cause di sospensione del procedimento disciplinare sono tassative.

In materia è stato, inoltre, affermato da Sez. L, n. 09304/2017, Di Paolantonio, Rv. 644031-01, che in pendenza di un procedimento penale a carico del lavoratore, il principio secondo il quale quanto corrisposto a titolo d'indennità all'impiegato nel periodo della suddetta sospensione deve essere conguagliato con quanto dovuto se il lavoratore fosse restato in servizio, trova applicazione non solo nel caso – espressamente previsto dall'art. 27, comma 7, del c.c.n.l. comparto Ministeri del 16 maggio 1995 – di proscioglimento in sede penale con formula piena, ma anche ove la durata della sospensione cautelare ecceda quella della sanzione della sospensione irrogata a conclusione del procedimento disciplinare riattivato a seguito della sentenza penale di proscioglimento, ma con formula diversa da quella "piena" (come poi espressamente statuito dall'art. 15 del c.c.n.l. comparto Ministeri del 12 giugno 2003). Diversamente, ha motivato la S.C., la perdita della retribuzione dovuta non sarebbe giustificata e finirebbe per gravare il lavoratore prosciolto di una vera e propria sanzione disciplinare aggiuntiva per fatto unilaterale del datore di lavoro.

L'interesse all'esercizio dell'azione disciplinare da parte della pubblica amministrazione permane anche nell'ipotesi di sopravvenuto collocamento in quiescenza del dipendente, secondo Sez. L, n. 18849/2017, De Felice, Rv. 645254-01, ove sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio a seguito di procedimento penale, definito, poi, con proscioglimento per estinzione del reato. La sentenza ha individuato, infatti, in capo al datore di lavoro l'onere di attivare o riprendere l'iniziativa disciplinare, al fine di valutare autonomamente l'incidenza dei fatti già sottoposti al giudizio penale e definire il destino della sospensione cautelare; in senso contrario, verrebbe legittimata la pretesa del lavoratore a recuperare le differenze stipendiali fra l'assegno alimentare percepito e la retribuzione piena che sarebbe spettata in assenza della misura cautelare.

Ha precisato, tuttavia, Sez. L, n. 20454/2017, Calafiore, Rv. 645603-01, che l'art. 3, comma 57, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, nel testo modificato dal d.l. 16 marzo 2004, n. 66, conv. con modif. nella legge 11 maggio 2004, n. 126, nella parte in cui riconosce al dipendente pubblico, dimessosi a seguito di sospensione cautelare dal servizio in pendenza di procedimento penale, poi definito con proscioglimento, la facoltà di chiedere la ricostruzione della carriera al fine di ottenere la liquidazione del miglior trattamento pensionistico, si interpreta nel senso che tale contribuzione figurativa postula una specifica domanda, in assenza di un principio generale di gratuità del beneficio pensionistico e di apposita copertura finanziaria, siccome imposta dall'art. 81 Cost.

L'attività ermeneutica sulla materia disciplinare è stata rilevante anche in relazione alla contrattazione collettiva. In particolare, Sez. L, n. 17769/2017, De Felice, Rv. 644998-01, ha chiarito che, sempre con riguardo alla sospensione cautelare del pubblico dipendente sottoposto a procedimento penale, l'art. 32 del c.c.n.l. del 2004, comparto del personale del Servizio sanitario nazionale, si interpreta nel senso che il datore di lavoro, una volta cessato lo stato di restrizione della libertà personale, può prolungare anche successivamente il periodo di sospensione dal servizio del dipendente in presenza di fatti, oggetto dell'accertamento penale, che siano direttamente attinenti al rapporto di lavoro o, comunque, tali da comportare, se accertati, l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento. Il principio è ritenuto applicabile in ogni caso, a prescindere dal fatto che nei confronti del dipendente sia, o meno, stato emesso un provvedimento di rinvio a giudizio in sede penale.

Con riferimento al termine previsto all'art. 25 bis, comma 4, del c.c.n.l. del 2004, comparto regioni ed autonomie locali, Sez. L, n. 12358/2017, Torrice, Rv. 645854-03, ha, altresì, chiarito che, per la riattivazione del procedimento disciplinare precedentemente sospeso, lo stesso decorre da quando la P.A. ha avuto notizia della sentenza. Nella motivazione si è precisato che è ordinatorio e la sua osservanza deve essere valutata come corretto adempimento degli obblighi contrattuali, in linea con l'orientamento giurisprudenziale e le ultime modifiche legislative secondo cui solo i termini iniziali e finali del procedimento disciplinare sono perentori.

11.4. Altri aspetti del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato. Per le ipotesi di avviamento alla selezione degli iscritti alle liste di collocamento ed a quelle di mobilità presso un ente pubblico economico, secondo Sez. L, n. 11906/2017, Tria, Rv. 644335-02 il diritto all'assunzione sorge soltanto all'esito del procedimento previsto dall'art. 16 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, e successive modificazioni, secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste medesime. La sentenza ha ribadito che coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria hanno un vero e proprio diritto soggettivo all'avviamento a selezione e quindi all'assunzione, in quanto la legge non attribuisce all'Amministrazione una potestà discrezionale nell'accertamento dei relativi presupposti, essendo, viceversa essa chiamata a svolgere un'attività meramente tecnico-esecutiva di certazione (Sez. L, n. 11906/2017, Tria, Rv. 644335-01).

Ne consegue che, ove vi sia stato l'annullamento della procedura in sede giurisdizionale, per irregolarità commesse dalla P.A., al lavoratore compete soltanto il risarcimento del danno da cd. perdita di chance, per la cui prova, anche presuntiva, assume un grande rilievo la posizione occupata dall'interessato nella lista.

È stato affermato da Sez. L, n. 11899/2017, De Felice, Rv. 644333-01, che la mera previsione di una retribuzione di risultato non fa sorgere in capo al potenziale destinatario della stessa un diritto soggettivo, in quanto la retribuzione di posizione (e di risultato) ha natura squisitamente contrattuale ed è corrisposta dall'amministrazione una volta attivati i necessari passaggi negoziali contemplati dalla legge e consistenti nell'attribuzione delle responsabilità, nell'assegnazione degli obiettivi e nella determinazione dei parametri per definirne il raggiungimento.

Con riguardo al rimborso delle spese legali sostenute a causa di fatti connessi allo svolgimento di pubbliche funzioni Sez. 1, n. 24706/2017, Sambito, in corso di massimazione, ha ritenuto che il

contributo da parte della P.A. alle spese per la difesa del proprio dipendente, che sia imputato in un procedimento penale, si estende anche al terzo, cui sia richiesto di prestare assistenza ex art. 32, comma 3, della legge 22 maggio 1975, n. 152 solo quando il fatto sia stato da lui commesso in diretto ausilio all'azione repressiva delle forze dell'ordine connotata da uso delle armi o da altri mezzi di coazione fisica.

Nella diversa materia dell'interpretazione diretta da parte del giudice di legittimità della contrattazione collettiva, Sez. L, n. 14449/2017, Torrice, Rv. 644993-01, ha precisato che la regola posta dall'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 deve intendersi limitata ai contratti ed accordi nazionali di cui all'art. 40 del predetto d.lgs., con esclusione dei contratti integrativi contemplati nello stesso articolo, in relazione ai quali il controllo di legittimità è finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione e dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione sufficiente e non contraddittoria.

11.5. Equo indennizzo e altre domande risarcitorie. In tema di equo indennizzo Sez. L, n. 14197/2017, Blasutto, Rv. 644542-01, ha riconosciuto al giudice i poteri istruttori d'ufficio, ai sensi degli artt. 421 e 437 c.p.c., e di disporre la c.t.u. medico-legale, sul presupposto che l'azione volta al riconoscimento della causa di servizio ha per oggetto la verifica delle condizioni per la sussistenza del diritto.

Sulla liquidazione dell'equo indennizzo, Sez. L, n. 21512/2017, Berrino, Rv. 645868-01, ha precisato che essa va effettuata con riferimento allo stipendio percepito dal dipendente al momento della presentazione della domanda (o dell'avvio del procedimento, se d'ufficio) e non a quello dell'effettiva liquidazione, in applicazione del disposto dell'art. 154, comma 3, della l. n. 312 del 1980 e, successivamente, dell'art. 22, comma 27, della l. n. 724 del 1994.

In relazione ai rimedi avverso la tardiva assunzione con retrodatazione giuridica dovuta a provvedimento illegittimo della P.A., Sez. L, n. 13940/2017, Tricomi I., Rv. 644535-01, ha affermato l'insussistenza di un diritto del lavoratore al pagamento delle retribuzioni relative al periodo di mancato impiego. Al lavoratore, tuttavia, è consentito di agire o a titolo di responsabilità extracontrattuale, allegando quale danno ingiusto tutti i pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali conseguenti alla violazione del diritto all'assunzione tempestiva (quali le spese sostenute in vista del futuro lavoro, le conseguenze psicologiche dipese dall'ingiusta condizione

transitoria di assenza di occupazione e gli esborsi effettuati per intraprendere altre attività lavorative), oppure ex art. 2126 c.c., in presenza delle relative condizioni.

Sulla medesima questione con riguardo al personale docente v. § 11.9.

11.6. Questioni attinenti alla cessazione del rapporto.

Sono numerose le pronunce sul fronte della risoluzione del rapporto. In proposito, Sez. L, n. 24583/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, ha chiarito che l'esercizio della facoltà di risoluzione del rapporto di lavoro per il raggiungimento dell'anzianità massima contributiva, prevista dall'art. 72, comma 11, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif., dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, deve essere motivato, poiché è attraverso la motivazione che la P.A. esplicita le ragioni organizzative sottese all'adozione dell'atto di risoluzione e lo rende rispondente al pubblico interesse che deve costantemente orientare l'azione amministrativa. Di contro, il recesso intimato in data successiva all'entrata in vigore dell'art. 16, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, non necessita di ulteriore motivazione, qualora sia stato preceduto dall'adozione dell'atto generale di organizzazione interna di cui allo stesso art. 16 e l'Amministrazione abbia richiamato, in sede di recesso, i criteri applicativi della norma individuati in via preventiva.

La disposizione ora richiamata, secondo Sez. L, n. 16354/2017, Di Paolantonio, Rv. 644864-01, trova applicazione anche nei confronti dei dirigenti medici che abbiano esercitato la facoltà, prevista dal citato art. 22, di chiedere il collocamento a riposo al maturare del quarantesimo anno di servizio effettivo, come emerge dal tenore letterale della norma in esame, che si occupa espressamente, nell'ultimo periodo del comma 11, della dirigenza sanitaria e prevede l'inapplicabilità del recesso anticipato ai soli medici responsabili di struttura complessa.

Sempre in relazione all'art. 72, comma 11, del d.l. n. 112 del 2008, conv. in l. n. 133 del 2008 (nella formulazione antecedente alle modifiche di cui al d.l. n. 90 del 2014), Sez. L, n. 24212/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, ha fornito indicazioni ermeneutiche. In particolare, la norma deve essere interpretata, in armonia con le disposizioni di cui al d.l. n. 201 del 2011, nel senso che il recesso anticipato presuppone il requisito del raggiungimento della massima anzianità contributiva di quarant'anni per coloro che al 31 novembre 2011 avrebbero maturato, a qualsiasi titolo, il diritto alla pensione di anzianità, in quanto tale maturazione determina il

consolidamento nei loro confronti della disciplina previgente. La pronuncia ha precisato, quindi, che la maturazione della c.d. quota '96, introdotta dalla legge 23 agosto 2004, n. 243, art. 1, comma 6, lettera c), come modificato dalla legge 24 dicembre 2007, n. 247, non incide sui presupposti per il recesso, ma deve valutarsi ai soli fini della individuazione del regime previdenziale applicabile.

Un'ulteriore chiarimento è stato fornito in materia da Sez. L, n. 24372/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, secondo cui il diritto al trattenimento in servizio per un biennio oltre i limiti di età per il pensionamento, previsto dall'art. 16 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, è condizionato, a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 72 del d.l. n. 112 del 2008, conv. nella l. n. 133 del 2008, alla facoltà della P.A. di accogliere la richiesta in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali e in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal richiedente in determinati o specifici ambiti. La pronuncia ha chiarito che tale principio generale si applica anche al personale docente, per il quale la disciplina speciale dettata dal T.U. legittima la protrazione del rapporto solo in presenza delle condizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 509 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, ovvero nelle ipotesi in cui il trattenimento sia finalizzato a consentire il raggiungimento della contribuzione minima richiesta per accedere al trattamento pensionistico o a permettere, ai soli dipendenti già in servizio nell'anno 1974, di conseguire la massima anzianità contributiva.

Con riferimento al tema delle eccedenze di personale di mobilità collettiva tra amministrazioni pubbliche, regolate dall'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nella vigenza della disciplina anteriore alle modifiche introdotte, a decorrere dal 1 gennaio 2012, dalla l. n. 183 del 2011, e dal d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 135 del 2012), Sez. L, n. 18835/2017, Blasutto, Rv. 645249-01, ha precisato che, ove il collocamento in disponibilità sia avvenuto in violazione dei criteri di scelta ed abbia determinato la risoluzione del rapporto alla scadenza del periodo di sospensione, il lavoratore che faccia valere la suddetta violazione ha diritto anche al ripristino della funzionalità del rapporto, poiché la risoluzione dello stesso rientra tra gli effetti pregiudizievoli dell'illegittimo collocamento in disponibilità. In tale ipotesi, trova applicazione l'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che attribuisce al giudice del lavoro anche il potere di adottare nei confronti della P.A. qualsiasi tipo di sentenza, ivi compresa la sentenza di condanna ad un fare.

In materia di licenziamento, sulla linea di continuità con quanto affermato da Sez. L, n. 11868/2016, Di Paolantonio, Rv.

640001-01, significativo è l'arresto di Sez. L, n. 23424/2017, Boghetich, Rv. 645884-01, secondo cui, la previsione degli effetti retroattivi del licenziamento disciplinare (e del licenziamento per giustificato motivo oggettivo in aziende con i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, st.lav.) di cui all'art. 1, comma 41, della l. n. 92 del 2012, non è applicabile al pubblico impiego privatizzato.

La ragione ad avviso della S.C. è desumibile dal tenore letterale dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della l. n. 92 del 2012, nonché dalla inconciliabilità della nuova disciplina con lo specifico regime imperativo dettato dagli artt. 54 e ss. del d.lgs. n. 165 del 2001.

11.7. Incarichi dirigenziali. Come di consueto si segnala un nutrito contenzioso nel tema della dirigenza, con particolare riferimento ai vari aspetti del trattamento economico ed alla sua determinazione.

In via generale, Sez. L, n. 10320/2017, Torrice, Rv. 644035-01, ha chiarito che un ufficio può essere ritenuto di livello dirigenziale generale solo in presenza di un'espressa qualificazione normativa.

Sulla questione della conservazione dell'assetto normativo antecedente alla riforma del pubblico impiego contrattualizzato, in vista della riorganizzazione della P.A. attraverso l'istituzione di un ruolo unico della dirigenza articolato in due fasce, di dirigente superiore e dirigente generale, Sez. L, n. 12898/2017, De Felice, Rv. 644508-01, ha affermato che la valutazione in ordine alla natura dirigenziale delle mansioni svolte dal dipendente va operata con riferimento alle nuove regole, non essendo ammissibile il differimento della loro applicazione.

Sez. U, n. 15276/2017, Berrino, Rv. 644580-01, ha chiarito che resta devoluta al giudice ordinario la controversia sul riconoscimento di differenze retributive, corrispondenti all'incarico dirigenziale di fascia stipendiale superiore previsto nel contratto individuale. In tal senso, facendo applicazione dei criteri generali di riparto della giurisdizione, ha osservato che la domanda ha ad oggetto una posizione di diritto soggettivo perfetto, di fonte negoziale. La giurisdizione è, pertanto, devoluta al giudice ordinario, cui è attribuito il potere di disapplicare gli eventuali atti amministrativi presupposti illegittimi, incidenti direttamente o indirettamente sulle situazioni giuridiche soggettive del dipendente.

In materia risarcitoria, Sez. L, n. 09392/2017, Tria, Rv. 643753-01, ha affermato che, in caso di accertamento dell'illegittimità del procedimento di valutazione negativa di un dirigente pubblico per il mancato raggiungimento degli obiettivi, non compete un

risarcimento automaticamente commisurato all'indennità di risultato non percepita. Il giudice ordinario, infatti, non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica dei risultati che ne condizionano l'erogazione. In ogni caso, ove ritualmente richiesto, non può essere escluso il danno da perdita di chance, dimostrabile anche per presunzioni e con liquidazione necessariamente equitativa.

In relazione alla liquidazione del danno per perdita di chance a seguito del mancato conferimento di incarico dirigenziale, secondo Sez. L, n. 26694/2017, Di Paolantonio, in corso di massimazione, è ammissibile la liquidazione equitativa. Essa potrà essere determinata in una percentuale del trattamento retributivo spettante al dirigente, commisurata al grado di probabilità di ottenimento dell'incarico stesso, tenuto conto dell'esperienza professionale del dirigente e del numero di incarichi conferitigli in precedenza senza valutazione comparativa.

Significativo è l'arresto di Sez. L, n. 09878/2017, Torrice, Rv. 643761-01, sulla reggenza, ai fini della determinazione del trattamento economico. E' stato chiarito che l'attribuzione delle mansioni dirigenziali, con la pienezza delle relative funzioni e l'assunzione delle responsabilità inerenti al perseguimento degli obiettivi propri delle stesse, comporta la corresponsione dell'intero trattamento economico, in cui vanno ricompresi gli elementi accessori, sicché i funzionari chiamati a svolgere le funzioni dirigenziali, fuori dalle ipotesi in cui sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura, hanno diritto di percepire sia la retribuzione di posizione che quella di risultato.

In tema di indennità di buonuscita per i pubblici dipendenti già assunti alla data del 31 dicembre 1995, ai fini del computo nella base di calcolo dell'indennità di esclusività prevista dall'art. 5 del c.c.n.l. dell'area della dirigenza sanitaria, professionale, tecnica ed amministrativa, del servizio sanitario nazionale, relativo al biennio 2000/2001, Sez. L, n. 24454/2017 Calafiore, in corso di massimazione, ha evidenziato la necessità di accertare in fatto la concreta attribuzione all'interessato di tale indennità, differente quanto a natura ed effetti dall'indennità di posizione, ed articolata in fasce economiche distinte, correlate al raggiungimento di una certa esperienza professionale e previa valutazione positiva.

Con riguardo, invece, alla revoca prima della scadenza di incarichi dirigenziali per le posizioni organizzative del personale degli enti locali, Sez. L, n. 09728/2017, Boghetich, Rv. 643759-01, ha affermato che può essere disposta, solo per casi determinati, correlati

a profili disciplinari o al mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati.

11.8. Disabili. Si segnala in tema una significativa precisazione ad opera di Sez. L, n. 17361/2017, Di Paolantonio, Rv. 644879-02, sulle modalità di calcolo della quota di riserva, prevista dal comma 1 dell'art. 3 della l. n. 68 del 1999. In particolare, assumono rilevanza, sia l'organico complessivo nazionale del datore di lavoro, sia la consistenza del singolo ufficio, dovendo il rapporto percentuale essere garantito innanzitutto sulla base dell'organico di quest'ultimo; si precisa, tuttavia, che resta salva la possibilità di operare delle compensazioni, subordinate ad un'autorizzazione che è concedibile solo qualora l'eccedenza si verifichi in un altro ufficio della stessa regione.

La stessa sentenza ha, inoltre, chiarito, come da altra massima, Rv. 644879-01, che il momento di insorgenza del diritto alla assunzione del disabile iscritto nelle liste di collocamento obbligatorio è connesso alla forma di reclutamento e, per le qualifiche meno elevate, sorge con l'atto di avviamento al lavoro, successivo alla formazione della graduatoria limitata a coloro che aderiscono alla specifica occasione di lavoro, nell'ipotesi prevista dall'art. 9, comma 5, della l. n. 68 del 1999, soppresso dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, ed attualmente dall'art. 7, comma 1, della stessa legge, come sostituito dal richiamato d.lgs. n. 151 del 2015.

11.9. Personale docente. Alcune precisazioni di rilievo sono state effettuate dalla S.C. in relazione al cospicuo contenzioso riguardante il personale insegnante.

In tema di trattamento retributivo, secondo Sez. L, n. 09301/2017, Blasutto, Rv. 644030-01, il diritto alle classi di stipendio ed agli scatti biennali di cui all'art. 24 della l. n. 312 del 1980 si perfeziona al compimento dei periodi di anzianità di servizio ivi previsti, mentre, ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, la sola decorrenza dell'aumento stipendiale è retrodatata all'inizio del mese corrispondente.

Si ricorda in proposito, Sez. L, n. 14772/2017, Tricomi I., Rv. 644774-01, intervenuta sulla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato disposta tardivamente, a seguito dell'accertamento giudiziale dell'illegittimo operato della P.A. In proposito si è chiarito che il giudice può ordinare la retrodatazione giuridica dell'assunzione, ma non la retrodatazione economica. Non sorge, infatti, a seguito del predetto accertamento un diritto alle

retribuzioni per il periodo antecedente all'assunzione in cui la prestazione lavorativa, ma solo un diritto al risarcimento del danno, per il quale è necessaria l'allegazione e la prova dell'entità dei pregiudizi di tipo patrimoniale e non che trovino causa nella condotta del datore di lavoro, qualificata come illecita. Il danno non si identifica, infatti, nella mancata erogazione della retribuzione

Sez. I, n. 26099/2017, Di Paolantonio, in corso di motivazione ha affermato, poi, che è utile ai fini della progressione di carriera il periodo trascorso dal personale docente in aspettativa per motivi di studio, previa la valutazione in concreto della compatibilità dell'incarico con le esigenze di servizio. La ragione sottesa è che il legislatore ha dettato una disciplina finalizzata a favorire le attività di studio e di ricerca, sul presupposto che l'accrescimento del bagaglio culturale del docente si riflette positivamente anche sulla qualità del servizio scolastico una volta cessata l'aspettativa.

11.10. Lettori di lingua straniera e collaboratori esperti linguistici. La materia è stata ampiamente incisa dalle pronunce della S.C., nella massima espressione nomofilattica, a seguito di tre ordinanze e di una richiesta di parte di rimessione.

Sez. U n. 19164/2017, Manna A., (Rv. 645036-01), ha affermato che in caso di controversie promosse dai collaboratori esperti linguistici già lettori di madre lingua straniera, l'art. 26, comma 3, ultimo periodo, della legge 30 dicembre 2010, n. 240 – che ha previsto l'estinzione dei giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della norma – si interpreta nel senso che tale disposizione si applica esclusivamente ai processi nei quali rileva la disciplina sostanziale, quanto al trattamento economico ed ai parametri per il riconoscimento dei diritti maturati in virtù dei precedenti rapporti lavorativi, di cui allo stesso art. 26, nel rispetto del diritto di azione ex art. 24, comma 1, Cost. (Nella specie, la S.C. ha escluso di dover dichiarare l'estinzione del giudizio in quanto l'oggetto del contendere era limitato alla definizione del monte ore annuo della prestazione lavorativa, senza attingere la natura del rapporto ovvero la determinazione della retribuzione).

La stessa sentenza (Rv. 645036-02) ha ritenuto che a seguito dell'abrogazione dell'art. 28 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, ad opera dell'art. 4 del d.l. 21 aprile 1995 n. 120, conv., con modif., dalla legge 21 giugno 1995 n. 236, la continuità tra la posizione soppressa degli ex-lettori di lingua straniera e quella di nuova istituzione dei collaboratori linguistici non consente di configurare una sorta di “ruolo ad esaurimento” per il rapporto di lettorato, sicché, ove l'ex-

lettore abbia ottenuto l'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per nullità della clausola di durata con sentenza passata in giudicato, va comunque applicata la relativa disciplina di fonte legale, di cui all'art. 1, comma 1, del d.l. 14 gennaio 2004 n. 2 del 2004, conv., con modif., dalla legge 5 marzo 2004 n. 63, resa necessaria per adeguare l'ordinamento interno a quello dell'UE.

Infine, nella stessa pronuncia (Rv. 645036-03) le Sez. U hanno ribadito, confermando il prevalente orientamento nell'ambito della Sez. L, che l'art. 26, comma 3, della l. n. 240 del 2010, di interpretazione autentica dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 2 del 2004, conv., con modif., dalla l. n. 63 del 2004, si interpreta nel senso che, a favore dei collaboratori esperti linguistici, già assunti quali lettori di madre lingua straniera ex art. 28 del d.P.R. n. 382 del 1980, è attribuito, ancorché non dipendenti da una delle Università espressamente contemplate dal d.l. n. 2 del 2004, il trattamento economico corrispondente a quello del ricercatore confermato, in misura proporzionata all'impegno orario effettivamente assolto, con decorrenza dalla data di prima assunzione sino a quella di instaurazione del nuovo rapporto, in forza dell'art. 4 del d.l. n. 120 del 1995, conv., con modif., dalla l. n. 236 del 1995, sicché, a tutela dei diritti maturati, hanno diritto a conservare, quale trattamento retributivo individuale, l'eventuale maggior importo percepito in qualità di lettori.

Sez. U n. 21972/2017, Di Cerbo, Rv. 645321-01, ha statuito che il collaboratore esperto linguistico dell'università non ha diritto al trattamento retributivo maturato nel corso dei precedenti rapporti quale "lettore di scambio", non venendo in oggetto un diritto quesito e dovendosi applicare, in via analogica, quale parametro retributivo, quello di cui all'art. 1 del d.l. n. 2 del 2004, conv. con modif. in l. n. 63 del 2004 (trattamento economico riservato ai ricercatori universitari confermati a tempo definito), mentre il periodo trascorso alle dipendenze dell'università quale "lettore di scambio" conserva efficacia – ai sensi del d. l. n. 120 del 1995, conv. con modif. in l. n. 236 del 1995 e della giurisprudenza della CGUE – con riguardo a tutti gli istituti contrattuali che valorizzano l'anzianità di servizio - classe di stipendio, scatti biennali contrattualmente previsti, parametri per il t.f.r. e per la contribuzione previdenziale -. (Nella specie la S.C., enunciando i riportati principi, e con riferimento a collaboratrice ed esperta linguistica – già "lettrice di scambio" ai sensi della legge 24 febbraio 1967 n. 62 – assunta a tempo indeterminato ai sensi del d.l. n. 588 del 1994, non conv. in l. ma i cui effetti sono stati fatti salvi dal cit. d.l. n. 120 del 1995 – ha cassato con rinvio la sentenza di

appello affermando che, salvo il radicarsi – in forza di formarsi di giudicato interno – della giurisdizione ordinaria con riguardo alla categoria pubblicistica dei “lettori di scambio”, la conversione del contratto a tempo determinato ai sensi dell’art. 2 della l. n. 230 del 1962 – non è applicabile ai detti rapporti di lettorato, stante il divieto di cui all’art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001).

Infine, Sez. U n. 24963/2017, Tria, Rv. 645742-01, con specifico riguardo al trattamento economico da riconoscere a coloro che sono stati assunti dalle Università quali lettori di lingua straniera, ha ritenuto che la disciplina di cui all’art. 1 del d.l. n. 2 del 2004, conv. con modif. in l. n. 63 del 2004, come interpretato autenticamente dall’art. 26 della l. n. 240 del 2010, si applica anche a coloro che avendo ottenuto in via giudiziale l'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non hanno, non per loro scelta, sottoscritto il nuovo contratto di assunzione come collaboratori esperti linguistici e non soltanto a coloro che tale contratto hanno stipulato. Infatti, la suindicata normativa risponde all'esigenza prioritaria di assicurare le tutele imposte dalla sentenza della CGUE del 26 giugno 2001, in causa C-212/99 (nonché nelle successive pronunce del 18 luglio 2006, in causa C-119/04 – Grande Sezione – e del 15 maggio 2008, in causa C-276/07), ove è stato sottolineato che, quanto al riconoscimento dei diritti quesiti, la trasformazione ope legis (e, quindi, anche per sentenza definitiva) del rapporto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato deve essere equiparata alla conclusione di un nuovo contratto, seppure stipulato all'esito di procedure selettive, in quanto in entrambi i casi l'interesse perseguito è comunque quello di realizzare, dal punto di vista contenutistico e non formale, la medesima finalità di stabilizzazione del rapporto. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di appello che non aveva riconosciuto ai lettori di madrelingua – assunti ai sensi dell’art. 28 del d.P.R. n. 382 del 1980 *ratione temporis* vigente –, il cui rapporto era stato in precedenza convertito giudizialmente in contratto a tempo indeterminato, e che non avevano stipulato, per fatto loro non imputabile, il contratto quali collaboratori esperti linguistici, il suddetto trattamento economico, precisando che in ogni caso il principio di immodificabilità del giudicato preclude che esso possa essere riconosciuto anche per il periodo coperto dalle sentenze passate in giudicato).

12. Il contratto di agenzia. Del contratto di agenzia ha fornito un’indicazione in negativo per differenza dalla concessione di

vendita Sez. 2, n. 04948/2017, Scarpa, Rv. 643058-01, precisando che in esso la collaborazione tra concedente e concessionario non costituisce un elemento determinante del negozio. Di contro, la concessione di vendita è un contratto atipico con natura di “contratto normativo”, non inquadrabile tra quelli di scambio con prestazioni periodiche, dal quale deriva per il concessionario il duplice obbligo di promuovere la formazione di singoli contratti di compravendita e di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti che gli vengono forniti alle condizioni fissate nell'accordo iniziale.

Sotto altro profilo, Sez. L, n. 01998/2017, Balestrieri, Rv. 642826-01 ha delineato meglio le caratteristiche della natura dell'attività dell'agente, distinguendole da quella di *merchandising*. In particolare, quest'ultima comporta l'utilizzo dell'immagine di un prodotto noto per promuovere la vendita di una determinata linea di altri prodotti ed è distinta da quella dell'agente. Sul presupposto, quindi dell'autonomia dei rapporti, essa deve essere separatamente remunerata, salvo diverse specifiche pattuizioni.

Con riferimento ai profili obbligatori del contratto Sez. L, n. 15956/2017, De Gregorio, Rv. 644789-01, ha affermato che in caso di trasferimento di azienda del preponente, la successione dell'acquirente nel rapporto in essere con l'agente non comporta, ex art. 2558 c.c., un automatico accollo cumulativo *ex lege* dei debiti anteriori all'alienazione. La condizione posta dall'art. 2560, comma 2, c.c., è che detti debiti risultino dai libri contabili obbligatori, e, a tal fine, non è sufficiente la mera trasmissione dei documenti commerciali e contabili relativi al contratto.

È stata, poi, fornita un'indicazione sul diritto alla provvigione cd. indiretta. In particolare, Sez. 2, n. 02288/2017, Manna F., Rv. 642488-01, ha chiarito che tale diritto compete in ogni caso di ingerenza nella zona di esclusiva o di captazione di clienti riservati all'agente attraverso l'intervento diretto o indiretto del preponente, quali che siano le modalità della sottrazione così realizzata ed indipendentemente dalla tecnica negoziale prescelta o dal luogo in cui questa è posta in essere. Costituisce violazione della zona di esclusiva, di conseguenza anche la conclusione di affari al di fuori della zona di esclusiva dell'agente, con una società che, a sua volta, provveda alla distribuzione del prodotto ad imprenditori affiliati operanti, invece, nel predetto ambito territoriale, ove vi concorra il preponente.

Il contratto di subagenzia, invece, secondo Sez. 3, n. 15645/2017, D'Arrigo, Rv. 644751-01 è un subcontratto funzionalmente collegato al contratto principale di agenzia ed è quindi regolato, nei limiti consentiti o imposti dal collegamento

predetto, dalla disciplina di quest'ultimo, dal quale si distingue in quanto il subagente promuove la conclusione dei contratti di assicurazione solo per conto dell'agente e non anche di un'impresa assicuratrice, di cui, pertanto, non ha il potere rappresentativo, salvo espressa attribuzione da parte della stessa.

Nella pronuncia è stato anche chiarito che le somme riscosse dal subagente non entrano, di regola, direttamente nel patrimonio dell'impresa assicuratrice, ma in quello dell'agente-subpreponente, in capo al quale sorge contestualmente l'obbligo di rimettere alla prima un importo pari ai premi riscossi, detratte le provvigioni (Sez. 3, n. 15645/2017, D'Arrigo, Rv. 644751-02).

In relazione all'estinzione del rapporto, l'esercizio, da parte del preponente, della facoltà di recedere *ad nutum* dal rapporto, salvo il dovere del preavviso, per Sez. 2, n. 03251/2017, Scarpa, Rv. 643162-01 non costituisce inadempimento contrattuale. Esso, viceversa, realizza una legittima esplicazione di un diritto potestativo, dal cui esercizio, pertanto, non deriva, di per sé, all'agente alcun danno risarcibile. Il risarcimento del danno cui fa riferimento l'art. 1751, comma 4, c.c. è quello che si correla ad eventuali danni ulteriori da fatto illecito contrattuale o extracontrattuale.

Con riguardo all'indennità per cessazione del rapporto di agenzia, il comma 3 dell'art. 1751 c.c. delinea soltanto il limite massimo consentito dalla legge per la sua determinazione in via equitativa, da commisurarsi con riferimento alla media annuale delle retribuzioni percepite dall'agente nell'ultimo quinquennio, ovvero, se il contratto di agenzia è stato di durata inferiore, alla media del corrispondente minor arco temporale. Tale limite insuperabile non è, secondo Sez. L, n. 15375/2017, De Gregorio, Rv. 644783-01, caratterizzato dall'inderogabilità, prevista esclusivamente per il limite minimo regolato dal successivo comma 6; quest'ultimo, infatti, al fine di assicurare all'agente il risultato migliore, prevede che l'importo determinato dal giudice deve prevalere su quello, eventualmente inferiore, spettante in applicazione di altri criteri diversamente pattuiti.

Con riguardo anche al rapporto di agenzia svolto in forma collettiva, Sez. L, n. 26260/2017, De Felice, in corso di massimazione, ha affermato che, in caso di recesso del preponente, l'art. 17, comma 2, dell'Accordo Nazionale Agenti di assicurazione vigente assicura all'agente che abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età, oltre alle indennità derivanti dalla risoluzione unilaterale del contratto, l'indennità aggiuntiva, concepita in funzione di ristoro per la perdita delle provvigioni che egli avrebbe potuto conseguire

fino alla durata massima del servizio prevista in sessantotto anni, in quanto il motivo di recesso è legato alla sua persona.

CAPITOLO XVII

PREVIDENZA E ASSISTENZA SOCIALE

(DI RENATO PERINU E CRISTIANO VALLE)*

SOMMARIO: 1. L'obbligo contributivo. – 1.1. La determinazione della retribuzione. – 1.2. I soggetti obbligati. – 1.3. Doppia iscrizione. – 2. L'esenzione dagli obblighi contributivi. – 3. I benefici contributivi. I lavoratori esposti (all'amianto, al cloro, nitro ed ammine). – 4. Gli sgravi. – 5. Accertamento e riscossione dei crediti contributivi. – 6. La prescrizione dei crediti contributivi. – 7. Omesso versamento della contribuzione. – 8. Risarcimento del danno da omissione contributiva. – 9. Le prestazioni in generale. – 9.1. L'assegno di invalidità civile. – 9.2. Inabilità civile. – 9.3. Indennità ciechi civili. – 10. L'indebito previdenziale. – 11. Le prestazioni previdenziali dell'INPS. – 11.1. Questioni procedurali e sostanziali. – 11.2. Assegno di invalidità. – 11.3. Pensione di reversibilità. – 11.4. Equiparazioni, ricongiunzioni e cumuli. – 11.5. Indennità di mobilità. – 11.6. Indennità di disoccupazione. – 11.7. Indennità di maternità. – 12. Le tutele dell'INAIL. – 12.1. I principi generali. – 12.2. Il regresso. – 12.3. Il danno differenziale. – 13. La previdenza di categoria. – 13.1. INPGI. – 13.2. Cassa Nazionale Forense. – 13.3. Cassa Dottori Commercialisti. – 13.4. Cassa di previdenza geometri liberi professionisti. – 14. La previdenza complementare. – 14.1. Il Fondo di garanzia dell'INPS.

1. L'obbligo contributivo. È stato ribadito il principio che l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all'importo di quella che ai lavoratori di un determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (cosiddetto minimale contributivo), secondo il riferimento ad essi fatto – con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale – dall'art. 1 del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, conv. con modif. in legge 7 dicembre 1989, n. 389, senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 Cost. (cd. minimo retributivo costituzionale), che sono rilevanti solo quando a detti contratti si ricorre – con conseguente influenza sul distinto rapporto di lavoro – ai fini della determinazione della giusta retribuzione; ne è configurabile la violazione dell'art. 39 Cost., alla stregua dei principi espressi con la sentenza della Corte Cost. 20 luglio 1992 n. 342, per via dell'assunzione di efficacia *erga omnes* dei c.c.n.l., essendo l'estensione limitata – secondo la previsione della legge – alla parte economica dei contratti soltanto in funzione di parametro contributivo minimale comune, idoneo a realizzare le finalità del sistema previdenziale ed a garantire una sostanziale parità

* Renato Perinu §§ da 11 a 14, Cristiano Valle §§ da 1 a 10.

dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema stesso (Sez. 6-L, n. 19284/2017, Fernandes, Rv 645147-01).

1.1. La determinazione della retribuzione. Sez. U, n. 27093/2017, Tria, in corso di massimazione, decidendo questione di massima di particolare importanza, in materia di trattamento contributivo dell'indennità di trasferta, hanno affermato che alla stregua dei criteri di interpretazione letterale, storica, logico-sistemica e teleologica, l'espressione "anche se corrisposta con carattere di continuità" – presente sia nell'art. 11 legge 4 agosto 1984, n. 467, sia nel vigente art. 51, comma 6, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, (così come nell'art. 48, comma 6, del medesimo TUIR, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314) – deve essere intesa nel senso che l'eventuale continuità della corresponsione del compenso per la trasferta non ne modifica l'assoggettabilità al regime contributivo (e fiscale) meno gravoso (di quello stabilito in via generale per la retribuzione imponibile) rispettivamente previsto dalle citate disposizioni.

La stessa pronuncia, enunciando principio di diritto, ha ritenuto che l'art. 7 quinquies del decreto legge 22 ottobre 2016, n. 193 (conv. con modif. in legge 1 dicembre 2016, n. 225) – che ha introdotto una norma retroattiva autoqualificata di "interpretazione autentica" del comma 6 dell'art. 51 del d.P.R. n. 917 del 1986, con la quale si è stabilito, al comma 1, che i lavoratori rientranti nella disciplina prevista dal comma 6 sono quelli per i quali sussistono contestualmente le seguenti condizioni: a) la mancata indicazione, nel contratto o nella lettera di assunzione, della sede di lavoro; b) lo svolgimento di un'attività lavorativa che richiede la continua mobilità; c) la corresponsione al dipendente, in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi, di un'indennità o maggiorazione di retribuzione "in misura fissa", attribuite senza distinguere se il dipendente si è effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta, e che, in caso di mancata contestuale esistenza delle suindicate condizioni, è riconosciuto il trattamento previsto per le indennità di trasferta di cui al comma 5 del medesimo art. 51 – risulta conforme ai principi costituzionali di ragionevolezza e di tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, oltre che all'art. 117, comma 1, Cost., sotto il profilo del principio di preminenza del diritto e di quello del processo equo di cui all'art. 6 della CEDU.

Sez. L, n. 24032/2017, Cavallaro, in corso di massimazione, ha affermato che ai fini dell'individuazione della base imponibile per la determinazione dei contributi previdenziali dovuti in relazione alla

posizione di lavoratori italiani che prestano attività lavorativa all'estero, deve aversi riguardo alla retribuzione effettivamente corrisposta, dovendosi escludere che la formulazione dell'art. 3, comma 19, lett. a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662 - secondo cui l'equiparazione della definizione di reddito di lavoro dipendente ai fini fiscali e previdenziale deve essere operata "ove possibile" - sia tale da poter qualificare come ricettizio il rinvio alle disposizioni di cui al d.P.R. n. 917 del 1986, dovendosi esaminare la compatibilità della disciplina di carattere fiscale con il sistema previdenziale.

Sez. L, n. 27123/2017, Berrino, in corso di massimazione, avuto riguardo ad ipotesi di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, ha interpretato l'art. 3, commi 1 e 3, della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, nel senso che ai dipendenti dell'appaltatore compete un trattamento minimo inderogabile, retributivo e normativo, non inferiore a quello spettante ai lavoratori del committente, mentre non rientra nella tutela, anche previdenziale, prevista dalla norma l'imposizione della medesima aliquota contributiva applicabile all'impresa appaltante, in virtù dell'inquadramento in un settore differente da quello di appartenenza dell'appaltatore.

1.2. I soggetti obbligati. Sez. L, n. 25956/2017 Amendola F., in corso di massimazione, in tema di contributi previdenziali ha affermato: posto che, in applicazione dell'art. 23 della legge 4 aprile 1952, n. 218, il datore di lavoro che non abbia provveduto tempestivamente ad eseguire i versamenti dovuti resta obbligato in via esclusiva al loro pagamento anche per la quota a carico del lavoratore, il credito retributivo di quest'ultimo deve essere calcolato al lordo della quota contributiva altrimenti su di lui gravante, che diviene parte della retribuzione dovuta, con la conseguenza che dal danno dal medesimo subito per il mancato tempestivo adempimento del datore di lavoro non deve essere detratta la quota contributiva originariamente a suo carico, non essendo di essa il lavoratore più debitore.

In tema di interposizione fittizia di manodopera Sez. L, n. 19098/2017, Rivero, Rv. 645268-01, ha affermato che essa, in un contratto di appalto, determina l'instaurazione del rapporto contributivo tra l'ente previdenziale e l'utilizzatore, restando irrilevante la mancanza di una specifica indicazione, da parte di quest'ultimo, del nominativo dei lavoratori dell'impresa fornitrice, posto che l'individuazione dell'importo dovuto si ricava dal numero dei lavoratori impiegati nell'appalto e dai minimali contributivi fissati dal c.c.n.l. e configurandosi l'imputazione soggettiva dei contributi da parte

dell'INPS come adempimento successivo al sorgere dell'obbligazione e al pagamento dell'importo dovuto da parte del datore di lavoro.

Sez. L, n. 07336/2017, Calafiore, Rv 643588-01, ha, in tema di contributi dovuti per i familiari coadiutori, affermato che l'art. 10 della legge 22 luglio 1966, n. 613 pone l'obbligo del loro pagamento a carico del socio iscritto negli elenchi, in quanto si può essere familiare coadiutore di uno o più soci iscritti, ma non certo di una società.

Riallacciandosi ad orientamenti già emersi, Sez. L, n. 06535/2017, Doronzo, Rv. 643445-01, ha specificato che ai fini dell'individuazione della retribuzione costituente la base di calcolo dei contributi previdenziali per il Fondo di solidarietà per il personale del credito, istituito presso l'INPS, l'art. 10, comma 7, del d.m. n. 158 del 2000 rinvia alle disposizioni contrattuali in vigore e, quindi, ad un concetto di retribuzione non comprensivo di emolumenti strettamente dipendenti dall'effettività delle prestazioni lavorative (nella specie, un trecentosessantasesimo della retribuzione annua per ogni giornata al momento della cessazione del rapporto), sicché il compenso per lavoro straordinario non concorre alla determinazione di detta base contributiva, come confermato dal disposto dell'art. 79 del c.c.n.l. del 11 luglio 1999 (*ratione temporis* applicabile), che non lo include tra le voci che compongono il trattamento economico.

In tema di fornitura di manodopera, Sez. L, n. 17355/2017, Doronzo, Rv. 644878-01, ha ritenuto che, con riguardo al rapporto contributivo tra ente previdenziale e datore di lavoro, è irrilevante la mancanza di una specifica indicazione, da parte di quest'ultimo, del nominativo dei lavoratori inviati dall'impresa fornitrice a quelle utilizzatrici, una volta individuato il numero di tali lavoratori e la base imponibile dell'obbligazione contributiva per i periodi di utilizzazione, non avendo il datore di lavoro titolo, né interesse, a lamentare la mancata imputazione soggettiva di contributi che è comunque tenuto a versare nella misura stabilita dalla legge.

1.3. Doppia iscrizione. Sez. L, n. 05452 del 2017, Berrino, Rv. 643275-01, ha ribadito, riprendendo orientamento già manifestatosi, che in caso di esercizio di attività in forma d'impresa ad opera di commercianti, artigiani o coltivatori diretti, contemporaneo all'esercizio di attività autonoma per la quale è obbligatoria l'iscrizione alla gestione separata ex art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995 n. 335, ai sensi dell'art. 1, comma 208, della legge 23 dicembre 1996 n. 662, autenticamente interpretato dall'art. 12, comma 11, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, conv. con modif., dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, non opera la *fiction iuris* dell'unificazione della contribuzione sulla base del

parametro dell'attività prevalente, ma vale il principio della doppia iscrizione, con conseguente assoggettamento a doppia contribuzione, presso la gestione separata per i compensi di lavoro autonomo e presso la gestione commercianti per il reddito d'impresa.

Sez. L. n. 04440 del 2017, Cavallaro, Rv. 643265-01, ha ritenuto che in tema di iscrizione alla gestione commercianti, i requisiti congiunti di abitualità e prevalenza dell'attività del socio di s.r.l. sono da riferire all'attività lavorativa espletata dal soggetto stesso in seno all'impresa, al netto dell'attività eventualmente esercitata in quanto amministratore, indipendentemente dal fatto che il suo apporto sia prevalente rispetto agli altri fattori produttivi (naturali, materiali e personali) in quanto tale accezione del requisito della "prevalenza" meglio si attaglia alla lettera dell'art. 1, comma 203, della l. n. 662 del 1996, volto a valorizzare l'elemento del lavoro personale, ed alla sua *ratio*, includendo nell'area di applicazione della norma tutti i casi in cui l'attività del socio, ancorché abituale e prevalente rispetto al resto delle sue attività, non possa essere ritenuta preponderante rispetto agli altri fattori produttivi dell'impresa.

L'obbligo di doppia iscrizione nella gestione separata ex art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995 ed in quella commercianti sorge qualora il socio amministratore di una società di capitali partecipi personalmente al lavoro aziendale, svolgendo l'attività operativa in cui si estrinseca l'oggetto dell'impresa con carattere di abitualità e preponderanza rispetto agli altri fattori produttivi, ed è compito del giudice di merito accertare, in modo puntuale e rigoroso, la sussistenza dei requisiti di legge per tale coesistenza, nonché l'assolvimento dell'onere probatorio a carico dell'ente previdenziale, ai cui fini assumono rilevanza la complessità dell'attività, la presenza di dipendenti o collaboratori, la loro qualifica e le mansioni svolte (Sez. L. n. 08613/2017, Pagetta, Rv. 643947-01).

Con riferimento ad ipotesi di liquidazione della società, ed ai fini dell'inquadramento contributivo, Sez. L. n. 04885/2017, Berrino, Rv. 643419-01, ha affermato che per i soci di s.n.c. posta in liquidazione, in base all'art. 1, comma 203, della l. n. 662 del 1996 – che ha sostituito il comma 1 dell'art. 29 della legge 3 giugno 1975, n. 160 –, l'iscrizione alla gestione commercio conserva validità, con persistenza dell'obbligo contributivo, sia per i soci liquidatori che per gli altri soci, che continuano a svolgere attività sociale, anche durante la fase di liquidazione e fino alla cessazione di tutte le attività sociali ed alla cancellazione della società dal registro delle imprese, sempreché l'attività svolta conservi i caratteri dell'abitualità e della prevalenza.

Ribadendo orientamento già manifestatosi (Sez. L. n. 03835/2016, Rv. 638952-01), Sez. L. n. 05210/2017, Berrino, Rv

643424-01, ha ribadito che nelle s.a.s., in forza dell'art. 1, comma 203, della l. n. 662 del 1996, che ha modificato l'art. 29 della legge 3 giugno 1975 n. 160, e dell'art. 3 della legge 28 febbraio 1986 n. 45, la qualità di socio accomandatario non è sufficiente a far sorgere l'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali, essendo necessaria anche la partecipazione personale al lavoro aziendale, con carattere di abitudine e prevalenza.

2. L'esenzione dagli obblighi contributivi. Con riferimento all'esenzione contributiva di cui all'art. 40 del r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827, Sez. L, n. 07332/2017, Doronzo, Rv. 643568-01, ha precisato che il requisito della stabilità dell'impiego deve essere dimostrato, alla stregua dell'art. 36 del decreto Presidente della Repubblica 26 aprile 1957, n. 818, anche in relazione al personale dipendente delle aziende esercenti pubblici servizi, sicché, ove non risultante da norme regolanti lo stato giuridico e il trattamento economico di detto personale, tra cui non sono ricomprese le clausole pattizie di cui alla contrattazione collettiva di diritto comune, deve essere accertato dal Ministero competente su domanda del datore di lavoro, con decorrenza dalla data della domanda.

Sulle esenzioni, Sez. L, n. 01186/2017, Spena, Rv. 642520-01, ha ritenuto che il rinvio, contenuto nell'art. 18, comma 1, della legge 31 gennaio 1994, n. 97 alle assunzioni a tempo parziale effettuate ex art. 5 del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con modif. in legge 19 dicembre 1984, n. 863, deve intendersi come rinvio mobile o non recettizio, rilevando ai fini dello speciale regime previdenziale il tipo contrattuale – come nel tempo disciplinato – e non già che l'assunzione sia avvenuta nella vigenza di uno specifico testo normativo; verificata, quindi, l'applicabilità del beneficio alla luce della disciplina sopravvenuta di cui al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, (applicabile *ratione temporis*), permane la *ratio* di detta normativa di consentire l'applicazione del minimale contributivo orario solo in presenza di validi contratti part-time, ossia stipulati in forma scritta, e ciò anche se tale forma sia richiesta soltanto *ad probationem*.

3. I benefici contributivi. I lavoratori esposti (all'amianto, al cloro, nitro ed ammine). Sez. 6-L, n. 02856/2017, Mancino, Rv. 642547-01, ha stabilito che la prescrizione del diritto alla maggiorazione contributiva in conseguenza dell'esposizione all'amianto – che, incidendo su un autonomo diritto e non sulla rivendicazione di una componente del credito previdenziale, è definitiva e non limitata ai singoli ratei – decorre dal momento in cui il lavoratore abbia la consapevolezza della suddetta esposizione. (Nella specie, la S.C. ha

cassato la decisione della corte territoriale che aveva fatto decorrere la prescrizione dal pensionamento del lavoratore, anziché dall'istanza amministrativa inoltrata all'INAIL per il riconoscimento dell'esposizione).

Sez. L, n. 05866 del 2017, *Riverso*, Rv. 643437-01, ha precisato che a salvaguardia del regime più favorevole, in forza dell'art. 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, opera anche nei confronti di chi avesse maturato il diritto a pensione per effetto dei medesimi contributi, come si evince dalla lettera dell'art. 47, comma 6 bis, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (aggiunto in sede di conversione dalla legge 24 novembre 2003, n. 326), che ne ha fatto espressamente salva l'applicazione per i lavoratori che, alla data di entrata in vigore del d.l., avessero già maturato il diritto al trattamento pensionistico sulla base dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257.

Il beneficio della rivalutazione contributiva di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992, *ratione temporis* applicabile, spetta senza che operi l'incompatibilità - stabilita dall'art. 47, comma 6 ter, del d.l. n. 269 del 2003, conv. con modif., in l. n. 326 del 2003 - tra il suddetto diritto e benefici che comportino l'anticipazione dell'accesso al pensionamento ovvero l'aumento dell'anzianità contributiva, trattandosi di limitazioni introdotte solo successivamente nell'ambito di una disciplina fortemente innovativa dei menzionati benefici. Nella specie, la S.C., n. 09594/2017, *Spena*, Rv 643757-01, ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto non cumulabile la maggiorazione contributiva riconosciuta ad un lavoratore marittimo ai sensi dell'art. 24 della legge 26 luglio 1984, n. 413, omettendo di esaminare le allegazioni ed i documenti relativi alla data del conseguimento del diritto al trattamento pensionistico, anche sulla base della rivalutazione contributiva per esposizione ad amianto.

Sez. L, n. 06543/2017, *Riverso*, Rv. 643446-02, in punto di accertamento di fatto, ha affermato che: ai fini dell'espressione del giudizio sulla spettanza della rivalutazione contributiva di cui all'art. 13, comma 8, della l. n. 257 del 1992, una volta assunti gli elementi probatori dedotti dalle parti sui fatti concernenti l'attività lavorativa, la prova del superamento dei limiti di soglia (anche in termini di rilevante grado di probabilità), salvo che non sia già fornita da altre fonti, come rilevazioni tecniche attendibili, atti d'indirizzo ministeriali, c.t.u. espletate in altre cause sulla stessa situazione di fatto, si comporta necessariamente un giudizio di carattere tecnico-scientifico demandato ad una c.t.u., che, riguardando, per lo più, una situazione lavorativa non più esistente (a seguito della cessazione dell'utilizzo dell'amianto disposta con la l. n. 257

del 1992), non richiede alcun esperimento riferito all'attualità, ma implica soltanto il riferimento a dati di esperienza e scientifici (come le banche dati in possesso dell'INAIL o di altri istituti internazionali), ai cui fini a nulla rileva il tempo trascorso o la modifica dello stato dei luoghi rispetto all'attività di lavoro dedotta nel giudizio. In materia di mancanza di un'autonoma valenza probatoria degli atti di indirizzo del Ministero del Lavoro si veda Sez. L. n. 21117/2017, *Riverso*, Rv. 645741-01).

Sez. L, n. 11438/2017, *Marotta*, Rv. 644255-01, ha ribadito che, in materia di rivalutazione di cui all'art. 13, comma 8, la domanda amministrativa della prestazione all'ente erogatore, ex art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533, è condizione di ammissibilità di quella giudiziaria, diversamente dal ricorso introduttivo del procedimento contenzioso amministrativo ex art. 443 c.p.c., avendo disposto il legislatore che il privato non affermi un diritto davanti all'autorità giudiziaria prima che esso sia sorto, ossia prima del perfezionamento della relativa fattispecie a formazione progressiva, nella quale la presentazione della domanda segna la nascita dell'obbligo dell'ente previdenziale e, in quanto tale, non può essere assimilata ad una condizione dell'azione, rilevante anche se sopravvenuta nel corso del giudizio. Ne consegue che l'azione iniziata senza la presentazione in sede amministrativa della corrispondente istanza comporta l'improponibilità della domanda giudiziale, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, con conseguente nullità di tutti gli atti del processo.

4. Gli sgravi. Sez. L, n. 10638/2017, *Calafiore*, Rv. 644221-01, ha ritenuto che l'art. 3, comma 6, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, nel prevedere le condizioni di applicabilità delle agevolazioni, di cui al comma 5 e nel precisarne l'ambito applicativo, richiede espressamente, alla lett. h), che siano rispettate le prescrizioni sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori di cui al d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e succ. modif. ed int. Ne consegue che l'ambito normativo coperto dal citato d.lgs. coincide con tutte le misure preventive che garantiscono la sicurezza e la salute del lavoratore, ivi comprese quelle previste dagli specifici regolamenti di settore, mentre non è necessario alcun giudizio di sufficiente gravità della violazione delle richiamate disposizioni.

Sez. L, n. 27350/2017, *Berrino*, in corso di massimazione, ha affermato che per del riconoscimento del beneficio dello sgravio contributivo previsto dall'art. 3, comma 9, della l. n. 448 del 1998, in favore di soggetti di età inferiore a trentadue anni che si siano iscritti per la prima volta entro il 31 dicembre 2001 alla Gestione speciale degli artigiani o a quella degli esercenti attività commerciali, rileva il momento

formale dell'iscrizione e non quello del materiale inizio dell'attività lavorativa.

Sez. L, n. 08611/2017, Calafiore, Rv. 643900-01, ha escluso che i benefici derivanti dall'applicazione della normativa sui contratti di riallineamento retributivo, di cui all'art. 5 del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, conv. con modif., dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, in quanto volti a favorire la regolarizzazione della manodopera esistente, siano compatibili con la contemporanea fruizione, da parte dello stesso datore di lavoro e per i medesimi lavoratori, degli sgravi contributivi previsti dall'art. 3, commi 5 e 6, della l. n. 448 del 1998, aventi la diversa finalità di incrementare l'occupazione mediante nuove assunzioni, considerato altresì il carattere derogatorio della disciplina sugli accordi di riallineamento alla normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, nonché l'espressa subordinazione dell'attribuzione dei suddetti benefici all'autorizzazione ed ai vincoli posti dalla Commissione europea agli aiuti di Stato, le cui decisioni hanno carattere vincolante.

Le strutture ricettive denominate case-albergo, *residence* o residenze turistico-alberghiere e che forniscono alloggio e servizi accessori in unità abitative arredate, non possono fruire della fiscalizzazione degli oneri sociali e degli sgravi contributivi in favore delle imprese alberghiere, previsti dall'art. 3 della legge 5 agosto 1978, n. 502 (di conversione con modif. del d.l. 6 luglio 1978, n. 353), atteso che l'art. 3 citato si riferisce unicamente alle imprese alberghiere come tali classificate ai sensi della legge 30 dicembre 1937, n. 2651 (di conv., con modif. del d.l. 18 gennaio 1937, n. 975) e come modificata dalla legge 18 gennaio 1939, n. 382, cui non sono equiparabili le menzionate strutture residenziali, neppure dopo la legge quadro per il turismo del 17 maggio 1983, n. 217, e tale differenza rispetto alle imprese alberghiere vere e proprie fa anche ritenere manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 3 cit. per disparità di trattamento (Sez. L, n. 11152/2017, Berrino, Rv. 644227-01).

Sez. L, n. 12731/2017, Doronzo, Rv 644503-01, ha precisato che la questione dell'efficacia temporale della norma di cui si invoca l'applicazione può e deve essere rilevata d'ufficio, sfuggendo a qualsiasi preclusione, in attuazione del principio *iura novit curia*. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva applicato, a contributi relativi agli anni tra il 1995 ed il 1997, gli sgravi previsti dalla legge 2 maggio 1976, n. 183, omettendo di rilevarne l'avvenuta abrogazione per effetto della legge 20 maggio 1993, n. 151).

Con riferimento agli aiuti di Stato, Sez. L, n. 14574/2017, Calafiore, Rv. 644684-01, ha precisato che per gli sgravi contributivi fruiti per assunzioni con contratti di formazione lavoro, la regola *de*

minimis costituisce un'eccezione alla generale disciplina relativa al divieto degli aiuti di Stato, stabilendo una soglia di aiuto al di sotto della quale la disciplina restrittiva contenuta nel trattato CE è inapplicabile; ne consegue che le specifiche condizioni concretizzanti l'applicabilità di tale regola costituiscono elementi costitutivi del diritto a beneficiare dello sgravio contributivo, che, come tale, deve essere provato dal soggetto che lo invoca, il quale è tenuto a dimostrare, non solo che l'importo chiesto in recupero ed oggetto del singolo procedimento sia inferiore a tale soglia, ma anche l'ammontare massimo totale dell'aiuto rientrante nella categoria *de minimis* su un periodo di tre anni a decorrere dal momento del primo aiuto, comprendendovi qualsiasi aiuto pubblico accordato, sotto qualunque forma.

5. Accertamento e riscossione dei crediti contributivi. Sez. L, n. 09159/2017, *Riverso*, Rv. 644026-01, ha affermato, connettendosi a precedente pronuncia del 2016 (n. 04032/2016, Rv 639164), che il potere di iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali non subisce alcuna interdizione quando è stato impugnato in giudizio un autonomo credito iscritto a ruolo e portato a conoscenza della parte debitrice, in quanto l'art. 24, comma 3, del d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, riconnette l'effetto impeditivo all'atto di accertamento posto a monte e non già dell'atto esecutivo che sta a valle. (Nel caso in oggetto la S.C., confermando la sentenza di merito, ha ritenuto che il giudizio di opposizione al ruolo comunicato con cartella esattoriale – o il ricorso in sede amministrativa – non impedisce all'Inps l'iscrizione di altri crediti, pur se il ruolo impugnato si fonda sulle medesime premesse di fatto e di diritto di quelli successivamente formati, salvo l'eventuale effetto preclusivo vincolante della formazione del giudicato su uno dei giudizi di opposizione).

Sez. L, n. 11515/2017, *Mancino*, Rv. 644371-01, ha ribadito, che l'opposizione avverso la cartella di pagamento dà luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio, con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre al rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo portato dalla cartella, sia pure nella misura residua ancora dovuta, senza che ne risulti mutata la domanda. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato inammissibile, in quanto nuova, la domanda di pagamento della minor somma dovuta dal debitore, a titolo di contributi, formulata nell'atto di appello dall'ente previdenziale che, in primo grado, si era limitato a chiedere la declaratoria di legittimità della cartella medesima).

Con riferimento al regime sanzionatorio applicabile, Sez. L, n. 16431/2017, Doronzo, Rv. 644861-01, ha reputato che la deduzione del regime sanzionatorio introdotto con legge 23 dicembre 2000, n. 388 e, ancor prima, con l. n. 662 del 1996, che non abbia formato oggetto del giudizio di merito, non può essere proposta in sede di legittimità, né la questione dell'applicabilità di un diverso regime sanzionatorio può trovare spazio come *quaestio iuris* che il giudice d'appello avrebbe dovuto esaminare d'ufficio, ove l'atto d'appello abbia riguardato la legittimità o meno della pretesa dell'INPS e quindi anche la debenza o meno delle somme aggiuntive, ma non la determinazione delle stesse, che è questione diversa, anche se dipendente, e, pertanto, soggetta a preclusione ove non specificamente proposta.

Sez. L, n. 25667/2017, Mancino, in corso di massimazione, ha precisato che ove la cartella esattoriale contenga l'indicazione di un termine per proporre opposizione superiore rispetto a quello previsto dalla legge, vale il termine indicato in cartella e non quello fissato dal legislatore, dovendosi ritenere che l'errore di diritto commesso nell'atto notificato sia idoneo, anche alla luce del principio di congruità e intellegibilità della motivazione del provvedimento amministrativo, a ingenerare nel destinatario un errore scusabile, tale da far sorgere in lui un ragionevole affidamento nel diverso e maggiore termine indicato dall'autorità competente. (Nella specie, la cartella di pagamento notificata dal concessionario della riscossione conteneva l'indicazione, ai fini dell'opposizione, del termine di sessanta giorni in luogo di quello di quaranta contemplato dall'art. 24, del d.lgs. n. 46 del 1999; la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito con cui era stata giudicata tardiva l'opposizione proposta oltre il termine legale, ma nel rispetto del più ampio termine indicato in cartella).

6. La prescrizione dei crediti contributivi. Sez. L, n. 10327/2017, Calafiore, Rv. 644036-01, ha affermato che la domanda di rateizzazione del debito contributivo proposta dal debitore, ex art. 1, comma 2 ter, del d.l. 8 aprile 1998, n. 78, conv. con modif., dalla legge 5 giugno 1998, n. 176 – benché corredata dalla formula di salvezza dei diritti connessi all'esito di accertamenti giudiziari in corso – unitamente ai pagamenti trimestrali effettuati secondo le previsioni della norma citata, la quale ha previsto solo modalità agevolate di estinzione di quel debito, configura un riconoscimento di quest'ultimo, con conseguente interruzione della prescrizione quinquennale, il cui nuovo termine decorrerà dalla scadenza delle singole rate.

Sez. L, n. 13463/2017, Cavallaro, Rv. 644520-01, ha precisato che nel caso di contributi "a percentuale", il fatto costitutivo

dell'obbligazione contributiva è costituito dall'avvenuta produzione, da parte del lavoratore autonomo, di un determinato reddito ex art. 1, comma 4 della legge 2 agosto 1990, n. 233, quand'anche l'efficacia del predetto fatto sia collegata ad un atto amministrativo di ricognizione del suo avveramento; ne consegue che il momento di decorrenza della prescrizione dei contributi in questione, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 335 del 1995, deve identificarsi con la scadenza del termine per il loro pagamento e non con l'atto, eventualmente successivo - ed avente solo efficacia interruttiva della prescrizione anche a beneficio dell'Inps - con cui l'Agenzia delle Entrate abbia accertato, ex art. 1 del d.lgs. 8 dicembre 1997, n. 462, un maggior reddito.

Agli effetti del recupero degli sgravi concessi alle imprese su contratti di formazione e lavoro, integranti aiuti di Stato incompatibili col mercato comune, opera il termine ordinario di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c., decorrente dalla notifica alla Repubblica Italiana della decisione comunitaria di recupero, atteso che, ai sensi degli artt. 14 e 15 del regolamento (CE) n. 659/1999, come interpretati dalla giurisprudenza comunitaria, le procedure di recupero sono regolate dal diritto nazionale, nel rispetto del principio di equivalenza fra le discipline, comunitaria e interna, nonché del principio di effettività del rimedio (Sez. L, n. 15491/2017, Doronzo, Rv. 644788-01).

Sez. L, n. 21058/2017, Cavallaro, Rv. 645610-01), ha affermato che la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 38, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 non può essere estesa ai casi di omissione contributiva accertata a seguito di accertamento ispettivo, ma opera limitatamente ai contributi dovuti per l'anno 1998, quali risultanti dall'estratto contributivo inviato a ogni assicurato ai sensi dell'art. 1, comma 6, della l. n. 335 del 1995; detta sospensione concerne infatti il termine connesso alla denuncia che il lavoratore destinatario dell'estratto può presentare allo scopo di raddoppiare i termini prescrizionali di cui all'art. 3, comma 9, della l. n. 335 del 1995 ed è stata introdotta per ovviare agli inconvenienti derivanti dai ritardi nell'accredito della contribuzione per l'anno 1998, a seguito dell'istituzione dell'obbligo di presentazione, per opera dell'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, della dichiarazione unica modello 770 anche ai fini dei contributi dovuti all'Inps e dei premi dovuti all'Inail.

Sez. L, n. 26604/2017, Berrino, in corso di massimazione, ha precisato che l'esigenza pubblicistica di garantire all'ente creditore una rapida realizzazione dei suoi diritti, riducendo il contenzioso attraverso una parziale remissione dei debiti, comporta, ove il contribuente acceda al condono, la parziale sottrazione del rapporto obbligatorio al regime

civilistico attribuendo al termine per l'adempimento un carattere decadenziale, non prorogabile quali siano le ragioni dell'inadempimento o del ritardo, per cui la domanda di condono, pur non assumendo valore di riconoscimento del debito, determina ugualmente la sospensione del termine prescrizione sino a quando l'interessato rispetti le modalità di pagamento delle somme richieste.

7. Omesso versamento della contribuzione. Sez. L, n. 00801/2017, Manna A., Rv. 642510-01, ha affermato l'art. 3 del d.l. 12 settembre 1983 n. 463, conv. con modif., dalla legge 11 novembre 1983 n. 638, conferisce agli addetti alla vigilanza presso gli Ispettorati del lavoro le stesse funzioni degli ispettori del lavoro, ad eccezione di quella di contestare contravvenzioni da riferirsi non già alla funzione di contestazione in sé, di illeciti penali o amministrativi, ma alle sole contravvenzioni propriamente dette, ossia dei reati puniti con le pene dell'arresto e/o dell'ammenda (art. 17 c.p.), sicché gli stessi ben possono accertare e contestare violazioni, di natura amministrativa, delle leggi sulla tutela del lavoro e della previdenza ed assistenza obbligatoria (in particolare, in materia di sicurezza dei lavoratori e dell'ambiente di lavoro ed in materia di adempimento o esatto adempimento dei versamenti contributivi).

Con pronuncia di carattere innovativo, Sez. L n. 00479/2017, Leo G., Rv. 642447-01, ha affermato che ai fini della riduzione della misura delle sanzioni per inosservanza dell'obbligo contributivo, ai sensi dell'art. 1, comma 218, della l. n. 662 del 1996, il provvedimento amministrativo sopravvenuto di scorporo di una Provincia (nella specie, ai fini del più favorevole regime sanzionatorio, la sentenza confermata dalla S.C. aveva tenuto conto del d. m. di scorporo di una parte del territorio della provincia di Milano, con formazione della nuova provincia di Lodi) è idoneo ad integrare il presupposto dell'oggettiva incertezza sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo, individuato in riferimento ad un determinato ambito territoriale, se connessa a contrastanti orientamenti giurisprudenziali.

La distinzione tra evasione ed omissione contributiva previdenziale, ai sensi dell'art. 116 della legge 23 dicembre 2000 n. 388, va tracciata, secondo Sez. L, n. 05281/2017, Cavallaro, Rv. 643195-01, nel senso che ricorre la prima ipotesi quando il datore di lavoro ometta di denunciare all'INPS rapporti lavorativi in essere e relative retribuzioni corrisposte, mentre va ravvisata la seconda, più lieve, qualora l'ammontare dei contributi, di cui sia stato omesso o ritardato il pagamento, sia rilevabile dalle denunce o registrazioni obbligatorie. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva

configurato l'ipotesi di evasione in un caso in cui il datore di lavoro, malgrado l'esecutività della sentenza che aveva disposto la reintegra di lavoratori in precedenza licenziati, non si era attivato presso l'INPS per provvedere alla loro regolarizzazione).

In tema si segnala Sez. L, n. 12819/2017, Cavallaro, Rv 644506-01, che ha precisato quanto segue: ai fini del computo del termine di decadenza entro il quale devono essere iscritti a ruolo i contributi ed i premi, previsto dall'art. 25, comma 1, del d.lgs. n. 46 del 1999, occorre distinguere l'ipotesi di omissione, di cui alla lett. a) del predetto articolo, da quella di evasione, di cui alla lett. b) del medesimo articolo, in quanto solo nel primo caso rileva il termine di scadenza previsto per il pagamento. Ne consegue che, in virtù delle proroghe disposte dagli artt. 78 della l. n. 388 del 2000, della l. n. 289 del 2002 nonché 4 della l. n. 350 del 2003, la decadenza opera solo per i contributi maturati - nel caso di omissione - ovvero accertati mediante atto notificato al debitore - in caso di evasione - in data antecedente al 1 gennaio 2004.

Secondo Sez. L, n. 09159/2017, Rivero, Rv. 644026-02, non integra l'ipotesi di evasione ex art. 116, lett. a), della l. n. 388 del 2000, il datore di lavoro che abbia versato i contributi previdenziali per avere inteso la propria attività come industriale, con conseguente omissione della richiesta di iscrizione alla gestione commercianti, dovendosi escludere l'assenza di un fine fraudolento o di un volontario occultamento dei rapporti o delle retribuzioni.

8. Risarcimento del danno da omissione contributiva. Il diritto del lavoratore alla costituzione, a spese del datore di lavoro, della rendita vitalizia di cui all'art. 13, della legge 12 agosto 1962, n. 1338, per effetto del mancato versamento da parte di quest'ultimo dei contributi previdenziali, è soggetto al termine ordinario di prescrizione, decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS, senza che rilevi la conoscenza o meno, da parte del lavoratore, della omissione contributiva (Sez. U, n. 21302/2017, Berrino, 645314-02, in sostanziale continuità con Sez. U n. 00983/2016, Berrino, Rv. 638600-01).

Dando continuità a orientamento già emerso negli anni precedenti (Sez. L, n. 02327/2016, Esposito L., Rv. 638993-01) Sez. L, n. 23050/2017, Balestrieri, Rv. 645874-01), ha ribadito che, nell'ipotesi in cui l'Inps abbia fornito al lavoratore una erronea indicazione della posizione contributiva e lo stesso sia stato collocato in mobilità sulla base di detto erroneo presupposto, l'ente previdenziale è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'interessato per il mancato conseguimento del diritto a pensione, a titolo di responsabilità contrattuale, fondata sull'inadempimento dell'obbligo legale gravante sugli enti pubblici,

dotati di poteri di indagine e certificazione, di non frustrare la fiducia di soggetti titolari di interessi al conseguimento di beni essenziali della vita (quali quelli garantiti dall'art. 38 cost.), ancorché le informazioni erronee siano state fornite mediante il rilascio di estratti-conto assicurativi non richiesti dall'interessato e inidonei a rivestire efficacia certificativa.

Secondo Sez. L, n. 27118/2017, Berrino, in corso di massimazione, il lavoratore indotto alle dimissioni da colpevole comportamento dell'INPS, che gli abbia erroneamente comunicato il perfezionamento del requisito contributivo per il conseguimento della pensione di anzianità, ha diritto al risarcimento del danno in un importo commisurabile a quello delle retribuzioni perdute fra la data della cessazione del rapporto di lavoro e quella dell'effettivo conseguimento della detta pensione, in forza del completamento del periodo di contribuzione a tal fine necessario, ottenuto col versamento di contributi volontari, da sommarsi a quelli obbligatori anteriormente accreditati.

9. Le prestazioni in generale. In materia ora definitivamente incisa da Corte Cost., 20 novembre 2017, n. 241 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 152 disp. att. c.p.c.), Sez. L, n. 08614/2017, Pagetta, Rv 643948-01, ha affermato che l'onere di dichiarare l'esatto valore della prestazione dedotta in giudizio, previsto, a pena di inammissibilità, dall'art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo novellato dal d.l. del 6 luglio 2011 n. 98, conv. con modif., dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, sussiste solo per il ricorso introduttivo del giudizio e non anche per quelli concernenti i gradi successivi al primo.

Sez. L n. 14180/2017, Berrino, Rv. 644539-01, ha ribadito che nel vigente ordinamento previdenziale non è configurabile un principio generale di immutabilità del titolo della pensione, né quello inverso del diritto al mutamento del suddetto titolo, atteso che il carattere frammentario del sistema normativo impone soluzioni diverse in relazione alla disciplina dei singoli istituti; di conseguenza, non è possibile la conversione del trattamento di invalidità in pensione di anzianità, sulla base dell'anzianità contributiva ed assicurativa raggiunta con la prosecuzione dell'attività lavorativa (in relazione alla quale è possibile solo la liquidazione di supplementi di pensione), in ragione della sostanziale diversità di questo beneficio, che rappresenta un riconoscimento ed un premio per la fedeltà al servizio e non è comparabile con le altre forme previdenziali comprese nell'area di tutela dell'art. 38 Cost. (Nella specie, la S.C. ha escluso che la contribuzione maturata durante il periodo di mobilità lunga rilevasse ai fini della

trasformazione dell'assegno ordinario di invalidità in pensione di anzianità).

Ai fini del riconoscimento della maggiorazione di cui all'art. 38, comma 2, della legge 23 dicembre 2001, n. 448, il limite reddituale da tenere presente è quello di cui al comma 5 art. cit., e non quello più elevato stabilito per l'accesso alle prestazioni di invalidità (Sez. L, n. 13923/2017, Berrino, Rv. 644539-01).

9.1 L'assegno di invalidità civile. Secondo Sez. L, n. 08856/2017, Marotta, Rv. 643951-01, in materia di assegno di invalidità civile, anche dopo le modifiche apportate dall'art. 1, comma 35, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, che richiede il requisito dello stato di inoccupazione del richiedente, tale requisito non può, in sede giudiziale, essere comprovato mediante produzione della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, in quanto quest'ultimo rileva solo nei rapporti amministrativi, mentre è privo di efficacia probatoria in sede giurisdizionale.

9.2 Inabilità civile. La giurisprudenza dell'anno 2017 ha ribadito che: la pensione di inabilità civile, di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118, è una prestazione di natura assistenziale che non presuppone lo svolgimento di una pregressa attività lavorativa, ha come punto di riferimento la capacità lavorativa generica dell'assistito e prescinde dal possibile svolgimento di alcuna attività lavorativa, sicché ne è preclusa l'erogazione in presenza di una residua capacità lavorativa (Sez. L, n. 06887/2017, Mancino, Rv. 643454-01).

9.3. Indennità ciechi civili. Sez. L, n. 05453/2017, Doronzo, Rv. 643427-01, ha ribadito che la preventiva presentazione della domanda amministrativa costituisce condizione di proponibilità della domanda giudiziaria, la cui omissione è rilevabile in qualsiasi stato e grado del giudizio, senza che tale difetto possa essere sanato dalla presentazione di domanda amministrativa concernente prestazione previdenziale diversa, ancorché compatibile con quella poi richiesta in sede giudiziaria. In particolare, la S.C., ha dichiarato improponibile – riformando la decisione impugnata e decidendo nel merito – l'originaria domanda introduttiva del giudizio per mancanza della domanda amministrativa specificamente rivolta ad ottenere la pensione non reversibile per ciechi assoluti e l'indennità di accompagnamento ai sensi della legge 28 marzo 1968, n. 406 [in termini si veda la successiva n. 19767/2017, Ghinoy, (Rv. 645666-01)].

10. L'indebitito previdenziale. Secondo Sez. L, n. 02506/2017, Torrice, Rv. 643065-02, con riguardo alla normativa applicabile agli indebiti pensionistici INPS maturati anteriormente al primo gennaio 1996, e non ancora recuperati totalmente, o recuperati solo in parte, prima della entrata in vigore della l. n. 448 del 2001, l'art. 38, commi 7 e 8, di quest'ultima, non si applica quando il titolare del trattamento pensionistico godeva di un reddito, per l'anno 1995, inferiore ai sedici milioni di lire, mentre nelle ipotesi in cui l'indebitito era recuperabile giusta la l. n. 662 del 1996, tale condizione va verificata anche alla luce della l. n. 448 del 2001, e quindi il recupero è consentito solo in caso di titolarità, nell'anno 2000, di un reddito superiore alla soglia individuata dalla menzionata l. n. 448 del 2001.

La stessa pronuncia, ma Rv. 643065-01, ha precisato che l'irripetibilità sancita dall'art. 52 della legge 9 marzo 1989, n. 88, come modificato dall'art. 13 della legge 30 dicembre 2012, n. 412, non è applicabile alle ipotesi di indebitito concernente forme integrative di previdenza aziendale, istituite e disciplinate dalla contrattazione collettiva o da norme regolamentari (quale il trattamento pensionistico integrativo a carico del Fondo di previdenza del personale dell'INPS).

Sez. L, n. 18551/2017, Ghinoy, Rv. 645144-01, nel pronunciarsi in materia di indebitito, ha affermato che sull'INPS continua a gravare l'obbligo di procedere annualmente alla verifica dei redditi dei pensionati, prevista dall'art. 13 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, quale condizione per la ripetizione, nonostante le modifiche alle modalità di comunicazione dei dati reddituali, apportate da ultimo dall'art. 13, comma 6, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. in l. n. 122 del 2010.

11. Le prestazioni previdenziali dell'INPS. Negli ultimi tempi il settore della previdenza è stato oggetto, ancor più intensamente che in passato, di un processo normativo di "revisione permanente" destinato a non risparmiare i fondamenti stessi del sistema; in questo contesto di provvisorietà si collocano gli orientamenti giurisprudenziali di legittimità attinenti le questioni procedurali e sostanziali correlate alle erogazioni delle prestazioni previdenziali dell'INPS.

11.1. Questioni procedurali e sostanziali. Nell'ambito delle questioni procedurali va segnalata, innanzitutto, Sez. L, n. 12087/2017, Spena, Rv. 644336-01, che, in tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, ha ampliato la decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639,

estendendola anche alle domande giudiziali di rivalutazione contributiva avanzate da soggetti già pensionati, basandosi sul presupposto che, in tali casi, si fa valere, non tanto il diritto al ricalcolo della prestazione pensionistica erroneamente liquidata in sede di determinazione amministrativa, bensì il diritto ad un beneficio dotato di una sua specifica individualità ed autonomia; beneficio riconosciuto dalla legge in presenza di condizioni e presupposti diversi rispetto a quelli contemplati per la liquidazione di pensioni e supplementi secondo le regole ordinarie.

Sempre in tema di decadenza è di particolare rilievo per la sua valenza trasversale, coinvolgente anche profili processuali, Sez. L, n. 15064/2017, Berrino, Rv. 644777-01, che ha ristretto l'ambito di applicazione dell'istituto della decadenza, di cui al combinato disposto degli artt. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970, e 6 del d.l. 29 marzo 1991 n. 103, conv. con modif. in legge 1° giugno 1991, n. 166, affermandone l'inapplicabilità nel caso di ricorso giudiziale tendente ad ottenere la riliquidazione dell'indennità di disoccupazione agricola; e ciò in considerazione del fatto che nella *subiecta materia* la domanda giudiziale ha come *petitum* il conseguimento solo del suo adeguamento a quanto dovuto, con la conseguenza sul piano processuale, che qualora il giudice di merito abbia dichiarato la decadenza in forza del criterio della cd. ragione più liquida, senza esaminare la spettanza del diritto oggetto di controversia, l'esclusione in sede di legittimità della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della decadenza, determina la cassazione della sentenza e la correlata possibilità della decisione ex art. 384, comma 2, c.p.c.

Nell'ambito della tematica del cumulo della pensione con i redditi da lavoro, con riferimento a coloro che hanno maturato i requisiti per il pensionamento, ma che nel gennaio 2003 non percepivano la pensione di anzianità, Sez. L, n. 12096/2017, Calafiore, Rv. 644339-01, ha riconosciuto natura decadenziale al termine di sessanta giorni per il versamento della somma richiesta per accedere al regime di cumulabilità di cui all'art. 44, commi 2 e 4, della l. n. 289 del 2002, in considerazione dell'interpretazione sistematica e teleologica di detta norma, finalizzata alle esigenze di programmazione della spesa pensionistica e di facilitazione dell'espletamento dei controlli di competenza dell'INPS.

Sulle tematiche sostanziali si segnala Sez. L, n. 21664/2017, Riversono, Rv. 645806-01, che nella fattispecie di esercizio contemporaneo di attività in forma di impresa e di attività di raccomandazione di navi ex art. 2 della legge 4 aprile 1997, n. 135, ha affermato il principio della doppia iscrizione, con conseguente

assoggettamento a doppia contribuzione delle attività rispettivamente espletate.

Assume poi particolare rilevanza Sez. L, n. 10775/2017, Fernandes, Rv. 644160-011, che, sulle sanzioni amministrative per violazioni in materia di previdenza e assistenza, ha chiarito che l'art. 8 della legge 24 novembre 1981, n. 689, nel prevedere l'applicabilità dell'istituto del cd. "cumulo giuridico" tra sanzioni nella sola ipotesi di concorso formale (omogeneo od eterogeneo) tra le violazioni contestate, trattandosi di violazioni plurime commesse all'esito di un'unica azione od omissione, non è legittimamente invocabile in riferimento al concorso materiale tra violazioni commesse con più azioni od omissioni, né può trovarvi applicazione l'istituto della continuazione ex art. 81 c.p., atteso che la differenza morfologica tra reato penale ed illecito amministrativo non permette che, per mezzo del procedimento di integrazione analogica, le norme di favore del sistema penale possano estendersi alla materia degli illeciti amministrativi.

Sempre in tema di sistema sanzionatorio, si segnala Sez. L, n. 26603/2017, Perinu, in corso di massimazione, secondo la quale, l'applicazione del principio di reviviscenza della normativa abrogata da altra disciplina legislativa a sua volta abrogata all'esito di declaratoria di legittimità costituzionale che non comporti, per sua natura, il successivo intervento discrezionale del legislatore, ha determinato, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 153 del 2014, l'annullamento del sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, e la reviviscenza del previgente sistema sanzionatorio contenuto nel r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, e nella legge 22 febbraio 1934, n. 370.

Decisione di ampio respiro è infine Sez. L n. 11165/2017, Riverso, Rv. n. 644231-01 e 02, in cui, in tema di concessione anche ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in Italia, dell'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 65 della l. n. 448 del 1998, si affrontano aspetti sia di natura processuale che sostanziale connessi alla tutela delle discriminazioni collettive in ragione della nazionalità.

Con riferimento a detta pronuncia (Rv. 644231-01) deve innanzitutto sottolinearsi l'affermazione della sussistenza di legittimazione ad agire in capo alle associazioni ed agli enti previsti dall'art. 5 del d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, a tutela delle discriminazioni collettive in ragione del fattore della nazionalità ex artt. 2 e 4 dello stesso decreto e dell'art. 43 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

Dopo aver evidenziato come nel nostro ordinamento la legittimazione ad agire in capo ad un soggetto collettivo nella materia della tutela contro le discriminazioni collettive, non rappresenti un'eccezione bensì la regola, si esclude che osti a tale riconoscimento la previsione dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 215 del 2003 sulla base di una lettura della norma sia sistematica che conforme a Costituzione e ai principi di equivalenza ed effettività della tutela valevoli in ambito comunitario.

La mancata concessione, ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in Italia, dell'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 65 della l. n. 448 del 1998, per il periodo precedente all'1 luglio 2013, costituisce poi, prosegue la S.C., discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità, per violazione del principio di parità in materia di assistenza sociale e protezione sociale, in relazione alle prestazioni essenziali, previsto dalla direttiva 2003/109/CE ed attuato dall'art. 13, comma 1, della legge 6 agosto 2013 n. 97. (vedi massima Rv. 644231-02).

11.2. Assegno di invalidità. Sez. L, n. 18842/2017, Cavallaro, Rv. 645252-01, ha approfondito la problematica concernente gli effetti dell'opzione esercitata dal lavoratore ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 407, per il godimento dell'assegno mensile di assistenza in luogo dell'assegno ordinario di invalidità, ed in particolare, ha chiarito che deve escludersi la possibilità di applicare al periodo successivo all'opzione la regola secondo cui i periodi di godimento di detto assegno, nei quali non sia stata prestata attività lavorativa, possano considerarsi utili ai fini del diritto alla pensione di vecchiaia, atteso che ostano a tale interpretazione la mancanza di espressa, analoga, previsione nella normativa sull'assegno esistenziale, ed il carattere eccezionale delle norme che nel sistema previdenziale attribuiscono il medesimo incremento in assenza di prestazione di attività lavorativa di versamento dei contributi.

Ai fini del riconoscimento dell'assegno ordinario di invalidità, Sez. L, n. 06443/2017, Arienzo, Rv. 643452-01, dando seguito a precedenti orientamenti, ha ribadito che la sussistenza del requisito posto dall'art.1, della legge 12 giugno 1984, n. 222, concernente la riduzione a meno di un terzo della capacità di lavoro dell'assicurato in occupazioni confacenti alle sue attitudini deve essere verificata in riferimento non solo alle attività lavorative sostanzialmente identiche a quelle precedentemente svolte dall'assicurato (e nel corso delle quali si è manifestato il quadro patologico invalidante), ma anche a tutte quelle occupazioni che pur diverse, non si discostano in termini

significativi dall'attività lavorativa precedente, in quanto si pongono quali naturali estrinsecazioni delle attitudini dell'assicurato medesimo, avuto conto di età, sesso, formazione professionale, e di ogni altra circostanza concreta dalla quale possa, ragionevolmente, desumersi l'adattabilità professionale al nuovo lavoro, in assenza però di possibili elementi di danno per la salute del lavoratore.

11.3. Pensione di reversibilità. In materia di pensione di reversibilità, Sez. 6-1, n. 25053/2017, Mercolino, in corso di massimazione, ha stabilito che non può essere attribuita una quota della pensione di reversibilità dell'ex coniuge al soggetto che non fosse titolare di assegno divorzile, tale dovendo intendersi soltanto l'assegno oggetto di determinazione giudiziale.

11.4. Equiparazioni, ricongiunzioni e cumuli. In materia di ricongiunzione dei periodi assicurativi, Sez. L, n. 17916/2017, Riviero, Rv. 645000-01, ha affermato che ai fini della ricongiunzione di pregressi contributi versati presso altri enti da personale iscritto all'INARCASSA, la corrispondente tariffa applicabile va individuata nella disciplina recata nelle istruzioni relative al calcolo della riserva matematica di cui all'art. 2 della legge 5 marzo 1990, n. 45, dalla quale si ricava che per l'individuazione della tabella annessa al decreto ministeriale disciplinante l'onere di ricongiunzione, occorre tener conto della condizione di acquisizione immediata o meno, della titolarità del diritto al trattamento di pensione, e ciò in quanto, non rileva la condizione di iscrizione all'albo professionale (attiva o non attiva).

In tema di ricongiunzione di periodi contributivi a fini previdenziali dei liberi professionisti, Sez. L, n. 10431/2017, Cavallaro, Rv. 644039-01, ha ribadito che, l'assicurato a norma dell'art.4, comma 2, della l. n. 45 del 1990, deve provvedere al versamento delle prime tre rate o alla presentazione della domanda di rateazione, entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della comunicazione da parte della gestione presso cui è allocata la posizione assicurativa, indipendentemente dalla tempestività con cui la comunicazione gli viene effettuata; con la conseguenza che l'inosservanza di siffatto onere comporta il concretizzarsi in capo all'interessato di una rinuncia tacita ad avvalersi della facoltà di chiedere la suddetta ricongiunzione, atteso che la citata norma è finalizzata a cadenzare gli adempimenti cui sono tenute le parti in attuazione del negozio di ricongiunzione, ed inoltre, poiché

l'adempimento in generale, è atto non negoziale al quale, non sono, quindi, attribuibili i predicati propri del contratto.

Sempre in tema di ricongiunzione va segnalata, per le sue implicazioni trasversali, Sez. L, n. 09394/2017, Cavallaro, Rv. 643754-01, che, con riferimento a controversia promossa per il recesso dalla ricongiunzione dei periodi assicurativi presso enti diversi ha stabilito che l'ente di provenienza è contraddittore necessario, in quanto soggetto tenuto a ricostituire *ex tunc* la posizione previdenziale per effetto dell'eventuale accoglimento della domanda di recesso.

In materia di cumulo tra prestazioni diverse dovute in favore di lavoratori sulla base di disposizioni generali o speciali, Sez. L, n. 24217/2017, De Felice, in corso di massimazione, ha stabilito che le prestazioni del Fondo vittime dell'amianto di cui all'art.1, comma 241, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ai sensi del successivo comma n. 42, non escludono e si cumulano alle prestazioni quali la rendita diretta o in favore dei superstiti dovuta dall' INAIL.

In tema di cumulo tra pensione e redditi da lavoro va annotata Sez. L, n. 16834/2017, Berrino, Rv. 644871-01, secondo la quale ai fini dell'applicabilità della disciplina transitoria in materia di deroga al divieto di cumulo tra pensione e reddito da lavoro, contenuta nell'art. 11 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, il requisito contributivo minimo previsto dal medesimo articolo è da riferire ai trentacinque anni necessari per la pensione di vecchiaia o di anzianità, e non ad anzianità inferiori, previste invece, per fruire dei pensionamenti anticipati.

11.5. Indennità di mobilità. Secondo Sez. L, n. 24203/2017, Roverso, in corso di massimazione, l'indennità di mobilità contemplata dall'art. 7 della legge 23 luglio 1991, n. 223, va quantificata sulla base della retribuzione dovuta per l'orario contrattuale ordinario, calcolando nel relativo importo complessivo non solo la paga base, indennità di contingenza e ratei di mensilità aggiuntive, ma, anche, tutti gli elementi come eventuali maggiorazioni che devono essere considerate quali componenti della normale retribuzione oraria, stabilita come parametro di riferimento in relazione a quanto spettante, a tale titolo, per il periodo immediatamente precedente la risoluzione del rapporto di lavoro.

In relazione all'*iter* procedimentale da seguire per il riconoscimento dell'indennità di mobilità di cui all'art. 7, comma 12, della l. n. 223 del 1991, Sez. L, n. 07521/2017, Roverso, Rv. 643572-01, ha stabilito che costituisce presupposto indefettibile la

presentazione di specifica domanda amministrativa all'Istituto previdenziale nel termine di decadenza di sessantotto giorni dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, essendo, invece, del tutto irrilevante che lo stesso sia regolare o irregolare (cd. in nero) e che la sua causa di estinzione si sia prodotta in modo formale o meno.

In tema di trattamento di disoccupazione riferentesi all'ipotesi di licenziamento collettivo intimato prima dell'entrata in vigore della l. n. 223 del 1991, ed i cui effetti siano stati sospesi ai sensi dell'art. 2 della legge 27 luglio 1979, n. 301, fino a data successiva a tale entrata in vigore, Sez. L, n. 00481/2017, Leo, Rv. 642448-01, ha chiarito che i lavoratori, divenuti disoccupati per effetto di tale licenziamento, hanno diritto, nel concorso degli altri presupposti di legge, all'indennità di mobilità, posto che, essendo il rapporto di lavoro in vita, ancorché sospeso, i licenziamenti devono intendersi verificati solo nel momento in cui sono divenuti definitivamente efficaci, con la conseguente equiparazione della loro posizione a quella dei lavoratori assoggettati a collocamento in mobilità o a licenziamento collettivo dopo l'entrata in vigore della citata l. n. 223 del 1991.

11.6. Indennità di disoccupazione. Di particolare rilievo sulla tematica generale dell'assicurazione contro la disoccupazione avente ad oggetto i lavoratori stranieri, Sez. L, n. 16997/2017, Cavallaro, Rv. 644875-01, ha affermato che in tema di tutela contro la disoccupazione, sebbene il sistema di sicurezza sociale sia improntato al principio della territorialità, la perdita del diritto all'indennità di disoccupazione non può essere ancorata ad un generico allontanamento all'estero dell'assicurato, bensì all'inosservanza degli specifici comportamenti attivi imposti dal legislatore al fine di controllare la permanenza dello stato di disoccupazione e previsti dall'art. 4 del d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181.

Sempre in tema di assicurazione contro la disoccupazione, Sez. L, n. 12565/2017, Calafiore, Rv. 644499-01, ha chiarito che ai sensi dell'art. 34, comma 5, della l. n. 448 del 1998, interpretato alla luce della pronuncia della Corte cost. n. 269 del 2002, le dimissioni del lavoratore per motivi di salute non sono riconducibili all'ipotesi di cessazione del rapporto per giusta causa ascrivibile al comportamento del datore di lavoro o di altro soggetto, sicché non determinano uno stato di disoccupazione involontario ai sensi dell'art. 38 Cost., idoneo a fondare il diritto alla percezione della relativa indennità.

In tema di tutela contro la disoccupazione, in particolare nel settore agricolo, Sez. L, n. 21564/2017, Riviero, Rv. 645871-01, ha dato continuità ai principi affermati da Sez. L, n. 16997/2017, ed ha

stabilito che il lavoratore a tempo determinato ha diritto all'erogazione della prestazione previdenziale maturata in relazione al numero di giornate effettuate nell'anno precedente senza alcuna riduzione per il periodo in cui si rechi all' estero, e ciò in considerazione della mancanza di una specifica e contraria previsione normativa e dello scopo del trattamento in questione, diretto ad indennizzare la precarietà, discontinuità o stagionalità dell'attività svolta.

11.7. Indennità di maternità. Sul tema concernente la prescrizione del diritto all'indennità di maternità va annotata Sez. L, n. 24031/2017, Calafiore, in via di massimazione, secondo la quale la prescrizione della suddetta indennità, soggetta al termine annuale di cui agli artt. 6 della legge 11 gennaio 1943, n. 138, e 15 della legge 30 dicembre 1971, n.1204, è sospesa per i centoventi giorni di formazione del silenzio rifiuto di cui all'art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533, e per i centottanta giorni di formazione del silenzio rigetto previsto dall'art. 46 della l. n. 88 del 1989, atteso che in materia di prestazioni di previdenza e assistenza, la prescrizione è sospesa, oltre che durante il tempo di formazione del silenzio rifiuto sulla richiesta all'istituto assicuratore ex art. 7 della l. n. 533 del 1973, anche durante il tempo di formazione del silenzio rigetto sul ricorso amministrativo condizionante la procedibilità della domanda giudiziale ex art. 433 c.p.c.

Sez. L, n. 17524/2017, Manna A., Rv. 644995-01, ha stabilito che in base all'art. 17 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, recante un'articolata regolamentazione delle diverse fattispecie di interruzione dell'attività di lavoro prima dell'inizio del periodo di astensione obbligatoria per maternità, nell'ipotesi di assenza volontaria dal lavoro della lavoratrice madre, protratta oltre due mesi, non spetta alla medesima il diritto all'indennità di maternità.

12. Le tutele dell'INAIL. In una prospettiva storica e comparativa, può, più compiutamente, apprezzarsi lo sviluppo del sistema di tutela dei lavoratori contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, attraverso il contributo delle pronunce ricche di contenuti nomofilattici, che hanno consentito, quale espressione del diritto vivente, l'approdo da un sistema assicurativo selettivo ad una tutela connotata da copertura universale, sia sotto il profilo soggettivo, che sotto quello oggettivo.

12.1. I principi generali. In tema di tutela assicurativa dell'imprenditore agricolo in caso di infortunio in itinere, viene in rilievo, Sez. L, n. 04277/2017, Doronzo, Rv. 643095-01, che nell'ambito del più generale problema dell'«occasione di lavoro» ha stabilito che l'attività volta all'acquisto del materiale necessario all'impresa è connessa e complementare all'attività di quest'ultima, cui si ricollega sotto il profilo economico e funzionale, al pari del pagamento, che indipendentemente dal momento in cui è eseguito, è un atto essenziale ed ineludibile dell'operazione commerciale finalizzata all'acquisizione del bene, con la conseguenza che anche ad esso si estende la tutela dell'infortunio *in itinere*.

Su argomento analogo, avente valenza processuale, viene in rilievo Sez. L, n. 13024/2017, Riversono, Rv. 644514-01, che in tema di assicurazione contro le malattie professionali, nell'ipotesi di malattia tabellate, ha specificato come al lavoratore sia sufficiente dimostrare di essere affetto e di essere stato addetto alla lavorazione nociva anch'essa tabellata, affinché il nesso eziologico sia presunto per legge ove la malattia stessa si sia manifestata entro il periodo indicato nella tabella; mentre per le malattie correlate all'asbesto, definite monofattoriali, il fattore di rischio è previsto nella tabella in termini ampi, senza indicazioni di soglia quantitative, qualitative e temporali, sicché si dovrà tener conto nel giudizio di correlazione causale, anche di eventuali elementi concausali; quali fattori patogeni extralavorativi dotati di efficacia esclusiva, e quindi idonei a superare la predetta presunzione legale di eziologia professionale.

Sez. L, n. 21325/2017, Berrino, Rv. 645806-02, ha affermato che nel sistema assicurativo delineato dall'art. 127, comma 2, del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 e dall'art. 2 del d.m. 10 ottobre 1985 del Ministero del Lavoro, l'erogazione dell'indennità temporanea da parte dell' INAIL, è esclusa per i dipendenti statali che percepiscono per intero la normale retribuzione dal datore di lavoro durante il periodo di astensione dal lavoro dovuto ad infortunio, atteso che detta indennità costituisce una prestazione economica a carattere assistenziale, diretta ad assicurare al lavoratore i mezzi di sostentamento finché dura l'inabilità che impedisce totalmente e di fatto all'infortunato di rendere le prestazioni lavorative di competenza.

Sez. L, n. 26583/2017, Garri, in corso di massimazione, ha avuto modo di segnalare principi di rilevanza trasversale, atteso che detti principi presentano delle ricadute sul piano processuale, in particolare detta pronuncia ha stabilito che la qualificazione dell'infermità del lavoratore effettuata dall' INAIL, nell'ambito dei

procedimenti amministrativi per il riconoscimento delle prestazioni erogabili dallo stesso istituto, non preclude al giudice di conoscere e decidere la questione se le assenze del lavoratore, causate dalla stessa infermità, risultino comunque imputabili a responsabilità del datore di lavoro e, come tali, non siano computabili nel periodo di comporto, di cui all'art. 2110 c.c.

In tema di tariffe per i premi relative all' assicurazione per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, Sez. L, n. 05863/2017, Calafiore, Rv. 643435-01, ha affermato che, ai fini dell'applicazione della tariffa dei premi per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, si deve tener conto delle caratteristiche tecniche delle lavorazioni svolte dall'impresa assicurante in relazione al rischio ad esse proprio, senza che rilevi il prodotto finale ovvero la caratteristica merceologica del prodotto finito.

Sempre in tema di tariffe, Sez. L, n. 06305/2017, Ghinoy, Rv. 643439-01, ha stabilito che nel sistema tariffario per la determinazione dei premi INAIL, l'aumento del tasso medio di tariffa nella misura del 15% che l'Istituto dispone d'ufficio in forza dell'art. 21 del d.m. 12 dicembre 2000 nell'ipotesi di mancata osservanza da parte del datore di lavoro delle norme di prevenzione infortuni e di igiene del lavoro, si applica all' intera posizione assicurativa territoriale cui si riferisce la denuncia dei lavori ai sensi dell'art.10 del predetto d.m., essendo carente qualsiasi riferimento che lo limiti al singolo cantiere temporaneo e mobile nel quale si è verificata la violazione della normativa antinfortunistica.

In riferimento al rapporto tra il risarcimento del danno biologico e le prestazioni in materia di infortuni e malattie professionali, si segnala quale unico precedente sul tema, Sez. L, n. 06306/2017, Calafiore, Rv. 643440-01, secondo la quale la rendita ai superstiti erogata dall' INAIL, anche successivamente alle modifiche introdotte con il d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, costituisce una prestazione autonoma all'interno del sistema assicurativo obbligatorio, di conseguenza la stessa va considerata fuori dall'ambito di applicabilità dell'art. 13 del medesimo d.lgs.

Sez. L, n. 11311/2017, Berrino, Rv. 644232-01, ha chiarito che l'art. 2087 c.c. integra le disposizioni in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro previste da leggi speciali, ed impone all'imprenditore l'adozione delle misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro; e ciò, costituendo principio generale è anche applicabile nei confronti del committente, obbligandolo a provvedere alle misure di sicurezza dei

lavoratori, benché da lui non dipendenti, ove egli stesso si sia reso garante della vigilanza relativa alle misure da adottare in concreto.

Sez. L, n. 15233/2017, Calafiore, Rv. 644782-01, ha affermato che in tema di premio assicurativo dovuto dai datori di lavoro all'INAIL, per il calcolo del premio speciale concernente il personale addetto a fonti radiogene occorre fare riferimento esclusivo, ex art. 42 del d.P.R. n. 1124 del 1965, al numero delle macchine presenti nell'azienda e non alle peculiarità di funzionamento dei meccanismi che tali macchine compongono, e ciò in quanto oggetto della tutela assicurativa disposta dalla legge 20 febbraio 1958, n. 93, non è la pericolosità dell'attività considerata, concretamente misurabile secondo un certo grado di probabilità statistica, bensì l'attività per sé stessa, connotata dall'impiego di apparecchi radiologici e di sostanze radioattive, che richiedono l'esposizione alle radiazioni ionizzanti.

In tema di classificazione delle lavorazioni per la determinazione dei premi dovuti dalle imprese all'INAIL, per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, Sez. L, n. 16688/2017, Doronzo, Rv. 644870-01, ha chiarito che, per poter individuare una relazione di complementarietà o sussidiarietà tra una o due diverse lavorazioni, con conseguente attribuzione della stessa voce tariffaria, è necessario che entrambe siano svolte dal medesimo datore di lavoro e che, tra esse, sussista una connessione funzionale se non topografica.

12.2. Il regresso. Sul fondamentale istituto del regresso all'interno del sistema assicurativo infortunistico, appare di particolare rilievo il principio affermato da Sez. L, n. 11312/2017, Berrino, Rv. 644233-01, secondo la quale, in base alla regola generale desumibile dall'art. 295 c.p.c., il giudizio di regresso instaurato dall'INAIL, nei confronti del datore di lavoro, per il rimborso delle prestazioni economiche erogate al lavoratore infortunato ex art. 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965, non è soggetto a sospensione necessaria in attesa dell'esito del processo penale pendente per gli stessi fatti.

In riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'azione di regresso spettante all'INAIL, ai sensi degli artt. 10 ed 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965, Sez. L, n. 12561/2017, Riviero, Rv. 644498-01, ha chiarito che la stessa è esperibile non solo nei confronti del datore di lavoro, ma anche verso tutti i soggetti come l'appaltante o il subappaltante, che, chiamati a collaborare a vario titolo nell'assolvimento dell'obbligo di sicurezza in ragione dell'attività svolta, siano gravati di specifici obblighi di prevenzione a beneficio dei lavoratori assoggettati a rischio.

12.3. Il danno differenziale. Sulla tematica del danno differenziale, una mirabile ricostruzione sistematica è stata compiuta da Sez. L, n. 09166/2017, Amendola F., Rv. n. 644028-01, ove si stigmatizza che con tale nozione va intesa quella parte di risarcimento che eccede l'importo dell'indennizzo dovuto in base all'assicurazione obbligatoria e che resta a carico del datore di lavoro ove il fatto costituisca reato perseguibile d'ufficio.

Il danno differenziale rientra nel tipo già considerato dall'assicurazione obbligatoria, ma, in ragione del carattere indennitario di questa, può presentare delle differenze dei valori monetari rispetto al danno civilistico, sia per la diversa valutazione del grado di inabilità in sede INAIL in confronto al diritto comune (dove il grado di invalidità permanente viene determinato con criteri non imposti dalla legge ma elaborati dalla scienza medico legale), sia per il diverso valore del punto di inabilità.

Afferma così la S.C. che le somme eventualmente versate dall'Inail a titolo di indennizzo ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 non possono considerarsi integralmente soddisfattive del diritto al risarcimento del danno biologico in capo al soggetto infortunato o ammalato, sicché, a fronte di una domanda del lavoratore che chieda al datore di lavoro il risarcimento dei danni connessi all'espletamento dell'attività lavorativa (nella specie, per demansionamento), il giudice adito, una volta accertato l'inadempimento, dovrà verificare se, in relazione all'evento lesivo, ricorrano le condizioni soggettive ed oggettive per la tutela obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali stabilite dal d.P.R. n. 1124 del 1965, ed in tal caso, potrà procedere, anche di ufficio, alla verifica dell'applicabilità dell'art. 10 del d.P.R. cit., ossia all'individuazione dei danni richiesti che non siano riconducibili alla copertura assicurativa (cd. "danni complementari"), da risarcire secondo le comuni regole della responsabilità civile; ove siano dedotte in fatto dal lavoratore anche circostanze integranti gli estremi di un reato perseguibile di ufficio, potrà pervenire alla determinazione dell'eventuale danno differenziale, valutando il complessivo valore monetario del danno civilistico secondo i criteri comuni, con le indispensabili personalizzazioni, dal quale detrarre quanto indennizzabile dall'Inail, in base ai parametri legali, in relazione alle medesime componenti del danno, distinguendo, altresì, tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, ed a tale ultimo accertamento procederà pure dove non sia specificata la superiorità del danno civilistico in confronto

all'indennizzo, ed anche se l'Istituto non abbia in concreto provveduto all'indennizzo stesso.

Sempre in tema, Sez. L, n. 13819/2017, Patti, Rv. 644529-01, ha stabilito che per pervenire alla quantificazione del danno differenziale, il giudice di merito deve procedere d'ufficio allo scomputo, dall'ammontare liquidato a tale titolo, dell'importo della rendita INAIL, anche se l'istituto assicuratore non abbia, in concreto, provveduto all'indennizzo, trattandosi di questione attinente agli elementi costitutivi della domanda, in quanto l'art. 10 del d.P.R. n. 1124 del 1965, ai commi 6, 7 e 8, fa riferimento a rendita liquidata a norma, implicando, quindi, la sola liquidazione un'operazione contabile astratta, che qualsiasi interprete può eseguire ai fini del calcolo differenziale.

13. La previdenza di categoria.

13.1. INPGI. In materia di determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi dovuti all' INPGI, Sez. L, n. 23051/2017, Berrino, in corso di massimazione, ha affermato che la generale presunzione di cui all'art. 12, comma 1, della l. n. 153 del 1969 (secondo cui si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve in denaro o in natura in dipendenza del rapporto di lavoro) può essere vinta solo dalla dimostrazione che l'erogazione appartenga ad una delle categorie che, in base al comma 2 del predetto art. 12, sono espressamente escluse dalla contribuzione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza che con riferimento ad un rapporto di lavoro giornalistico, aveva ritenuto la natura retributiva delle somme corrisposte dal datore di lavoro, non avendo questi provato l'effettività dello svolgimento degli aggiornamenti professionali previsti dall'art. 45 c.c.n.l.g., così non dimostrando il diritto all'esenzione).

13.2. Cassa Nazionale Forense. Secondo Sez. L, n. 14659/2017, Roverso, Rv. 644685-01, la nomina a giudice onorario aggregato comporta, ai sensi dell'art. 8, comma 5 e 9, della legge 22 luglio 1997, n. 276, la cancellazione dall'albo degli avvocati, mentre, non fa venir meno il correlato obbligo di iscrizione alla Cassa nazionale di previdenza forense, sicché, l'indennità corrisposta ai giudici onorari aggregati va considerata a tutti gli effetti della legge 20 settembre 1980, n. 576, quale reddito professionale che determina l'obbligo di comunicazione annuale alla Cassa, e non costituisce elemento di incompatibilità per l'iscrizione alla stessa; né fa venir

meno il suddetto obbligo di comunicare, la circostanza che il soggetto interessato abbia già conseguito il pensionamento.

13.3. Cassa Dottori Commercialisti. Sez. 6-L, n. 19711/2017, Fernandes, Rv. 645469-01, in tema di trattenute operate dalla Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei dottori commercialisti, ha ribadito che, una volta sorto il diritto alla pensione di anzianità, l'ente previdenziale debitore non può, con atto unilaterale, regolamentare o negoziale, ridurre l'importo, tanto meno adducendo generiche ragioni finanziarie, atteso che ciò sarebbe lesivo dell'affidamento del pensionato, tutelato dall'art. 3, comma 2, Cost., sulla consistenza economica del proprio diritto soggettivo.

Sempre in tema di trattamento pensionistico degli iscritti alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei dottori commercialisti, Sez. L, n. 15879/2017, Cavallaro, Rv. 644689-01, ha chiarito che, stante l'applicabilità dell'art. 59, comma 8, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, in forza del richiamo contenuto nel successivo comma 20, non è configurabile alcun diritto alla pensione di anzianità anticipata anteriormente alla decorrenza finale fissata ai sensi della predetta disposizione; con la conseguenza che non può, con riferimento a tale data, essere individuato il numero di anni da considerare utile ai fini del calcolo della media reddituale da prendere a base per il trattamento pensionistico.

In tema di trattamento pensionistico dei dottori commercialisti, si segnala, poi, per la sua affermazione di un principio generale operante in materia, Sez. L, n. 07516/2017, Riverso, Rv. 643570-01, secondo la quale, avuto conto del parametro di riferimento dato dalla l. n. 335 del 1995, non è consentito alla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei Dottori Commercialisti, adottare atti o provvedimenti che incidono, non sui criteri di determinazione del trattamento pensionistico, bensì sulla disciplina contributiva e delle prestazioni, in definitiva sui requisiti per l'accesso alle pensioni.

Sez. L, n. 07517/2017, Riverso, Rv. 643571-01, ha stabilito che in materia di contribuzione per i dottori commercialisti, l'art. 21, comma 3, della legge 29 gennaio 1986, n. 21, non prevede alcun termine per l'esercizio della facoltà di ripristino dei periodi di anzianità già rimborsati, né la contestualità tra la domanda di reinscrizione e la domanda di ripristino, può determinare una sanzione di decadenza, in quanto la contestualità è stata introdotta espressamente soltanto dalla disciplina successiva, e segnatamente,

dal regolamento di disciplina del regime previdenziale della Cassa del 2004.

Sez. L, n. 05865/2017, Ghinoy, Rv. 643436-01, ha chiarito che l'attività di promotore finanziario costituisce, ove svolta con professionalità e continuità "esercizio del commercio" ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067, e di conseguenza è incompatibile con quella di dottore commercialista, atteso che non è previsto che l'esercizio di tale attività abbia caratteristiche tali da configurare un'impresa commerciale sotto il profilo dell'organizzazione di mezzo.

In tema di poteri di verifica della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti, Sez. L, n. 02967/2017, Berrino, Rv. 643073-01, ha affermato che l'omissione della verifica quinquennale prevista dall'art. 22, comma 3, della legge 29 gennaio 1986, n. 21, non determina la decadenza dell'ente dal potere di accertamento dei requisiti per l'esercizio della professione prima dell'erogazione del trattamento previdenziale, e ciò in quanto manca una norma espressa che la preveda.

Sempre in materia dei poteri di verifica della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti va segnalata per la sua valenza generale, Sez. U, n. 02612/2017, D'Antonio, Rv. 642437-01, che ha stabilito il potere della Cassa di accertare sia all'atto dell'iscrizione ad essa, sia periodicamente, e comunque prima dell'erogazione di qualsiasi trattamento previdenziale, ed a tale limitato fine, che l'esercizio della corrispondente professione non sia stato svolto nelle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 3, del d.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067.

13.4. Cassa di previdenza per i geometri liberi professionisti. In tema di previdenza per i geometri liberi professionisti, Sez. L, n. 19586/2017, Berrino, Rv. 645274-01, ha stabilito che la presunzione dello svolgimento dell'attività imprenditoriale posta a base della richiesta contributiva avanzata dall'ente previdenziale, può essere superata dall'impedimento legale all'esercizio della professione derivante dal persistente *status* di fallito del professionista, che determina la cancellazione dello stesso dall'albo di cui all'art. 10, lett. a, del r.d. 11 febbraio 1929, n. 274; sicché costituisce onere della Cassa di previdenza dimostrare in tal caso, la effettività dell'esercizio della professione nel periodo successivo alla dichiarazione di fallimento e fino alla chiusura della relativa procedura.

14. La previdenza complementare. In tema di previdenza complementare, Sez. L, n. 23417/2017, Doronzo, Rv. 645614-01, ha stabilito che l'art.16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, con il quale è stata sancita la non cumulabilità di interessi e rivalutazione monetaria sulle prestazioni dovute da enti gestori di forme di previdenza obbligatoria, si riferisce esclusivamente ai crediti previdenziali vantati verso gli enti suddetti, e non è pertanto applicabile alle prestazioni pensionistiche complementari correlate a fondi di origine negoziale.

Sez. L, n. 12367/2017, Calafiore, Rv. 644343-01, ha chiarito che, per il periodo antecedente la riforma introdotta dal d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, i versamenti effettuati dal datore di lavoro possiedono natura previdenziale e non retributiva, a prescindere dalla natura del soggetto destinatario della contribuzione e, pertanto, sia nel caso in cui il fondo di previdenza complementare abbia una personalità giuridica autonoma, sia ove esso si ponga quale gestione separata nell'ambito dello stesso soggetto datore di lavoro; di conseguenza tali versamenti non possono costituire base di calcolo ai fini del trattamento di fine rapporto e della indennità di anzianità.

14.1. Il Fondo di garanzia dell'INPS. Sul tema generale dei presupposti legittimanti l'intervento del Fondo di garanzia dell'INPS, Sez. L, n. 07924/2017, Doronzo, Rv. 643591-01, ha affermato che, ai fini dell'intervento dello speciale Fondo di garanzia di cui all'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, per la corresponsione del trattamento di fine rapporto spettante al lavoratore in caso di insolvenza del datore di lavoro, l'assoggettabilità in concreto a fallimento dell'impresa svolta in forma societaria, ancora iscritta nel registro delle imprese, non può essere esclusa a causa di una difficoltà nell'individuazione della sede effettiva stessa, in quanto ciò non impedisce l'attivazione della procedura concorsuale.

Sempre in tema, Sez. L, n. 14559/2017, Berrino, Rv. 644682-01, ha stabilito che l'indennità sostitutiva del preavviso e quella per ferie non godute non possono essere incluse nel computo delle ultime tre mensilità ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, avuto conto della natura della prima, finalizzata ad indennizzare il lavoratore del mancato guadagno per un periodo ulteriore rispetto alla data nel quale il rapporto si è interrotto, e della seconda che possiede, invece, natura risarcitoria.

Sez. L, n. 19701/2017, D'Antonio, Rv. 645592-01, ha affermato che il credito lavorativo maturato tra la dichiarazione dello stato di insolvenza del datore di lavoro e la data di risoluzione del

rapporto di lavoro, non grava sul datore di lavoro medesimo e, quindi, sul fondo di garanzia dell'INPS, bensì sull'amministrazione straordinaria, e può essere soddisfatto in sede di prededuzione, quindi con precedenza rispetto a tutti i crediti concorsuali, trattandosi di crediti funzionalmente collegati all'attività di amministrazione e di liquidazione del patrimonio del fallito.

Sez. L, n. 25016/2017, *Riverso*, in corso di massimazione, si segnala per l'affermazione di carattere generale, secondo la quale, le prestazioni a carico del Fondo di garanzia possiedono natura previdenziale, di conseguenza, l' INPS in sede di liquidazione della propria obbligazione, opera quale sostituto d'imposta, trattenendo l'importo dovuto per le imposte erariali, ove ciò non sia stato già operato in sede di ammissione al passivo, e ciò in quanto il calcolo dei crediti dovuti al lavoratore per differenze retributive deve avvenire sempre al lordo.

PARTE SESTA

IL DIRITTO DEL MERCATO

CAPITOLO XVIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA

(DI LORENZO DELLI PRISCOLI)

SOMMARIO: 1. Confondibilità di marchi e brevetti. – 2. Decadenza e nullità del marchio. – 3. Cessione del diritto d'autore e contratto di edizione. – 4. Configurabilità dell'opera di ingegno. – 5. Il marchio comunitario.

1. Confondibilità di marchi e brevetti. L'azione di contraffazione del marchio d'impresa, di natura reale, tutela il diritto assoluto all'uso esclusivo del segno distintivo come bene autonomo sulla base del riscontro della confondibilità dei marchi, sicché non è esperibile allorquando si lamenti la potenziale confondibilità tra prodotti generata dall'accostamento, ai fini della vendita, tra quelli con un certo marchio ed altri di diversa o ignota provenienza. La maggior parte della pronunce in tema di marchi e brevetti ha riguardato il tema dell'accertamento circa la non distinguibilità e la confondibilità, che costituiscono un presupposto comune delle azioni di nullità e contraffazione del marchio o del brevetto stesso, attività quest'ultima che non è configurabile in mancanza di registrazione e non sussiste neppure successivamente ad essa, ove l'attività del contraffattore preesista al marchio o al brevetto stesso (Sez. 1, n. 19174/2015, Scaldaferrì, Rv. 637121-01).

È stato coerentemente affermato che, ai sensi dell'art. 13, comma 2, del regio decreto 21 giugno 1942, n. 929, come modificato dalla legge 21 marzo 1967, n. 158, applicabile *ratione temporis*, l'uso del proprio nome patronimico come marchio, ancorché accompagnato da elementi differenziatori, è vietato quando detto nome, costituente il cuore del marchio, sia già utilizzato da altro imprenditore per prodotti dello stesso genere, conferendo tale anteriorità l'esclusività dell'uso del marchio al primo utilizzatore (Sez. 1, n. 25641/2017, Genovese, in corso di massimazione).

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca Sez. 1, n. 20189/2017, Di Virgilio, Rv. 645394-01, secondo cui il titolare del marchio previamente registrato non può vietare di per sé l'uso del segno distintivo in qualsiasi forma, compreso il *domain name*, ove non

sussista la confondibilità o l'affinità dei prodotti o servizi; ciò anche nel caso in cui ricorra l'inclusione nella stessa classe, che non è idonea in quanto tale a provarne l'affinità.

Sulla scia di una giurisprudenza consolidata, è stato infine confermato che l'apprezzamento del giudice del merito sulla confondibilità, o meno, dei marchi costituisce un giudizio di fatto, incensurabile in cassazione se sorretto da motivazione immune da vizi logici e giuridici (Sez. 1, n. 06382/2017, Falabella, Rv. 644661-02).

2. Decadenza e nullità del marchio. Cominciando a trattare della decadenza del marchio per mancato uso per tre anni ai sensi dell'art. 42 del r.d. n. 929 del 1942, è stato affermato che tale decadenza è impedita dall'utilizzazione effettiva del segno con modalità ed intensità tali da conservare individualità al prodotto e testimoniare una certa presenza sul mercato dell'impresa, mentre è irrilevante la persistente notorietà del marchio, non essendo richiesto, ai fini della decadenza, che il marchio abbia completamente perduto la sua capacità distintiva; la stessa pronuncia ha altresì affermato che l'attore che agisca per la declaratoria di decadenza di un marchio brevettato, e che ha l'onere di provare il non uso di quel marchio nell'intero territorio nazionale, può assolverlo anche in via indiretta e presuntiva, purché con la prova di circostanze significative e concordanti idonee ad evidenziare tale non uso. Affinché non ne risulti praticamente impossibile l'adempimento, tale onere probatorio deve essere inteso non già nel senso che debba fornirsi la concreta dimostrazione del fatto storico che nessun oggetto contraddistinto col marchio contestato sia stato prodotto o venduto in alcuna località del territorio nazionale, ma nel senso che, accertate particolari circostanze connesse alla vita del marchio, il mancato uso di questo possa essere desunto anche in via di presunzione, avuto pure riguardo alla possibilità che ha normalmente il suo titolare di contestare il valore presuntivo degli elementi dedotti dalla parte avversa (Sez. 1, n. 07970/2017, Falabella, Rv. 644838-02).

Venendo a trattare di nullità del marchio, secondo Sez. U, n. 21191/2017, Acierno, Rv. 645310-01 la domanda di nullità della registrazione di una denominazione di origine protetta (DOP) riconosciuta in Italia prima dell'entrata in vigore del Reg. CE n. 479 del 2008, avendo contenuto analogo a quella di nullità del marchio registrato, è soggetta alla giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell'art. 120, comma 1, Codice della proprietà industriale, atteso che secondo l'art. 51 del detto Reg. CE le denominazioni già riconosciute

a livello nazionale risultano automaticamente protette in sede europea, una volta trasmessi dagli Stati i fascicoli tecnici e le decisioni nazionali di approvazione, senza ulteriore sindacato da parte della Commissione.

È stato inoltre stabilito che ai sensi dell'art. 1 *bis* del r.d. n. 929 del 1942, *ratione temporis* vigente, interpretato alla luce della direttiva n. 89/104/CE, contrasta coi principi della correttezza professionale l'uso del proprio nome anagrafico che pregiudichi il valore di un marchio già registrato contenente lo stesso patronimico, in quanto in tal modo si trae indebitamente vantaggio dal suo carattere distintivo o dalla sua notorietà, sicché il giudice di merito, avanti al quale si dibatta della nullità della registrazione del successivo marchio, deve sempre accertare l'eventuale produzione di tale effetto, che normalmente avviene, anche in assenza di rischio di confusione, laddove l'utilizzazione sia priva di funzione descrittiva e determini, pertanto, un agganciamento dei segni e l'attenuazione della funzione distintiva del primo (Sez. 1, n. 12995/2017 Falabella, Rv. 644319-01).

3. Cessione del diritto d'autore e contratto di edizione. La S.C. ha ritenuto che la previsione di cui all'art. 89 della legge 22 aprile 1941, n. 633, nello stabilire che «*La cessione del negativo o di analogo mezzo di riproduzione della fotografia comprende, salvo patto contrario, la cessione dei diritti previsti all'articolo precedente, sempreché tali diritti spettino al cedente*», non regola affatto il caso opposto, ossia quello nel quale l'autore delle fotografie abbia trattenuto il negativo (o analogo mezzo di riproduzione) limitandosi a cedere all'editore una copia stampata di esso, atteso che in tal caso l'esistenza del patto di unica riproduzione deve essere provata attraverso gli ordinari mezzi, non potendo risultare da una inesistente presunzione di legge. (Sez. 1, n. 26949/2017 Genovese, in corso di massimazione).

Secondo Sez. 1, n. 20188/2017 Di Virgilio, Rv. 645393-01, ai sensi dell'art. 109, comma 2, della l. n. 633 del 1941, in base ad un'interpretazione estensiva del contenuto implicito della norma, la cessione di un disegno può comprendere, non solo la facoltà di riprodurre la matrice fisica, ma anche il prototipo eventualmente ricavatone, non rilevando quest'ultimo come mero esemplare dell'opera, bensì quale mezzo per la sua riproduzione.

Inoltre, secondo Sez. 1, n. 18633/2017 Di Marzio, Rv. 644982-02, l'art. 110 della l. n. 633 del 1941 sul diritto d'autore, nel prevedere che la trasmissione dei diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno deve essere provata per iscritto, non è applicabile quando il committente abbia acquistato i diritti di utilizzazione economica

dell'opera per effetto ed in esecuzione di un contratto d'appalto concluso con l'autore, poiché, in tal caso, non ha luogo un trasferimento, dal momento che tali diritti sorgono direttamente in capo al committente.

Non è configurabile l'acquisto a titolo originario di un'opera immateriale dell'ingegno, nella specie opera cinematografica, in base a titolo astrattamente idoneo per effetto del possesso di buona fede, ai sensi dell'art. 1153 c.c., a ciò ostando il carattere particolare del diritto d'autore, che trova fondamento unicamente nell'atto creativo e realizzativo dell'idea, per il trasferimento del quale non si richiede una consegna, perché questa, anche ove ricorra, si riferisce all'oggetto materiale in cui l'opera si estrinseca, senza però mai immedesimarsi in essa; inoltre, seppure l'art. 167 della l. n. 633 del 1941, abbia voluto assicurare, a chi si trovi in una posizione corrispondente a quella del possessore di buona fede, la possibilità di far valere i suoi diritti nei confronti di eventuali contraffattori, non ha tuttavia inteso innovare i principi che attengono alla natura immateriale dell'opera dell'ingegno ed ai modi di acquisto dei diritti ad essa inerenti (Sez. 1, n. 00039/2017 Lamorgese, Rv. 643015-).

Sez. 1, n. 25332/2017 Falabella, Rv. 645847-01 chiarisce che, ai sensi dell'art. 122 della l. n. 633 del 1941, il contratto di edizione rientra in due fondamentali fattispecie: la prima, "contratto di edizione per edizione", in cui la durata del rapporto è legislativamente fissata (venti anni), ed è predeterminato dalle parti il numero delle edizioni e degli esemplari, stabilendosi, peraltro, che in mancanza delle indicazioni richieste o di altre speciali pattuizioni sostitutive, il contratto si intende stipulato per una sola edizione e per il numero massimo di duemila esemplari. La seconda, "contratto di edizione a termine", in cui, nel termine fissato dalle parti, che non può comunque eccedere i venti anni, è conferito all'editore un ampio potere dispositivo in ordine allo sfruttamento dell'opera, con il diritto di eseguire quel numero di edizioni e per il numero di esemplari per edizione che reputi necessario a sua discrezione, stabilendosi, tuttavia, in considerazione della sua posizione egemonica ed a tutela del contraente più debole, che sia almeno indicato, a pena di nullità del contratto, il numero minimo di esemplari per ogni edizione. Tuttavia nell'ipotesi in cui il contratto di edizione a termine contenga solo l'indicazione della prima edizione con il numero di copie, non può prodursi la conversione del predetto contratto, carente delle indicazioni richieste a pena di nullità, con il contratto di edizione per edizione, in quanto caratterizzato da un oggetto diverso e non rientrante per continenza nel primo mentre, in applicazione dell'art.

122, comma 4 della l. n. 633 del 1941 il contratto di edizione a termine deve intendersi stipulato per una sola edizione ed un massimo di duemila esemplari.

4. Configurabilità dell'opera di ingegno. In tema di diritto d'autore relativo a programmi televisivi, ai fini della configurabilità di un'opera dell'ingegno, Sez. 1, n. 18633/2017 Di Marzio, Rv. 644982-01, chiarisce che, pur potendosi prescindere da una assoluta novità ed originalità di essa e nell'ambito di un concetto giuridico di creatività comunque soggettivo, è necessario, con riferimento al "format" cioè all'idea base di programma quale modello da ripetere anche da altre emittenti o in altre occasioni ed in assenza di una definizione normativa, avere riguardo alla nozione risultante dal bollettino ufficiale della SIAE n. 66 del 1994, secondo cui l'opera, ai fini della prescritta tutela, deve presentare come elementi qualificanti articolazioni sequenziali e tematiche costituite da un titolo, un canovaccio o struttura narrativa di base, un apparato scenico e personaggi fissi, così realizzando una struttura esplicativa ripetibile del programma.

Secondo Sez. 1, n. 07477/2017 Falabella, Rv. 645844-02, Il valore artistico richiesto per la proteggibilità dell'opera di "industrial design" non può essere escluso dalla serialità della produzione degli articoli concepiti progettualmente, che è connotazione propria di tutte le opere di tale natura, ma va ricavato da indicatori oggettivi, non necessariamente concorrenti, quali il riconoscimento, da parte degli ambienti culturali ed istituzionali, circa la sussistenza di qualità estetiche ed artistiche, l'esposizione in mostre o musei, la pubblicazione su riviste specializzate, l'attribuzione di premi, l'acquisto di un valore di mercato così elevato da trascendere quello legato soltanto alla sua funzionalità ovvero la creazione da parte di un noto artista.

5. Il marchio comunitario. In tema di marchio comunitario, secondo Sez. 1, n. 06382/2017 Falabella, Rv. 644661-01, il giudicato di nullità dello stesso ha efficacia *erga omnes* solo quando tale nullità venga chiesta, in un giudizio relativo alla contraffazione, con una domanda, principale o riconvenzionale, e non anche quando venga dedotta dal convenuto come mera eccezione, nel qual caso il relativo accertamento è compiuto solo *incidenter tantum*.

CAPITOLO XIX

IL CONSUMATORE E LA CONCORRENZA

(DI ALDO CENICCOLA)

SOMMARIO: 1. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287. – 2. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale. – 3. Il consumatore e il professionista.

1. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287. Riguardo all'ambito applicativo della normativa *antitrust*, Sez. 1, n. 11456/2017, Bisogni, Rv. 644075-01, ha statuito che in tema di concorrenza, la circostanza che un'impresa gestisca servizi di interesse generale (nella specie, servizi cimiteriali) non le consente di ottenere in via esclusiva anche l'affidamento di altri servizi (nella specie, onoranze funebri, nonché fornitura e posa di arredi funerari), atteso che l'esenzione dall'applicazione della normativa *antitrust*, prevista dall'art. 8, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, opera limitatamente alle attività strettamente connesse all'adempimento degli specifici compiti loro affidati.

Circa i limiti al diritto all'autoproduzione, merita particolare rilievo Sez. 1, n. 02230/2017, Genovese, Rv. 643509-01, che ha precisato che, in assenza di un monopolio legale e della prova dell'esistenza di un monopolio di fatto, il diritto di cui all'art. 9 della l. n. 287 del 1990 trova fondamento nell'art. 41, comma 1, Cost., ma non è un diritto assoluto ed incondizionato, in quanto esige la verifica, da parte dell'autorità amministrativa addetta alla regolazione di quel determinato settore, che non vi siano ulteriori interessi pubblici ad una limitazione dell'uso di una certa infrastruttura, la quale, per essere posta su beni demaniali caratterizzati da una loro accessibilità limitata, esige il contemperamento di detti interessi e delle modalità di esercizio dei diritti contemperati. (Nella specie, la S.C. ha rigettato il ricorso con il quale un'impresa aveva chiesto che le fosse consentito il diritto d'attracco al *terminal* portuale di Villa San Giovanni negatole da altra impresa concorrente, già presente sul mercato del servizio di trasporto auto da Reggio Calabria a Messina in virtù di un provvedimento concessorio dell'ufficio locale marittimo).

In tema di riparto di giurisdizione, Sez. U, n. 08116/2017, Di Iasi, Rv. 643555-01, ha precisato che la controversia concernente l'opposizione avverso la cartella di pagamento per sanzioni

amministrative comminate dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che, con riferimento ai ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi pronunciati dalla predetta Autorità, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, di cui all’art. 33, comma 1, della l. n. 287 del 1990, è da ritenersi limitata – conformemente all’art. 103 Cost. ed alle indicazioni contenute in Corte cost. n. 204 del 2004 – ai soli casi in cui sia in discussione un atto che sia espressione della funzione pubblica e sia adottato nell’ambito di un rapporto giuridico caratterizzato non dalla posizione di parità dei soggetti (secondo lo schema diritti-doveri), ma da una relazione asimmetrica, sintetizzata nella formula potere-soggezione. Pertanto, qualora non sia contestato il provvedimento irrogativo delle sanzioni e, quindi, il preteso illegittimo esercizio di pubblici poteri, ma il semplice diritto a riscuotere le stesse a mezzo notifica della cartella esattoriale, preordinata all’espropriazione forzata, la tutela giudiziaria resta affidata ai rimedi dell’opposizione all’esecuzione ed agli atti esecutivi di cui agli artt. 615 e segg. c.p.c.

2. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale. Del divieto di concorrenza, con particolare riferimento all’ambito applicativo dell’art. 2105 c.c., si è occupata Sez. 1, n. 13550/2017, Falabella, Rv. 644444-01, che ha precisato che, in tema di concorrenza sleale, l’imprenditore che si avvalga della collaborazione di soggetti che hanno violato l’obbligo di fedeltà nei confronti del loro datore di lavoro non pone in essere, per ciò solo, atti contrari alla legittima concorrenza, essendo necessario, a tal fine, che il terzo si appropri, per il tramite del dipendente, di notizie riservate nella disponibilità esclusiva del predetto datore di lavoro, ovvero che il terzo istighi, o presti intenzionalmente un contributo causale, alla violazione dell’obbligo di fedeltà cui il dipendente stesso è tenuto, ma che non vincola il terzo e non ne limita la libertà sul piano economico, per la stessa ragione per cui il patto di esclusiva non vincola l’imprenditore concorrente – terzo rispetto ad esso – che operi nella zona di altrui pertinenza senza avvalersi di mezzi non conformi alla correttezza professionale idonei a danneggiare l’altrui azienda.

Sempre a proposito del dovere di fedeltà di cui all’art. 2105 c.c., Sez. L, n. 02239/2017, Spena, Rv. 642870-02, ha statuito che tale dovere si sostanzia nell’obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività: rientra, pertanto, nella sfera

di tale dovere il divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore nel medesimo settore produttivo o commerciale, senza che rilevi la idoneità, o meno, di tale comportamento ai fini della sussistenza della concorrenza sleale a termini degli artt. 2592, 2593 e 2598 c.c.

Sotto il profilo della competenza e con specifico riferimento ai rapporti tra il tribunale ordinario e le sezioni specializzate in materia di impresa, Sez. 6-1, n. 11309/2017, Genovese, Rv. 644610-01, ha evidenziato come appartenga al primo la competenza a decidere sulla domanda di accertamento di un'ipotesi di concorrenza sleale in cui la prospettata lesione degli interessi della società danneggiata riguardi l'appropriazione, mediante storno di dirigenti, di informazioni aziendali, di processi produttivi e di esperienze tecnico-industriali e commerciali (cd. *know how* aziendale, in senso ampio), ma non sia ipotizzata la sussistenza di privative o altri diritti di proprietà intellettuale, direttamente o indirettamente risultanti quali elementi costitutivi, o relativi all'accertamento, dell'illecito concorrenziale.

Lo stesso aspetto è preso in considerazione da Sez. 6-1, n. 05656/2017, Genovese, Rv. 643990-01, che pure ha ritenuto esclusa la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, come modificato dall'art. 2 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, (conv., con modif., dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), in favore di quella della sezione ordinaria, nel caso di richiesta risarcitoria per sviamento della clientela riconducibile alla concorrenza sleale cd. pura ove non possa ravvisarsi un'interferenza neppure indiretta con l'esercizio di diritti di proprietà industriale o del diritto d'autore, per essere la prospettazione della parte rivolta non già a contestare la pacifica appartenenza del *software*, utilizzato dagli acquirenti della merce per i loro ordini, alla società venditrice convenuta, ma esclusivamente il suo utilizzo (o la sua modificazione) tale da impedire che gli ordini inviati tramite la detta piattaforma informatica recassero un qualsiasi riferimento (così come pattuito nel caso di specie) all'individuazione dell'appartenenza dell'ordine alla clientela della società danneggiata.

In tema di competenza territoriale, Sez. 6-1, n. 05254/2017, Lamorgese, Rv. 643812 -01, ha precisato che la concorrenza sleale attuata mediante commercializzazione di modelli contraffatti su di un sito *web*, va regolata ai sensi dell'art. 120, comma 6, del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, che è norma speciale rispetto all'art. 18 c.p.c., onde appartiene al giudice nella cui circoscrizione i fatti sono stati commessi, da individuarsi nel luogo di stabilimento dell'inserzionista (ove sia stato avviato il processo tecnico finalizzato

alla visualizzazione dell'annuncio) ovvero, in alternativa, in quello in cui ha sede la società che gestisce il sito.

3. Il consumatore e il professionista. Riguardo all'azione di classe proposta ai sensi dell'art. 140 *bis* del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, particolarmente importante è l'arresto di Sez. U, n. 02610/2017, Petitti, Rv. 642267-01, secondo cui l'ordinanza di inammissibilità adottata dalla corte di appello in sede di reclamo, non è impugnabile con il ricorso ex art. 111, comma 7, Cost., ove l'azione sia finalizzata ad ottenere la tutela risarcitoria di un pregiudizio subito dai singoli appartenenti alla classe e non anche di un interesse collettivo, essendo il medesimo diritto tutelabile attraverso l'azione individuale volta ad ottenere il risarcimento del danno; peraltro, la dichiarazione di inammissibilità preclude la riproposizione dell'azione da parte dei medesimi soggetti, ma non ad opera di tutti gli altri appartenenti alla classe che non abbiano aderito all'azione oggetto di quella declaratoria.

Particolarmente significativa è la produzione giurisprudenziale concernente l'ambito operativo del foro speciale ex art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005.

Secondo Sez. 6-2, n. 17848/2017, Abete, Rv. 645066-01, qualora una società, costituita in forma diversa dalla società semplice, abbia come oggetto, secondo le scelte effettuate dai soci con il patto sociale, un'attività che rientri fra quelle integranti l'impresa commerciale, alla società medesima deve necessariamente riconoscersi, in dipendenza del mero fatto della sua costituzione ed a prescindere da ogni indagine sul concreto esercizio di quell'attività, la qualità di imprenditore, sicché, difettando la qualità di consumatore, non può trovare applicazione, quanto alla competenza territoriale, il foro speciale ex art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005.

Con specifico riferimento ai rapporti tra avvocato e cliente, Sez. 6-3, n. 06634/2017, Armano, Rv. 643677-01, ha evidenziato che, ove sia stata proposta domanda di risarcimento del danno per responsabilità professionale nei confronti di un avvocato, al quale una lavoratrice si era rivolta ai fini dell'insinuazione al passivo del fallimento di una ditta, di cui era stata dipendente, per crediti di lavoro, va affermata la qualità di "consumatore" in capo alla predetta e l'applicabilità del foro esclusivo sancito dall'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005, tenuto conto che l'attività di lavoro dipendente, sia pubblico sia privato, non è di certo qualificabile come "attività professionale", prevista dall'art. 3 comma 1, lett. a), dello

stesso decreto, che presuppone la prestazione autonoma di opera professionale intellettuale.

La stessa affermazione è contenuta in Sez. 6-3, n. 21187/2017, Olivieri, Rv. 645920-01, secondo cui, nei rapporti tra avvocato e cliente quest'ultimo riveste la qualità di "consumatore", ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 206 del 2005, a nulla rilevando che il rapporto sia caratterizzato dall'*intuitu personae* e sia non di contrapposizione, ma di collaborazione (quanto ai rapporti esterni con i terzi), non rientrando tali circostanze nel paradigma normativo; conseguentemente, alle controversie in tema di responsabilità professionale dell'avvocato si applicano le regole sul foro del consumatore di cui all'art. 33, comma 2, lettera u), del d.lgs. n. 206 del 2005.

Circa i rapporti tra il foro speciale del consumatore ed il foro previsto dall'art. 10 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150 in materia di trattamento dei dati personali, Sez. 6-1, n. 05658/2017, Genovese, Rv. 644264-01, ha precisato che in tema di competenza per territorio, il foro previsto nei confronti del titolare del trattamento non trova applicazione nell'ambito di un rapporto di consumo, come tale soggetto al foro speciale della residenza o del domicilio del consumatore, fissato dall'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. n. 206 del 2005. Resta, quindi, esclusa la prevalenza del foro da ultimo indicato quando l'illecito ipotizzato dal consumatore non risulta direttamente connesso ad un rapporto di consumo, per una qualche forma di responsabilità diretta del professionista, costituendo soltanto l'occasione per fare emergere un pregresso trattamento da parte dei terzi.

In tema di arbitrato tra banca e consumatore, Sez. 6-1, n. 03744/2017, Genovese, Rv. 643655-01, ha statuito che la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore degli arbitri, ex art. 33, comma 2, lett. t), del d.lgs. n. 26 del 2005, è ammissibile ove venga provata l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, prova il cui onere ricade sul professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale in deroga e che rileva quale elemento logicamente antecedente alla dimostrazione della natura non vessatoria della clausola.

CAPITOLO XX

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ
(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Le società di persone e le società di capitali: statuizioni comuni. - 1.1. Le vicende modificative ed estintive delle società. - 1.2. L'accertamento dello status di socio. - 2. Le società di capitali. - 2.1. L'acquisto della personalità giuridica. - 2.2. Il trasferimento delle partecipazioni sociali. - 2.3. I finanziamenti dei soci. - 2.4. Il recesso dei soci. - 2.5. L'assemblea. - 2.6. Gli amministratori. - 2.7. Le azioni di responsabilità. - 2.8. Lo scioglimento e la messa in liquidazione della società. - 3 Particolari società di capitali: le società a partecipazione pubblica e le società in house. - 3.1. Le società cooperative. - 3.2. Le società consortili. - 4. Le società di persone. - 4.1. Il socio: diritti, poteri, doveri e responsabilità. - 4.2. Il recesso del socio e la liquidazione della quota di partecipazione. - 4.3. L'attività sociale e la (eventuale) messa in liquidazione della società.

1. Le società di persone e le società di capitali: statuizioni comuni. Nel corso del 2017, la S.C. ha adottato alcune pronunce che hanno riguardato tutti i tipi di società, senza distinzioni, in particolare con riguardo alle vicende modificative ed estintive di queste ultime e all'accertamento dello *status* di socio.

Vengono di seguito esaminate le decisioni appena menzionate, unitamente a quelle adottate sulle medesime questioni, o su questioni connesse, con riferimento alle particolari tipologie di società, in modo tale da esaltare, insieme agli aspetti comuni anche quelli propri di ciascuna categoria, ove esistenti.

1.1. Le vicende modificative ed estintive delle società. Con particolare riguardo alle vicende modificative delle società, e con riferimento a tutti i tipi di società, Sez. 6-T, n. 12119/2017, Crucitti, Rv. 644171-01, in tema di fusione per incorporazione, ha ribadito quanto già più volte affermato (a conferma di Sez. U, n. 19698/2010, Salmè, Rv. 614542), evidenziando che l'art. 2504 *bis* c.c., così come modificato dal decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 6, nel prevedere la prosecuzione dei rapporti giuridici, anche processuali, in capo al soggetto unificato, quale centro unitario di imputazione di tutti i rapporti preesistenti, risolve la fusione in una vicenda evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che, pur in presenza di un nuovo assetto organizzativo, conserva la propria identità (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della Commissione tributaria regionale, che aveva accolto il ricorso avverso il diniego di rateizzazione avanzato da una società incorporante un'altra società, che era già decaduta dal detto beneficio).

In argomento, è opportuno richiamare Sez. 2, n. 20839/2017, Federico, Rv. 645420-01, ove, con riguardo alle società in nome collettivo, si è precisato che il cambiamento del legale rappresentante e la modifica della ragione sociale non comportano alcuna trasformazione della società in un diverso soggetto giuridico.

Numerose risultano le pronunce che hanno affrontato il tema dell'estinzione delle società a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, soprattutto con attenzione ai risvolti processuali, che è opportuno comunque in questa sede esaminare.

In particolare, Sez. I, n. 19580/2017, Cinque, Rv. 645591-01, con riguardo sia alle società di persone che alle società di capitali, ha ribadito l'orientamento ormai consolidato, secondo cui la cancellazione dal registro delle imprese, causando l'estinzione della società cancellata (con la sola eccezione della *fictio iuris* contemplata dall'art. 10 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267), determina l'interruzione del processo pendente e la possibilità della prosecuzione o della riassunzione da parte o nei confronti dei soci, ai sensi dell'art. 110 c.p.c. La stessa sentenza ha tuttavia precisato che, anche se l'interruzione del processo non vi è stata, l'impugnazione della sentenza pronunciata nei riguardi della società estinta deve provenire o essere indirizzata, a pena di inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci, atteso che la stabilizzazione processuale di un soggetto estinto non può eccedere il grado di giudizio nel quale l'evento estintivo è occorso (nella specie, la S. C. ha cassato la sentenza del giudice di merito che, in sede di rinvio, aveva ritenuto ammissibile il ricorso in riassunzione ex art. 392 c.p.c. nei confronti di una società estinta).

Il medesimo principio è stato enunciato con riferimento alle società di persone, da Sez. I, n. 13183/2017, Manna A., Rv. 644517-01, ove si è precisato che la cancellazione della società dal registro delle imprese determina l'estinzione della società, privandola della capacità di stare in giudizio, con la conseguenza che, se ciò avviene nella pendenza di un giudizio del quale la società è parte, ancorché questo non sia interrotto per mancata dichiarazione del corrispondente evento da parte del difensore, la legittimazione sostanziale e processuale, attiva e passiva, si trasferisce automaticamente, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., ai soci quali successori a titolo universale, divenuti partecipi della comunione in ordine ai beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione.

Anche con riguardo alle società di capitali, Sez. T, n. 05988/2017, Bruschetta, Rv. 643304-01, ha affermato che, qualora l'estinzione della società all'esito della cancellazione dal registro delle imprese

intervenga in pendenza del giudizio (tributario) di cui la società sia parte, si verifica un evento interruttivo, disciplinato dagli artt. 299 e ss. c.p.c., aggiungendo che se detto evento non viene dichiarato o notificato (o si verifichi quando è ormai impossibile dichiararlo o notificarlo), l'impugnazione della sentenza resa nei riguardi della società deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci, succeduti alla società estinta.

Tale ultima statuizione assume particolare rilievo per la parte che riguarda l'esame dell'aspetto proprio delle società di capitali, perché evidenzia che il limite di responsabilità dei soci, dettato dall'art. 2495 c.c. non incide sulla loro legittimazione processuale ma, al più, sull'interesse ad agire dei creditori sociali.

Nella medesima ottica, Sez. 1, n. 15474/2017, Falabella, Rv. 644762-01, ha affermato che il disposto dell'art. 2495, comma 2, c.c. implica che, a seguito della cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese, l'obbligazione sociale non si estingue, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione, precisando che grava comunque sul creditore l'onere della prova circa la distribuzione dell'attivo sociale e la riscossione di una quota di esso in base al bilancio finale di liquidazione, trattandosi di elemento della fattispecie costitutiva del diritto da lui azionato nei confronti del socio.

Diversamente Sez. T, n. 02444/2017, Iannello, Rv. 642885-01, ha affermato l'inammissibilità del ricorso per cassazione (in materia tributaria), proposto dai soci della società di capitali cancellata dal registro delle imprese, i quali, in presenza di contestazioni, non provino la loro legittimazione *ad causam*, e cioè la loro qualità di successori dal lato passivo nel rapporto di imposta, se e nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione, aggiungendo che tale dimostrazione può essere fornita, per la prima volta, anche in sede di legittimità ai sensi dell'art. 372 c.p.c.

Una particolare fattispecie di successione dei soci alla società di capitali *ex art. 2495 c.c.* è stata esaminata da Sez. I, n. 12718/2017, Garri, Rv. 644500-01, ove la S.C., in relazione a un'azione promossa da una lavoratrice per il conseguimento di indennità varie, ha ritenuto sussistente la legittimazione passiva dei soci della s.r.l. estinta a seguito di cancellazione dal registro delle imprese, nonostante questi ultimi avessero conferito in un *trust* le loro quote, perché ha ritenuto il *trust* nullo, in ragione del fatto che i soci, in qualità di disponenti, si erano autonominati *trustee* ed anche primi beneficiari del *trust*, in nulla differenziando la proprietà del *trust* da quella ordinaria, in violazione

dell'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, resa esecutiva in Italia con la legge 16 ottobre 1989 n. 364.

Sez. 6-T, n. 11100/2017, Conti R., Rv. 643969-01, ha poi evidenziato che l'effetto estintivo, derivato dalla cancellazione della società di capitali da registro delle imprese, determina, oltre alla successione dei soci alla società di capitali nei limiti e alle condizioni stabilite dalla legge, anche il venir meno del potere di rappresentanza dell'ente estinto in capo al liquidatore, con la conseguente improponibilità della domanda giudiziale introdotta da quest'ultimo, quando la società è oramai cancellata.

A queste ultime conclusioni è peraltro pervenuta anche Sez. T, n. 02444/2017, Iannello, Rv. 642885-01, sia pure utilizzando anche altri argomenti, e, con riferimento alle società di persone, Sez. 2, n. 23563/2017, Dongiacomo, Rv. 645583-01.

Sempre con riguardo agli effetti dell'estinzione delle società a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, si deve richiamare Sez. 3, n. 20155/2017, Graziosi, Rv. 645498-01, ove è stato affermato che il titolo esecutivo giudiziale emesso in favore di una società non perde efficacia in caso di estinzione della stessa per cancellazione dal registro delle imprese, con la conseguenza che esso può essere fatto valere, al fine di esercitare il conseguente diritto a procedere ad esecuzione forzata, dalla persona fisica nei cui confronti si integra il fenomeno successorio derivante dall'estinzione.

Con riguardo infine alle società di fatto, Sez. 1, n. 07964/2017, Bisogni, Rv. 644836-01, ha precisato che, in mancanza della procedura di liquidazione, che è soltanto facoltativa, l'estinzione della società si verifica per effetto della cessazione dell'attività sociale, in assenza di obblighi di iscrizione e cancellazione a carico della stessa.

1.2. L'accertamento dello status di socio. Fondamentale rilievo assume in materia Sez. 1, n. 07963/2017, Bisogni, Rv. 644835-01, laddove ha affermato, senza distinzione tra i diversi tipi di società, che lo *status* di socio si concreta in una qualità giuridica che ha il suo rilievo all'interno della società e che non è estinguibile per prescrizione, mentre sono soggetti a prescrizione i diritti derivanti, volta per volta, dalla qualità di socio.

Con riferimento alle società di persone, Sez. 6-1, n. 19057/2017, Marulli, Rv. 645685-01, ha inoltre precisato che la controversia diretta al riconoscimento della qualità di socio di una società di persone coinvolge la distribuzione delle quote sociali e la composizione stessa del gruppo sociale e, pertanto, nel relativo processo, sono litisconsorti necessari sia la società che i soci.

Sez. 1, n. 07776/2017, Nappi, Rv. 644832-01, ha infine affermato che la proposizione della domanda di riconoscimento della qualità di socio accomandante occulto, rispetto a quella di riconoscimento della qualità di socio di fatto, originariamente proposta, non integra una inammissibile domanda nuova, poiché la *causa petendi* è costituita in entrambi i casi dall'accertamento del rapporto sociale, indipendentemente dalla sua esteriorizzazione nei confronti dei terzi.

2. Le società di capitali. Le pronunce adottate nel corso del 2017 con riguardo alle società di capitali, attengono in particolare all'acquisto della personalità giuridica, al trasferimento delle partecipazioni sociali, ai finanziamenti dei soci, al recesso di questi ultimi, all'assemblea, agli amministratori, alle azioni di responsabilità, allo scioglimento ed alla messa in liquidazione delle società. In alcuni casi, come di seguito evidenziato, la S. C. ha esaminato in particolare la disciplina propria della s.p.a. o delle s.r.l.

2.1. L'acquisto della personalità giuridica. Con riferimento agli affetti dell'iscrizione nel registro delle imprese della società di capitali, Sez. I, n. 04263/2017, Spena, Rv. 643191-01, ha affermato che la società di capitali, una volta acquistata la personalità giuridica, può ratificare anche per *facta concludentia* gli atti o i negozi posti in essere dal *falsus procurator* in un periodo antecedente alla sua costituzione ovvero alla sua iscrizione nel registro delle imprese, ma gli effetti della ratifica retroagiscono al momento della stipulazione del contratto di società, attesa l'impossibilità per il rappresentante senza poteri di spendere il nome di un soggetto non ancora venuto ad esistenza (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva riconosciuto effetti ad un contratto di consulenza di durata triennale, stipulato prima della costituzione della società e ratificato successivamente, per il periodo successivo all'acquisto della personalità giuridica).

2.2. Il trasferimento delle partecipazioni sociali. In tema di conflitto tra creditore pignorante e acquirente di partecipazione a s.r.l., Sez. 3, n. 20170/2017, Barreca, Rv. 645500-01, ha affermato che tale conflitto va risolto a norma dell'art. 2914, n. 1, c.c., con la conseguenza che non ha ritenuto avere effetto in pregiudizio del creditore pignorante le alienazioni, che siano state iscritte nel registro delle imprese successivamente all'iscrizione del pignoramento, senza che rilevi lo stato soggettivo di buona fede, non essendo applicabile l'art. 2470 c.c.

2.3. I finanziamenti dei soci. Sull'argomento si deve richiamare Sez. 1, n. 07471/2017, Falabella, Rv. 644825-01, ove la S.C. ha evidenziato che l'erogazione di somme, effettuate a vario titolo dai soci in favore delle società partecipate, può avvenire a titolo di mutuo oppure di apporto al patrimonio sociale, dipendendo la qualificazione nell'uno o nell'altro senso dall'esame della volontà negoziale, con la precisazione che la relativa prova, di cui è onerato il socio attore in restituzione, deve trarsi dal modo in cui il rapporto è stato in concreto attuato, dalle finalità pratiche cui esso appare essere diretto e dagli interessi che risultano sottesi, dovendosi, inoltre, avere riguardo, in mancanza di una chiara manifestazione di volontà, alla qualificazione che i versamenti hanno ricevuto nel bilancio, da reputarsi determinante per stabilire se si tratti di finanziamento o di conferimento, in ragione del fatto che il bilancio è soggetto all'approvazione dei soci.

Nella stessa sentenza è anche precisato che, in presenza di una delibera assembleare, che renda indisponibile il finanziamento erogato dal socio in favore della società sino ad una certa data, la prescrizione quinquennale del diritto al rimborso comincia a decorrere soltanto da tale data, a partire dalla quale la prestazione diviene legalmente esigibile, atteso che l'art. 2935 c.c. correla la decorrenza della prescrizione alla possibilità (giuridica e non di mero fatto) dell'esercizio del diritto, senza che assuma rilievo la circostanza che il titolare dello stesso abbia concorso al differimento dell'esecuzione della prestazione (partecipando alla deliberazione assembleare).

2.4. Il recesso dei soci. In tema di recesso dalle società di capitali, Sez. 1, n. 13875/2017, Di Marzio M., Rv. 644323-01, ha evidenziato che la delibera assembleare, che muti il *quorum* per le assemblee straordinarie, riconducendolo a previsione legale, non giustifica il recesso del socio ex art. 2437, lett. g, c.c., perché l'interesse della società alla conservazione del capitale sociale prevale sull'eventuale pregiudizio di fatto subito dal socio, che non vede inciso né direttamente né indirettamente il suo diritto di partecipazione agli utili o il suo diritto di voto a causa del mutamento del *quorum*.

2.5. L'assemblea. In materia di funzionamento dell'assemblea dei soci della s.p.a., Sez. 1, n. 00603/2017, Falabella, Rv. 643253-01 in difformità rispetto a quanto in precedenza statuito (v. Sez. 1, n.

16393/2007, Del Core, Rv. 599426-01, ove, in una fattispecie anteriore al d.lgs. n. 6 del 2003, si è ritenuto che l'omessa verbalizzazione dell'identificazione dei soci partecipanti all'assemblea non determina automaticamente la nullità assoluta della deliberazione, essendo necessario dimostrare, e non soltanto supporre, il difetto di costituzione dell'organo deliberante, perché l'identificazione può avvenire anche in modo informale ed implicito, mediante l'attestazione presidenziale della valida costituzione dell'assemblea) ha affermato che l'indicazione nominativa dei partecipanti e dei votanti all'assemblea consente di verificare se i voti siano stati validamente espressi dai soggetti a ciò legittimati ed è, quindi, necessaria per ricostruire la genesi del processo deliberativo e per accertare la validità delle determinazioni assunte, con la conseguenza che, ove manchi la relativa documentazione (anche in foglio separato, purché "allegato" al verbale, in modo da farne parte integrante, e cioè richiamato ovvero allo stesso materialmente unito), la delibera deve ritenersi annullabile.

In ordine alle competenze proprie dell'assemblea dei soci di s.p.a., Sez. 1, n. 14695/2017, Campese, Rv. 644461-01, ha ribadito che la norma che riserva all'assemblea la nomina e la revoca degli amministratori è inderogabile, in quanto norma di ordine pubblico, per la sua incidenza su interessi generali della collettività, precisando che le deliberazioni dell'assemblea devono essere inderogabilmente prese con l'osservanza del metodo collegiale, non potendo ammettersi che, attraverso singole clausole contrattuali, le parti possano giungere, di fatto, a svuotare la portata di tali principi.

2.6. Gli amministratori. Sull'argomento assume fondamentale rilievo Sez. U, n. 01545/2017, Spirito, Rv. 642004-03, che – mutando orientamento rispetto a Sez. U, n. 10680/1994, Roselli, Rv. 489165-01 – ha affermato che l'amministratore unico o il consigliere di amministrazione di una s.p.a. sono legati alla stessa da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dal n. 3 dell'art. 409 c.p.c., con la conseguenza che i compensi loro spettanti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza i limiti previsti dall'art. 545, comma 4, c.p.c.

Sempre in tema di compenso all'amministratore di società di capitali, Sez. L, n. 15382/2017, Negri Della Torre, Rv. 644785-01, ha affermato che l'amministratore di una società, con l'accettazione della carica, acquisisce il diritto ad essere compensato per l'attività svolta

in esecuzione dell'incarico affidatogli, aggiungendo che tale diritto è disponibile e può anche essere derogato da una clausola dello statuto della società, che condizioni lo stesso al conseguimento di utili, ovvero sancisca la gratuità dell'incarico.

In ordine ai poteri degli amministratori di società di capitali, invece, Sez. 2, n. 01213/2017, Scarpa, Rv. 642219-01, ha evidenziato che il conferimento di un incarico professionale di consulenza fiscale e commerciale costituisce, di regola, atto di ordinaria amministrazione e, comunque, atto coerente con l'oggetto sociale, giacché esecutivo dell'attività imprenditoriale e, perciò, rientra nei poteri rappresentativi degli amministratori, ai sensi dell'art. 2384 c.c. nel testo anteriore al d.lgs. n. 6 del 2003 (applicabile *ratione temporis*).

2.7. Le azioni di responsabilità. Si deve prima di tutto menzionare Sez. U, n. 01641/2017, Nappi, Rv. 642008-01, secondo cui il curatore fallimentare è legittimato, tanto in sede penale quanto in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro gli amministratori di società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale, commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione della *par condicio creditorum*.

Con riferimento alla condotta dei componenti degli organi di gestione delle s.p.a., Sez. 1, n. 15470/2017, Genovese, Rv. 644322-01, ha affermato che, in tema di responsabilità di questi ultimi per i danni cagionati alla società di capitali amministrata, l'insindacabilità del merito delle loro scelte di gestione (cd. *business judgement rule*) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c. (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione intrapresa (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto l'amministratore di una società per azioni responsabile per la conclusione di taluni contratti, in cui la società amministrata aveva corrisposto integralmente alle controparti i compensi pattuiti, nonostante la mancata esecuzione delle prestazioni).

Con riguardo, invece, alla condotta dei componenti degli organi di controllo di s.p.a., Sez. 1, n. 16314/2017, Fichera, Rv. 644767-01, ha rilevato che, per configurare l'inosservanza al dovere di vigilanza imposto ai sindaci dall'art. 2407, comma 2, c.c. non è necessaria

l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione, o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere il loro incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al P.M. per consentirgli di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c.

In ordine alla liquidazione del danno Sez. 1, n. 09983/2017, Terrusi, Rv. 643732-01, ha affermato che, in caso di azione promossa *ex art. 146 l.fall.* nei confronti dell'amministratore, che, ricorrendo abusivamente al credito, abbia proseguito l'attività, pur in presenza di una causa di scioglimento della società, violando l'obbligo di cui all'art. 2486 c.c., il giudice può avvalersi in via equitativa – nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento – del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali, a condizione che tale utilizzo sia congruente con le circostanze del caso concreto e che, quindi, il curatore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, specificando le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla sua condotta.

Sempre in tema di liquidazione del danno, Sez. 1, n. 00038/2017, Falabella, Rv. 643014-01, ha tuttavia precisato che, nell'azione di responsabilità promossa dal curatore ai sensi dell'art. 146 l.fall., la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa, ove ne sussistano le condizioni, sempre che il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dei predetti soggetti.

Per quanto riguarda la figura dell'amministratore di fatto, Sez. 1, n. 21567/2017, Mercolino, Rv. 645412-01, ha evidenziato che

l'amministratore di fatto di una società di capitali, pur privo di un'investitura formale, esercita sotto il profilo sostanziale nell'ambito sociale un'influenza che trascende la titolarità delle funzioni, con poteri analoghi (se non addirittura superiori) a quelli spettanti agli amministratori di diritto, sicché può concorrere con questi ultimi nel cagionare un danno alla società, attraverso il compimento o l'omissione di atti di gestione (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che non aveva accertato adeguatamente la possibilità, per l'amministratore di fatto, di evitare il danno, derivante dal mancato recupero di crediti sociali, attivando una determinazione degli organi gestori sul punto).

2.8. Lo scioglimento e la messa in liquidazione della società. In tema di liquidazione delle società di capitali (nella specie, di una s.r.l.), deve richiamarsi Sez. 1, n. 13867/2017, Scaldaferrì, Rv. 644322-01, ove si è precisato che, nel caso in cui l'assemblea che ha deliberato lo scioglimento della società e la nomina del liquidatore non abbia determinato i poteri attribuiti a quest'ultimo alla stregua delle indicazioni contenute nell'art. 2487, comma 2, c.c., il liquidatore è investito, giusta l'art. 2489, comma 1, c.c., del potere di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società.

Con riguardo ai poteri dei liquidatori, Sez. 1, n. 26066/2017, Dolmetta, in corso di massimazione, ha comunque ritenuto che non rientra nel divieto di nuove operazioni, né costituisce atto di straordinaria amministrazione, il conferimento, da parte dei liquidatori, di un mandato alle liti per la proposizione di azione giudiziale, volta ad incrementare o ripristinare la consistenza patrimoniale della società in liquidazione, e ciò quand'anche l'assemblea abbia attribuito ai liquidatori poteri congiunti per la gestione straordinaria riguardo alle possibili diminuzioni del patrimonio sociale conseguenti ad alienazioni.

3. Particolari società di capitali: le società a partecipazione pubblica e le società in house. Con riferimento alle s.p.a. a partecipazione pubblica, occorre richiamare Sez. U, n. 21299/2017, Scarano, Rv. 645313-01, che, confermando un orientamento già espresso, ha ritenuto che la s.p.a. con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato, poiché all'ente pubblico non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi, potendo esso avvalersi solo degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di

nomina pubblica presenti negli organi della società. Ne consegue, pertanto, che devono ritenersi attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla nomina degli amministratori, in quanto espressione di atti compiuti *uti socius* e non *iure imperii* (nella specie, era contestata la conformità allo statuto sociale della nomina temporanea, da parte del presidente della giunta regionale, del presidente del consiglio di amministrazione di una società a capitale interamente pubblico).

Per quanto riguarda le società *in house*, Sez. L, n. 03471/2017, Manna A., Rv. 643085-01, ha precisato che anche lo statuto di tali società ha natura negoziale e pertanto non produce effetto rispetto ai terzi, se non nei casi previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 1372 c.c. (nell'affermare tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto applicabile al direttore generale la clausola di decadenza automatica al momento della cessazione dalla carica dell'amministratore unico, prevista nello statuto, ma non richiamata nel contratto individuale).

3.1. Le società cooperative. Sull'argomento occorre richiamare Sez. 1, n. 04402/2017, Valitutti, Rv. 643875-01, ove si è precisato che, nel giudizio di opposizione contro la delibera di esclusione del socio di una società cooperativa, quest'ultima – che, pur se formalmente convenuta, ha sostanziale veste di attore – ha l'onere di provare i fatti posti a fondamento dell'atto impugnato, a partire dalla comunicazione al socio escluso degli addebiti mossi nei suoi confronti.

Sempre in tema di società cooperative, Sez. 1, n. 26190/2017, Campanile, Rv. 645939-01, ha ritenuto che il recesso convenzionale può essere subordinato alla ricorrenza di determinati presupposti o condizioni tra cui l'autorizzazione o l'approvazione del consiglio di amministrazione cui è attribuito il potere discrezionale di verificare la corrispondenza dei fatti specifici dedotti alle ipotesi statutariamente contemplate. Tale potere non può essere esercitato, neppure in caso di inerzia, da altri organi societari o da terzi estranei alla società, né rimesso all'autorità giudiziaria, perché riferito alla tutela dell'interesse della società cooperativa la cui valutazione è attribuita in via esclusiva all'organo ritenuto dal contratto sociale idoneo alle valutazioni necessarie.

3.2. Le società consortili. In materia di società consortile, costituita secondo il tipo delle società di capitali (nella specie, s.r.l.), Sez. 1, n. 07473/2017, Falabella, Rv. 644827-01, ha affermato che la

causa consortile può comportare la deroga delle norme che disciplinano il tipo di società adottato, ove la loro applicazione sia incompatibile con profili essenziali del fenomeno consortile, fermo restando che siffatta deroga non può giustificare lo stravolgimento dei principi fondamentali che regolano il tipo di società scelto, al punto da renderlo non più riconoscibile rispetto al corrispondente modello legale. Tra i principi inderogabili rientra quello recato dall'art. 2472, comma 1, c.c., in virtù del quale nella s.r.l., per le obbligazioni sociali, risponde soltanto la società con il suo patrimonio – fatta eccezione del caso disciplinato dall'art. 2497, comma 1, c.c. – con conseguente inapplicabilità alla società consortile a responsabilità limitata dell'art. 2615, comma 2, c.c., che prevede la responsabilità solidale dei singoli consorziati con il fondo consortile per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio. Tale disposizione, tuttavia, non costituisce espressione di una regola generale, poiché la normativa speciale in tema di appalti pubblici (artt. 21, ultimo comma, della legge 8 agosto 1977, n. 584, e 23, comma 7, del decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406), ha previsto la responsabilità illimitata e solidale dei consorziati per le obbligazioni assunte verso i terzi dalla società consortile nei confronti dell'ente appaltante, e, quindi, con l'art. 13, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, anche nei confronti di subappaltanti e fornitori.

4. Le società di persone. Vengono di seguito riportate le decisioni adottate dalla S.C. nel corso 2017 in tema di società di persone, distinguendo quelle che interessano il socio da quelle che riguardano l'attività sociale e la (eventuale) messa in liquidazione della società.

4.1. Il socio: diritti, poteri, doveri e responsabilità. In tema di diritti del socio, Sez. 1, n. 02962/2017, Ferro, Rv. 643861-01, ha precisato che, se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci di società di persone, i soci amministratori non addetti ad una specifica attività o settore hanno il diritto di avere dall'amministratore, che vi è preposto, notizia sullo svolgimento dei relativi affari, di consultarne i documenti di gestione e, all'esito, di ottenere il rendiconto, che non coincide con la mera informazione conseguente al bilancio, e cioè al documento generale sull'attività economica della società, che è unico, ma si determina in ragione dell'altrui amministrazione.

Con riferimento, poi, alla ripartizione degli utili, Sez. 1, n. 00023/2017, De Chiara, Rv. 643006-01, ha affermato che, in caso di

azzeramento del capitale della s.a.s. per perdite, non sussiste alcun obbligo di ricostituire il capitale o di mettere in liquidazione della società (come previsto per le società di capitali), fermo restando che, riportate a nuovo le perdite, il calcolo degli utili ripartibili tra i soci, ai sensi dell'art. 2303 c.c., deve essere operato sul patrimonio effettivo della società e, dunque, ripianando integralmente le perdite subite nell'esercizio precedente.

In ordine alla responsabilità sussidiaria del socio di società di persone, invece, Sez. 1, n. 00279/2017, Falabella, Rv. 643246-01, ha ribadito che il *beneficium excussionis*, concesso ai soci illimitatamente responsabili di una società di persone, in base al quale il creditore sociale non può pretendere il pagamento da uno di essi se non dopo l'escussione del patrimonio sociale, opera esclusivamente in sede esecutiva, nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio, se non dopo aver agito infruttuosamente sui beni della società, ma non impedisce al predetto creditore di agire direttamente nei suoi confronti in sede di cognizione ordinaria, perché la responsabilità del socio si configura come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale, sicché egli non può essere considerato terzo rispetto all'obbligazione sociale, ma debitore al pari della società per il solo fatto di essere socio. Tuttavia, la S.C. ha anche precisato che, ove il socio illimitatamente responsabile venga convenuto in giudizio per il pagamento dei debiti della società, non nella sua qualità, ma in proprio, egli è carente di legittimazione, non potendo in tal caso far valere in sede esecutiva il beneficio della previa escussione del patrimonio sociale.

Sempre in tema di responsabilità del socio per i debiti della società di persone, Sez. L, n. 17640/2017, Calafiore, Rv. 644996-01, ha affermato che la notifica alla società di un atto interruttivo della prescrizione concernente il debito sociale (nella specie, verbale di accertamento di debito contributivo), che è debito anche dei soci, interrompe, ai sensi dell'art. 1310 c.c., la prescrizione anche nei confronti di questi ultimi, mentre invece la notifica di un atto interruttivo della prescrizione nei confronti del singolo socio è inidonea a produrre effetti nei confronti della società, non potendo, di norma, ricollegarsi alcun effetto interruttivo ad una richiesta di pagamento inoltrata ad un soggetto diverso dal debitore, salvo il caso in cui costui sia rappresentante o comunque, benché privo del potere rappresentativo, abbia agito in tale qualità, qualora risulti applicabile il principio dell'apparenza.

Con particolare riguardo, infine, alla responsabilità dei soci di s.a.s., Sez. 1, n. 05069/2017, Terrusi, Rv. 644455-01, ha specificato che il socio accomandante, cui sia stata conferita una procura institoria e che abbia compiuto atti di gestione nell'esercizio della stessa, assume, ai sensi dell'art. 2320 c.c., la responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni sociali, e, pertanto, ai sensi dell'art. 147 l.fall. in caso di fallimento della società, fallisce anch'egli in estensione.

4.2. Il recesso del socio e la liquidazione della quota di partecipazione. Per quanto riguarda il recesso del socio dalla società di persone, Sez. 6-1, n. 21036/2017, Marulli, in corso di massimazione, ha ribadito che si tratta di un atto unilaterale recettizio e che, pertanto, la liquidazione della quota non è una condizione sospensiva del medesimo, ma un effetto stabilito dalla legge, con la conseguenza che, una volta comunicato il recesso alla società, il socio perde lo *status socii* ed anche il diritto agli utili, anche se non ha ancora ottenuto la liquidazione della quota, e non sono a lui opponibili le successive vicende societarie.

In ordine, poi, alla liquidazione della quota, spettante al socio, in caso di cessazione dell'attività sociale, Sez. 1, n. 07964/2017, Bisogni, Rv. 644836-01, ha ritenuto che, qualora non si sia proceduto alla liquidazione della società, che è soltanto facoltativa, il diritto del socio alla liquidazione della sua quota di partecipazione si prescrive con decorrenza dalla cessazione dell'attività sociale.

4.3. L'attività sociale e la (eventuale) messa in liquidazione della società. In tema di liquidazione delle società, occorre senza dubbio richiamare Sez. 1, n. 04019/2017, Bernabai, Rv. 644307-01, che ha affermato che il decreto di revoca del provvedimento di nomina del liquidatore giudiziale, emesso dal presidente del tribunale in sede di volontaria giurisdizione, non ha efficacia retroattiva, essendo ontologicamente inidoneo ad accertare un'eventuale situazione di invalidità pregressa degli atti compiuti in costanza di un incarico giudizialmente conferito.

CAPITOLO XXI

IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

(DI ALDO CENICCOLA)

SOMMARIO: 1. I contratti bancari. – 2. I contratti e gli strumenti di intermediazione finanziaria.

1. I contratti bancari. Con riferimento alle operazioni regolate in conto corrente, allorché occorra documentare l'andamento del rapporto ai fini dell'azione di ripetizione dell'indebitato esercitata dal cliente, secondo Sez. 6-1, n. 24948/2017, Falabella, Rv. 645761-01 il correntista è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida *causa debendi*, sicché il medesimo ha l'onere di produrre tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva condannato la banca alla restituzione al correntista delle somme indebitamente trattenute, nonostante la produzione in giudizio soltanto di una parte degli estratti conto in cui erano state annotate le rimesse oggetto della domanda di ripetizione).

Sempre in tema di conto corrente e con particolare riguardo alla responsabilità della banca per l'esecuzione di un ordine di bonifico pervenuto tramite canali inusuali, Sez. 1, n. 23580/2017, Falabella, Rv. 645785-01 ha evidenziato come tale responsabilità non possa essere esclusa con riguardo al solo riscontro della conformità della firma allo *specimen*, atteso che, in presenza di circostanze del caso concreto che suggeriscano, secondo le regole di diligenza cui è tenuto il mandatario, ulteriori controlli, l'omissione di questi integra colpa ed è quindi ostativa alla configurabilità di una situazione di apparenza giustificativa di un esonero da detta responsabilità. Nel caso sottoposto al suo esame, la S.C. ha cassato la sentenza di merito rilevando che l'ordine di bonifico non era stato consegnato di persona dal cliente, e che la sua esecuzione era stata prima sospesa dall'istituto di credito che poi invece vi aveva dato corso, ritenendo che non potesse ritenersi integrata la diligenza richiesta alla banca solo in considerazione del confronto della sottoscrizione dell'ordine con lo specimen depositato dato che la sottoscrizione era stata realizzata mediante scannerizzazione della telefonata del sedicente cliente che era stato in grado di indicare gli estremi del conto corrente

ed il numero di patente di guida del vero cliente, nonché delle buone referenze ricevute circa il destinatario dell'ordine. Risultando, peraltro, incontestato che i dipendenti della banca non conoscevano il cliente, e che la somma integrava quasi per intero la disponibilità del conto corrente.

In tema di pattuizioni contenute in un contratto di conto corrente bancario concernenti la disciplina degli interessi dovuti dal cliente, Sez. 1, n. 21470/2017, Falabella, Rv. 645405-01, ha stabilito che, qualora vengano pattuiti interessi superiori al tasso soglia con riferimento all'indebitamento extra fido e interessi inferiori a tale tasso per le somme utilizzate entro i limiti del fido, la nullità della prima pattuizione non si comunica all'altra, pur se contenute in una medesima clausola contrattuale, poiché si deve valutare la singola disposizione, sebbene non esaustiva della regolamentazione degli interessi dovuti in forza del contratto.

Sez. 1, n. 20397/2017, Di Marzio p., Rv. 645219-02, pronunciandosi sulla clausola di un contratto di conto corrente bancario concluso dal "*de cuius*", con la quale si pattuiva che per le obbligazioni derivanti dal contratto fossero solidalmente responsabili gli eredi del debitore, ha ritenuto che tale clausola non può ritenersi vessatoria, non rientrando fra quelle tassativamente indicate dall'art. 1341 c.c., giacché, se da un lato la deroga ad un principio di diritto non costituisce parametro di configurazione delle clausole vessatorie, dall'altro la ripartizione dei debiti fra gli eredi è prevista dalla disposizione dell'art. 752 c.c., salvo che il testatore abbia disposto diversamente, potendo il debitore porre, sui suoi beni, carichi secondo la sua volontà, salva per gli eredi la facoltà di sottrarsi a quei vincoli, rinunciando all'eredità o accettandola con il beneficio d'inventario.

La rilevanza causale dell'ordine di bancogiro di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario è il tema affrontato da Sez. U, n. 18725/2017, Giusti, Rv. 645125-01 secondo cui tale trasferimento non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta, soggetta alla forma dell'atto pubblico, salvo che sia di modico valore, poiché realizzato non tramite un'operazione triangolare di intermediazione giuridica, ma mediante un'intermediazione gestoria dell'ente creditizio. Infatti, l'operazione bancaria tra il donante ed il donatario costituisce mero adempimento di un distinto accordo negoziale fra loro concluso e ad essa rimasto esterno, il quale solo realizza il passaggio immediato di valori da un patrimonio all'altro, e tale circostanza esclude la configurabilità di un contratto in favore di

terzo, considerato che il patrimonio della banca rappresenta una “zona di transito” tra l'ordinante ed il destinatario, non direttamente coinvolta nel processo attributivo, e che il beneficiario non acquista alcun diritto verso l'istituto di credito in seguito al contratto intercorso fra quest'ultimo e l'ordinante.

2. I contratti e gli strumenti di intermediazione finanziaria. Il percorso diretto ad enfatizzare i criteri di buona fede e correttezza, nel settore della responsabilità degli intermediari finanziari, continua ad essere fortemente valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità, trattandosi di principi diretti a garantire un consenso informato e consapevole da parte del risparmiatore.

Così, secondo Sez. 1, n. 20617/2017, Falabella, Rv. 645223-01, gli obblighi di comportamento sanciti dall'art. 21 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e dalla normativa secondaria contenuta nel reg. Consob n. 11522 del 1998, sorgono sia nella fase che precede la stipulazione del contratto quadro (come quello di consegnare il documento informativo sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari e di acquisire le informazioni sull'investitore circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento e la sua propensione al rischio), sia dopo la sua conclusione (è il caso dell'obbligo d'informazione cd. attiva circa la natura, i rischi e le implicazioni della singola operazione, di astenersi dal porre in esecuzione operazioni inadeguate e di quelli che sono correlati alle situazioni di conflitto di interessi). Tutti i descritti obblighi, finalizzati al rispetto della clausola generale che impone all'intermediario il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, assumono rilevanza per effetto dei singoli ordini di investimento, che costituiscono negozi autonomi rispetto al contratto quadro originariamente stipulato dall'investitore.

L'accentuazione dei doveri informativi opera anche nei casi in cui un investimento finanziario sia stato qualificato anche dall'intermediario come operazione inadeguata: secondo Sez. 1, n. 19417/2017, Acierno, Rv. 645175-02 l'assolvimento degli obblighi informativi cui quest'ultimo è in tal caso tenuto, in mancanza della prova dell'osservanza delle cogenti prescrizioni contenute negli artt. 28 e 29 del Regolamento Consob, n. 11522 del 1998, attuative dell'art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998, non può essere desunta in via esclusiva dal profilo soggettivo del cliente, dal suo rifiuto di fornire indicazioni su di esso o soltanto dalla sottoscrizione dell'avvenuto avvertimento

dell'inadeguatezza dell'operazione in forma scritta, essendo necessario che l'intermediario, a fronte della sola allegazione contraria dell'investitore sull'assolvimento degli obblighi informativi, fornisca la prova positiva, con ogni mezzo, del comportamento diligente della banca. Tale prova può essere integrata dal profilo soggettivo del cliente o da altri convergenti elementi probatori ma non può essere desunta soltanto da essi.

Tuttavia, secondo Sez. 1, n. 22605/2017, Fraulini, Rv. 645522-01, l'eventuale carenza dell'obbligo di informazione dell'intermediario può essere superata dal comportamento posto in essere dalle parti successivamente all'effettuazione dell'ordine di acquisto, allorché sussista una convenzione che rinnovi le relative condizioni d'acquisto rimediando all'originario inadempimento. (Nella specie, riguardante l'acquisto di *bond* argentini, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, in applicazione dell'art. 1453, comma 3, c.c., aveva rigettato la domanda risarcitoria ritenendo l'adempimento degli obblighi informativi, sia pure successivo all'acquisto, alla luce della dichiarazione scritta resa dall'investitore, in esito ad un incontro con la banca, per le informazioni ricevute e la composizione del suo *dossier* titoli, nel quale figuravano anche le dette obbligazioni).

Il profilo della prova dell'assolvimento dei doveri informativi è preso in considerazione anche da Sez. 1, n. 19750/2017, Marulli, Rv. 645189-01, secondo cui tale prova può essere data anche mediante deposizione testimoniale del funzionario della banca in quanto nessuna fonte, primaria o secondaria, richiede la prova scritta.

Secondo Sez. 1, n. 16318/2017, Marulli, Rv. 644978-01 deve, invece, escludersi che l'intermediario nella compravendita di valori mobiliari, quando abbia stipulato con il cliente solo un contratto di deposito titoli in custodia ed amministrazione, abbia un obbligo di informazione, proprio del contratto di gestione del portafoglio, relativo all'aggravamento del rischio dell'investimento già effettuato.

Si occupa poi dell'incidenza delle asimmetrie informative sui singoli ordini di investimento, Sez. 1, n. 12936/2017, Dolmetta, Rv. 644459-01, che ha statuito che il risparmiatore, a seguito dell'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di informazione, imposti dalla normativa di legge e di regolamento Consob e derivanti dalla stipula del contratto quadro, può domandare la risoluzione non solo di quest'ultimo ma anche dei singoli ordini di investimento – aventi natura negoziale e tra loro distinti e autonomi – quando il relativo inadempimento sia di non scarsa importanza.

Nel caso in cui, invece, si tratti di doveri informativi nascenti dopo la conclusione del contratto quadro, secondo Sez. 1, n. 16861/2017, Falabella, Rv. 644971-01 il risparmiatore potrà agire per la risoluzione delle singole operazioni di investimento, attesa la loro autonomia, indipendentemente dalla risoluzione del contratto quadro, considerato che il momento negoziale delle singole operazioni di investimento non può rinvenirsi nel contratto quadro.

Sempre in merito ai rapporti tra il contratto quadro e gli ordini di investimento e con particolare riferimento ai rispettivi requisiti di forma, Sez. 1, n. 19759/2017, Falabella, Rv. 645194-02 ha statuito che l'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, laddove impone la forma scritta, a pena di nullità, per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, si riferisce ai contratti quadro e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) che vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario, la cui validità non è invece soggetta a requisiti formali, salvo diversa previsione dello stesso contratto quadro. In tal caso, infatti, il principio di cui all'art. 1352 c.c., secondo cui la forma convenuta dalle parti per la futura stipulazione di un contratto si presume pattuita "ad substantiam", è estensibile, ai sensi dell'art. 1324 c.c., agli atti che seguono a quella stipulazione, come nell'ipotesi degli ordini suddetti.

Sez. 1, n. 10713/2017, Dolmetta, Rv. 644072-01 si è occupata degli oneri formali vigenti nell'ambito del rapporto contrattuale di gestione di portafoglio, statuendo che non rientra nella nozione normativa di "istruzione vincolante" di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 58 del 1998 (per le quali non è prevista la forma scritta, in quanto sono conformi alle caratteristiche della gestione espresse nel suddetto contratto), l'ordine di acquisto, impartito dal cliente all'intermediario, che comporti una modifica radicale della linea di investimento e, pertanto, del programma negoziale concordato tra le parti, atteggiandosi, così, come contratto sostitutivo dei contenuti di base di quello preesistente e tuttavia non rispettoso delle regole imperative stabilite dal vigente sistema dei servizi di investimento, e, pertanto, nullo.

La questione della responsabilità dell'intermediario risulta approfondita anche con riferimento al tema della responsabilità solidale dei promotori finanziari.

In proposito, Sez. 3, n. 18928/2017, Barreca, Rv. 645487-02 ha precisato che, al fine di escludere la responsabilità solidale dell'intermediario per gli eventuali danni arrecati ai terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, non è sufficiente la mera consapevolezza da parte dell'investitore della

violazione da parte del promotore delle regole di comportamento poste a tutela dei risparmiatori, ma occorre che i rapporti tra promotore ed investitore presentino connotati di anomalia, se non addirittura di connivenza o di collusione in funzione elusiva della disciplina legale. Incombe all'investitore l'onere di provare l'illiceità della condotta del promotore, mentre spetta all'intermediario quello di provare che l'illecito sia stato consapevolmente agevolato in qualche misura dall'investitore.

Sullo stesso tema, Sez. 3, n. 18928/2017, Barreca, Rv. 645487-01 ha precisato che nell'accertamento della responsabilità indiretta della società di intermediazione mobiliare (S.I.M.) per i danni arrecati a terzi dai promotori finanziari nello svolgimento delle incombenze loro affidate, la verifica di un rapporto di necessaria occasionalità tra fatto illecito del preposto ed esercizio delle mansioni affidategli comporta l'insorgenza di una responsabilità (anche) diretta a carico della società, la cui configurabilità non è preclusa dall'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998 (già art. 5, comma 4, della legge 2 gennaio 1991, n. 1), il quale si limita a prevedere un'estensione della responsabilità al fatto altrui, non impedendo tuttavia anche l'accertamento della potenziale responsabilità per fatto proprio. (Nell'applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la statuizione di merito sulla responsabilità diretta della S.I.M., la quale aveva omesso di dimostrare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte, e di avere agito con la specifica diligenza richiesta).

Inoltre Sez. 3, n. 18928/2017, Barreca, Rv. 645487-03 ha statuito che, con riguardo alle attività illecite poste in essere dal promotore finanziario non legato da un rapporto contrattuale con la banca, sussiste la responsabilità indiretta di quest'ultima qualora la promozione sia svolta con modalità tali da ingenerare negli investitori l'incolpevole affidamento su uno stabile inserimento del promotore nell'attività della banca. (Nella fattispecie, il promotore finanziario operava nei locali delle agenzie della banca dove erano accessi i conti degli investitori e negoziava i titoli collocati presso l'istituto di credito, quale incaricato dei servizi ricezione e negoziazione degli ordini dei correntisti).

Si sofferma sulla verifica dell'effettiva meritevolezza degli interessi sottesi al programma negoziale Sez. 1, n. 19013/2017, Dolmetta, Rv. 645173-01 che ha rimarcato che per i contratti c.d. derivati", l'art. 21 del d.lgs. n. 58 del 1998 e l'art. 26 reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa e inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo

che gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell'interesse dei clienti e dell'integrità del mercato. (Nella specie, riguardante contratti derivati *interest rate swap* con natura di operazioni "di copertura", la S.C., in applicazione dell'esposto principio, ha cassato la sentenza di appello, richiamando altresì specificamente il rispetto delle condizioni di cui alla determinazione Consob 26 febbraio 1999, evidenziando la necessaria stretta correlazione tra l'operazione "di copertura" e il rischio da coprire).

Con riferimento ai rapporti tra gli intermediari autorizzati e quelle speciali categorie di investitori tra cui rientrano gli operatori qualificati, Sez. 1, n. 13872/2017, Genovese, Rv. 644448-01 ha precisato che l'art. 31 del regolamento Consob n. 11522 del 1998 (applicabile *ratione temporis*), secondo il quale gli investitori persone fisiche rientrano nella categoria degli operatori qualificati ove documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, impone all'intermediario di accertare, al momento dell'instaurazione del rapporto, il pregresso svolgimento di quei ruoli e compiti da parte dell'investitore per il periodo minimo indicato, in quanto non è sufficiente ad escludere la responsabilità del primo la semplice dichiarazione del cliente di esonerarlo dalla detta verifica.

CAPITOLO XXII

LE PROCEDURE CONCORSUALI. PROFILI SOSTANZIALI (DI GIUSEPPE FICHERA)

SOMMARIO: 1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. – 2. Gli organi delle procedure. – 3. Le revocatorie fallimentari: i presupposti. – 3.1. Gli atti a titolo gratuito e post fallimentari. – 3.2. Gli atti negoziali. – 3.3. I pagamenti. – 4. I rapporti pendenti. – 5. La formazione dello stato passivo. – 5.1. I privilegi. – 5.2. La prededuzione. – 6. La liquidazione dell'attivo. – 7. Il concordato preventivo: questioni sostanziali.

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. Anche nel corso del 2017 la S.C. si è occupata dei presupposti, oggettivi e soggettivi, per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

Così, in tema di requisiti dimensionali per l'esonero dalla fallibilità, Sez. 1, n. 00601/2017, Cristiano, Rv. 643028-01, afferma che nel verificare la sussistenza del requisito della fallibilità posto dall'art. 1, comma 2, lett. c), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è prioritario il dato ricavabile dalle scritture contabili.

Devono, tuttavia, tenersi in considerazione pure altri elementi dai quali risulti l'esistenza di debiti ulteriori, anche qualora essi siano in parte contestati, essendo comunque rilevanti quale dato dimensionale dell'impresa; la contestazione, infatti, non ne impedisce l'inclusione nel computo dell'indebitamento complessivo e non si sottrae alla valutazione del giudice chiamato a decidere sull'apertura della procedura concorsuale, anche se la relativa pronuncia non pregiudica l'esito della controversia volta all'accertamento di quel debito.

Sez. 1, n. 13746/2017, Genovese, Rv. 644445-01, aggiunge che ai fini della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, l.fall., i bilanci degli ultimi tre esercizi che l'imprenditore è tenuto a depositare, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l.fall., sono quelli già approvati e depositati nel registro delle imprese, ex art. 2435 c.c., sicché, ove difettino tali requisiti o essi non siano ritualmente osservati, il giudice può motivatamente non tenere conto dei bilanci prodotti, rimanendo l'imprenditore onerato della prova circa la sussistenza dei requisiti della non fallibilità.

Sez. 6-1, n. 25188/2017, Falabella, in corso di massimazione, ribadisce il consolidato orientamento della S.C., a tenore del quale l'omesso deposito da parte dell'imprenditore nei cui confronti sia proposta istanza di fallimento, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata (al pari dei bilanci relativi agli

ultimi tre esercizi), in violazione dell'art. 15, comma 4, l.fall. (come sostituito dall'art. 2 del decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 169), si risolve in danno dell'imprenditore medesimo, essendo egli onerato della prova del non superamento dei limiti dimensionali, che ne escludono la fallibilità.

Sul concetto di impresa fallibile, merita di essere ricordata Sez. 1, n. 03196/2017, Ferro, Rv. 643865-01, la quale precisa che in tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità.

Del resto, da un lato, l'art. 1 l.fall. esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici e non anche le società pubbliche, per le quali trovano applicazione le norme del c.c. (ai sensi dell'art. 4, comma 13, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, conv., con modif., dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e, quindi, dell'art. 1, comma 3, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175), nonché quelle sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (art. 14 del d.lgs. n. 175 del 2016); dall'altro, vanno respinte le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo.

Rientra poi tra le imprese fallibili, a tenore di Sez. 6-1, n. 5660/2017, Cristiano, Rv. 644265-01, anche quella esercitata dal promotore finanziario, di cui all'art. 31, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, sulla base di un'autonoma organizzazione di mezzi ed a proprio rischio, considerato che gli altri elementi che caratterizzano l'attività di impresa sono già presenti, per definizione, in quella del promotore finanziario, la quale rientra tra le cd. attività ausiliarie previste dall'art. 2195, n. 5, c.c. e costituisce, dunque, impresa commerciale.

Sul classico tema della fallibilità della *holding* di tipo personale, Sez. 1, n. 5520/2017, Ferro, Rv. 644654-04, la ritiene configurabile quando si sia in presenza di una persona fisica che agisca in nome proprio, per il perseguimento di un risultato economico, ottenuto

attraverso l'attività svolta, professionalmente, con l'organizzazione ed il coordinamento dei fattori produttivi, relativi al proprio gruppo di imprese, restando irrilevanti sia lo stato soggettivo dell'imprenditore, sia i mezzi negoziali utilizzati per l'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Sul requisito oggettivo per la dichiarazione di fallimento, di sicuro interesse appare Sez. 1, n. 20186/2017, Ferro, Rv. 645215-01, che riferendosi al caso di una banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, precisa che lo stato di insolvenza – la cui sussistenza, ai sensi dell'art. 82, comma 2, del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, deve essere riscontrata con riferimento al momento dell'emanazione del provvedimento di liquidazione – si traduce, sulla base della generale previsione dell'art. 5 l.fall., applicabile in assenza di autonoma definizione, nel venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie per l'espletamento della specifica attività imprenditoriale.

La peculiarità dell'attività bancaria – la quale implica che l'impresa che la esercita disponga di molteplici canali di accesso al reperimento di liquidità per impedire la suggestione della corsa ai prelievi – fa peraltro sì che assuma particolare rilevanza indiziaria, circa il grado di irreversibilità della crisi, il *deficit* patrimoniale, che si connota come dato centrale rispetto sia agli inadempimenti che all'eventuale illiquidità.

Sul termine annuale entro cui può intervenire la dichiarazione di fallimento, va senz'altro evidenziato il contrasto sorto nella giurisprudenza della S.C. a seguito di Sez. 1, n. 05520/2017, Ferro, Rv. 644654-05, secondo cui il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, previsto dall'art. 10 l.fall. ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese e non può trovare, quindi, applicazione per quegli imprenditori che neppure siano stati iscritti nel menzionato registro, in quanto, da un lato, si tratta di beneficio riservato soltanto a coloro che abbiano assolto all'adempimento formale dell'iscrizione, e, dall'altro, i creditori ed il P.M., ai sensi dell'art. 10, comma 2, l.fall., possono dare la prova della data di effettiva cessazione dell'attività d'impresa soltanto nei confronti di soggetti cancellati dal registro delle imprese, d'ufficio o su richiesta, e, quindi, comunque in precedenza necessariamente iscritti.

Siffatta pronuncia si pone in contrasto con altri precedenti di legittimità (da ultimo, Sez. 1, n. 15346/2016, Terrusi, Rv. 640753-01), ove si è affermato che il termine annuale, decorre, tanto per gli

imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese e si applica anche alle società ivi non iscritte, nei confronti delle quali, tuttavia, il bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche, impone d'individuare il *dies a quo* nel momento in cui la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o, comunque, sia stata dagli stessi conosciuta, anche in relazione ai segni esteriori attraverso i quali si è manifestata. L'onere di fornire la prova di tali circostanze spetta al resistente.

Infine, Sez. 6-1, n. 26926/2017, Nazzicone, in corso di massimazione, riafferma che per accertare il superamento della condizione ostativa alla dichiarazione di fallimento prevista dall'art. 15, comma 9, l.fall. non deve aversi riguardo al solo credito vantato dalla parte istante per la dichiarazione di fallimento, ma alla prova, comunque acquisita nel corso dell'istruttoria prefallimentare, dell'esistenza di una esposizione debitoria complessiva superiore ad euro trentamila.

2. Gli organi delle procedure. Sugli organi delle procedure concorsuali, come di consueto, plurime sono le decisioni della S.C., riguardanti in particolare soprattutto i compensi spettanti ai professionisti.

Così, riaffermando l'indirizzo prevalente della S.C., Sez. 1, n. 16856/2017, Fichera, Rv. 644841-01, precisa che il giudice, nel motivare il decreto di liquidazione del compenso al commissario giudiziale, può limitarsi ad indicare quali elementi, tra quelli indicati nell'istanza che lo ha sollecitato, lo abbiano convinto ad assumere il provvedimento richiesto, senza doverli trascrivere tutti nel decreto, essendo comunque tenuto, in ottemperanza all'obbligo di motivazione impostogli dall'art. 111, comma 6, Cost., a dar prova, anche per implicito, di aver considerato tutta la materia controversa.

Secondo Sez. 6-1, n. 19053/2017, Terrusi, Rv. 645683-01, la liquidazione del compenso del curatore fallimentare deve comunque essere specificamente motivata mediante la indicazione dei criteri seguiti, ai sensi dell'art. 39 della l.fall., in relazione alla disciplina regolamentare richiamata (decreto ministeriale 28 luglio 1992, n. 570), risultando altrimenti nullo il decreto di liquidazione.

Assai interessante Sez. 1, n. 25330/2017, Cristiano, Rv. 645846-01, secondo cui il commissario giudiziale, organo cui la l.fall. attribuisce funzioni composite di vigilanza, informazione, consulenza ed impulso finalizzate al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori, non

è soggetto all'obbligo di presentazione del rendiconto, sicché non trova applicazione l'art. 39 l.fall. che subordina la liquidazione del suo compenso all'approvazione del rendiconto, atteso che, se pure ai sensi dell'art. 165 l.fall., al commissario giudiziale si applicano gli artt. 36, 37, 38 e 39 l.fall., il rinvio alle citate disposizioni deve ritenersi effettuato nei limiti in cui esse sono compatibili con le specifiche prerogative dell'organo.

Per Sez. 1, n. 13762/2017, Campese, Rv. 644446-01, il curatore fallimentare che agisca giudizialmente per ottenere il pagamento di una somma già dovuta al fallito esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio di quest'ultimo, collocandosi nella medesima sua posizione, sostanziale e processuale, sicché il terzo convenuto in giudizio dal curatore può legittimamente opporgli tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'imprenditore fallito, comprese le prove documentali e senza i limiti di cui all'art. 2704 c.c. Ne deriva che, in caso di chiusura del fallimento per concordato fallimentare, l'assuntore che prosegua o intraprenda analoghe iniziative giudiziarie verso il terzo viene a trovarsi nella medesima posizione processuale che aveva o avrebbe avuto il curatore.

3. Le revocatorie fallimentari: i presupposti. Anche nel 2017 sono state ancora numerose le pronunce della S.C. in tema di atti pregiudizievoli per la massa dei creditori.

Sez. 6-1, n. 26425/2017, Ferro, in corso di massimazione, si inserisce nel tradizionale orientamento della S.C. secondo cui oggetto della domanda di revocatoria fallimentare non è il bene in sé, 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; ne consegue, non solo che la condanna al pagamento dell'equivalente monetario ben può essere pronunciata dal giudice, anche d'ufficio, in ogni caso in cui risulti impossibile la restituzione del bene, ma anche che la relativa domanda può essere proposta per la prima volta nel giudizio d'appello, in quanto non nuova, ma ricompresa implicitamente nell'azione revocatoria stessa.

Sez. 6-1, n. 18682/2017, Ferro, Rv. 645336-01, ricorda come l'art. 2710 c.c. – che attribuisce efficacia probatoria tra imprenditori, per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, ai libri regolarmente tenuti –, individua l'ambito operativo della sua speciale disciplina nel riferimento, necessariamente collegato, all'imprenditore ed al rapporto di impresa, sicché non può trovare applicazione con

riguardo al curatore del fallimento, il quale, agendo in revocatoria nella sua funzione di gestione del patrimonio del fallito, assume, rispetto ai rapporti tra quest'ultimo ed il creditore, la qualità di terzo.

Sulla prova della *scientia decoctionis*, Sez. 6-1, n. 03299/2017, Genovese, Rv. 643979-01, ribadisce il consolidato orientamento per cui ai fini dell'accertamento della conoscenza dello stato di insolvenza, il giudice può avvalersi di presunzioni semplici, come quella fondata sul fatto che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, una notevole parte della popolazione (ivi inclusa quella che dirige o collabora all'attività d'impresa) sia solita consultare la stampa ed informarsi di quanto essa pubblica, comprese le notizie relative allo stato di dissesto della società poi fallita.

Per Sez. 1, n. 26061/2017, Mercolino, in corso di massimazione, la prova dell'effettiva conoscenza dei sintomi dell'insolvenza, impone di porre in relazione gli indizi globalmente acquisiti circa lo stato di decozione del debitore con la peculiare capacità del terzo, ove si tratti di operatore economico qualificato, di valutare tali elementi nonché di acquisire informazioni non accessibili ai comuni operatori, non assumendo viceversa rilievo lo stato soggettivo del debitore in ordine alla possibilità di far fronte alle obbligazioni assunte.

Talune decisioni si sono occupate specificatamente dei presupposti per le revocatorie fallimentari nell'ambito delle amministrazioni straordinarie.

Sez. 6-1, n. 21516/2017, Genovese, in corso di massimazione, ricorda che l'azione revocatoria fallimentare può essere proposta, ex art. 49 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, dal commissario straordinario «soltanto se è stata autorizzata l'esecuzione di un programma di cessione dei complessi aziendali, salvo il caso di conversione della procedura in fallimento».

Ne consegue che, con riferimento al *dies a quo* per l'esperimento dell'azione, non può trovare applicazione il regime anteriore della legge 3 aprile 1979, n. 95, secondo cui la revocatoria fallimentare è esperibile solo dalla data del decreto che dispone l'apertura della procedura e la nomina del commissario.

Sez. 1, n. 21481/2017, Ceniccola, Rv. 645408-01, ribadisce l'orientamento consolidato secondo cui la l. n. 95 del 1979, sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, è incompatibile con le norme comunitarie – in base alle sentenze della CGUE 1 dicembre 1998 in causa C-200/97, e 17 giugno 1999 in causa C-295/97, all'ordinanza della stessa Corte 24 luglio 2003 in causa C-297/01 e alla decisione della Commissione 16 maggio 2001,

n. 2001/212/CE – non nella sua totalità, ma esclusivamente in relazione a disposizioni che prevedano aiuti di Stato non consentiti ai sensi dell'art. 87 (già art. 92) del Trattato CE, tra i quali non può farsi rientrare la previsione dell'azione revocatoria, essendo priva del requisito della specificità, sotto i due profili della selettività e della discrezionalità, che, alla stregua delle decisioni della Corte di giustizia sopra richiamate, caratterizzano gli aiuti di Stato vietati.

Né costituisce aiuto di Stato la stessa apertura della procedura di amministrazione straordinaria, sotto il profilo che la continuazione dell'impresa, con sacrificio di creditori principalmente pubblici, ed altri vantaggi, con oneri supplementari a carico dello Stato o di enti pubblici, conseguano necessariamente all'ammissione alla procedura: infatti nell'amministrazione straordinaria disciplinata dalla l. n. 95 del 1979, la continuazione dell'impresa, seppure conseguenza normale, non è conseguenza necessaria dell'apertura della procedura, mentre gli altri vantaggi a carico di risorse pubbliche, individuati dalla sentenza della Corte di giustizia 17 giugno 1999, possono essere disapplicati senza incidere sulla possibilità di una gestione liquidatoria (solo in funzione della quale si giustifica l'azione revocatoria) della medesima procedura.

3.1. Gli atti a titolo gratuito e post fallimentari. Da segnalare in tema, senz'altro, Sez. 1, n. 21219/2017, Dolmetta, Rv. 645402-01, secondo cui poiché la riapertura del fallimento costituisce un fenomeno di reviviscenza, ovvero di prosecuzione nel segno dell'unitarietà, della procedura originaria – atteso che la riapertura prescinde dall'accertamento dell'attuale sussistenza dei presupposti del fallimento – il debito assunto dal fallito durante la prima fase del suo fallimento rimane inefficace, ex art. 44 l.fall., rispetto ai creditori anche nella seconda fase, essendo il disposto dell'art. 122 l.fall. riferibile ai soli crediti sorti per l'attività del debitore successiva alla chiusura del suo fallimento, come pure anteriore alla riapertura del medesimo.

3.2. Gli atti negoziali. In tema di revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 1, l.fall., della compravendita stipulata in adempimento di un contratto preliminare anche ad effetti anticipati, Sez. 6-1, n. 07216/2017, Bisogni, Rv. 643651-01, ribadisce che la sproporzione tra le prestazioni va valutata con riferimento al momento della conclusione del contratto definitivo, essendo questo che determina l'effettivo passaggio della proprietà, ed è a tal

momento che occorre riferirsi per la determinazione del valore venale del bene.

Infatti, ancorché siano previsti la consegna del bene ed il pagamento del prezzo prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica di per sé l'anticipazione di tutti gli effetti traslativi del contratto definitivo, se il giudice del merito, ricostruendo la comune intenzione delle parti e valutando il loro comportamento anche successivo al contratto, accerti che trattasi di contratto preliminare solo con alcuni effetti anticipati, in quanto la disponibilità del bene ha luogo nella piena consapevolezza dell'altruità della cosa.

Da segnalare poi, in tema di revocatoria fallimentare di atti costitutivi di titoli di prelazione per debiti preesistenti non scaduti, Sez. 1, n. 27830/2017, Fichera, in corso di massimazione, a tenore della quale la garanzia costituita è inefficace ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 3), l.fall., anche in presenza di altri debiti preesistenti e già scaduti ovvero contestualmente creati nei confronti del titolare della garanzia, restando l'atto pregiudizievole comunque inopponibile alla massa dei creditori per l'intera esposizione debitoria garantita.

3.3. I pagamenti. Merita di essere menzionata anzitutto, fra le decisioni in materia di revocatoria di pagamenti, Sez. U, n. 05054/2017, Bernabai, Rv. 643279-01, che, chiamata a pronunciarsi sulla questione di massima di particolare importanza, ha affermato che il cessionario dell'azienda è obbligato, ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c., alla restituzione conseguente alla revoca fallimentare di un pagamento ricevuto dal cedente anteriormente alla cessione, solo se tale debito risulti dai libri contabili obbligatori, sempre che sussista un'effettiva alterità soggettiva delle parti titolari dell'azienda (non ravvisabile, ad esempio, nelle ipotesi di trasformazione, anche eterogenea, della forma giuridica di un soggetto ed in quella di conferimento dell'azienda di un'impresa individuale in una società unipersonale) e salvo che il cessionario stesso abbia inteso assumere anche il futuro debito derivante dall'esercizio dell'azione revocatoria dei pagamenti risultanti dalla contabilità aziendale.

Sul dibattuto tema della revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario, va segnalata anzitutto Sez. 1, n. 19751/2017, Di Virgilio, Rv. 645190-01, secondo cui la banca che eccepisce la natura non solutoria della rimessa, per l'esistenza alla data della stessa di un contratto di apertura di credito, non può fondare la relativa prova sulle sole risultanze dell'estratto del libro fidi, il quale, al più, attesta l'esistenza della delibera della banca alla concessione di un finanziamento; né tale conclusione viola l'art. 2710 c.c. – il quale

dispone che i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa – presupponendo l'applicazione della norma in parola che le risultanze delle quali la parte intende avvalersi siano contenute in uno dei libri contabili obbligatori.

Sempre Sez. 1, n. 19751/2017, Di Virgilio, Rv. 645190-02, afferma che per escludere la revocabilità delle rimesse in conto corrente bancario in quanto dipendenti da operazioni bilanciate, è necessario il venir meno della funzione solutoria delle stesse, in virtù di accordi intercorsi tra il *solvens* e l'*accipiens*, che le abbiano destinate a costituire la provvista di coeve o prossime operazioni di pagamenti o prelievi mirati in favore di terzi o del cliente stesso, in modo tale da poter negare che la banca abbia beneficiato dell'operazione sia prima, all'atto della rimessa, sia dopo, all'atto del suo impiego; la prova dell'esistenza dei predetti accordi, che giovino a caratterizzare la rimessa, piuttosto che come operazione di rientro, come una specifica provvista per una operazione speculare a debito, in relazione ad un ordine ricevuto ed accettato o ad una incontestata manifestazione di volontà, ove non derivi da un atto scritto, può anche essere desunta da *facta concludentia*, purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale.

Sez. 1, n. 23597/2017, Nazzicone, Rv. 645536-01, ribadisce poi che le rimesse effettuate dal terzo non sono revocabili, quando risulti che il relativo pagamento non sia stato eseguito con danaro del fallito e che il terzo, utilizzatore di somme proprie, non abbia proposto azione di rivalsa verso l'imprenditore prima della dichiarazione di fallimento, né che abbia così adempiuto un'obbligazione relativa ad un debito proprio, sicché il creditore convenuto in revocatoria è onerato della sola prova della provenienza del pagamento dal terzo, configurandosi la relativa allegazione come un'eccezione in senso proprio, mentre invece incombe sul curatore, una volta accertata l'avvenuta effettuazione di detto pagamento, la dimostrazione, anche mediante presunzioni semplici, che la corrispondente somma sia stata fornita dal fallito.

Sez. 1, n. 26062/2017, Dolmetta, Rv. 645938-01, afferma che sebbene la fideiussione e il contratto autonomo costituiscano figure di garanzia fra loro diverse, ciò non comporta che le stesse debbano essere diversamente regolate in relazione ad ogni profilo di disciplina.

Ne consegue che, poiché il pagamento effettuato dal garante autonomo, in adempimento del proprio obbligo di garanzia, produce effetti identici a quello effettuato dal fideiussore, trattandosi in

entrambi i casi del pagamento di un terzo avuto riguardo al rapporto tra debitore principale e creditore garantito, detto pagamento è revocabile ex art. 67, comma 2, l.fall., al ricorrere di identici presupposti, sia oggettivi (pagamento e regresso), che soggettivi.

Su mezzi anormali di pagamento oggetto di revocatoria, Sez. 1, n. 26063/2017, Dolmetta, Rv. 645940-01, precisa che la cessione di credito, se effettuata in funzione solutoria di un debito scaduto ed esigibile, si caratterizza come anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro od altri titoli di credito equivalenti, in quanto il relativo processo satisfattorio non è usuale, alla stregua delle ordinarie transizioni commerciali, ed è suscettibile di revocatoria fallimentare anche se pattuita contestualmente alla concessione di un ulteriore credito al cedente che versi già in posizione debitoria nei confronti del cessionario, dovendosene escludere la revocabilità solo quando sia stata prevista come mezzo di estinzione contestuale al sorgere del debito che venga così estinto.

Sez. 6-1, n. 26927/2017, Nazzicone, in corso di massimazione, a sua volta, afferma che la *datio in solutum*, attuata mediante la cessione di beni con imputazione del prezzo a compensazione di un debito scaduto, costituisce modalità anomala di estinzione dell'obbligazione ed è quindi assoggettabile all'azione revocatoria ordinaria promossa dal curatore ex art. 66 l.fall., sottraendosi all'inefficacia ai sensi dell'art. 2901, comma 3, c.c. solo l'adempimento di un debito scaduto in senso tecnico e non un atto discrezionale, dunque non dovuto, come la predetta cessione, in cui l'estinzione dell'obbligazione è l'effetto finale di un negozio soggettivamente ed oggettivamente diverso da quello in virtù del quale il pagamento è dovuto.

4. I rapporti pendenti. Numerose ancora le decisioni che affrontano il tema dei preliminari di vendita immobiliari.

Sez. 1, n. 10811/2017, Bernabai, Rv. 64387901, afferma che l'esercizio, da parte del curatore del fallimento del promissario acquirente, della facoltà di scioglimento dal contratto preliminare di vendita pendente, ex art. 72 l.fall. (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006), non richiede, a differenza della contraria facoltà di subentrarvi, un negozio formale, né la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, trattandosi di una prerogativa discrezionale, rimessa all'autonomia del curatore stesso, mentre il promittente venditore *in bonis* ha l'onere di dichiarare formalmente la propria volontà di eseguire il contratto mediante invito-diffida a presentarsi dinanzi al notaio, eventualmente

richiedendo, in caso di risposta negativa, l'esecuzione in forma specifica del contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Sez. 1, n. 19010/2017, Fichera, Rv. 645082-01, chiarisce come il curatore del fallimento possa esercitare legittimamente il potere di scioglimento ex art. 72 l.fall. nel caso di domanda ex art. 2932 c.c., che sia stata accolta con sentenza trascritta nei registri immobiliari dopo la dichiarazione di fallimento, quando il giudizio si è svolto in contraddittorio con il solo fallito successivamente alla sua dichiarazione di fallimento, poiché in tal caso la sentenza è radicalmente inopponibile alla curatela, con preclusione dell'effetto prenotativo derivante dalla trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.

Sez. 1, n. 19754/2017, Ceniccola, Rv. 645193-01, ribadisce il principio a tenore del quale la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita stipulato dal fallito e non ancora eseguito, ai sensi dell'art. 72, comma 4, l.fall., può essere esercitata fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino all'esecuzione del contratto preliminare attraverso la stipula di quello definitivo, ovvero fino al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., e dunque anche nel giudizio di appello; il limite alla proponibilità delle eccezioni in senso proprio, previsto dall'art. 345 c.p.c., non assume infatti rilevanza rispetto al compimento dell'atto in esame, il quale costituisce esercizio di un diritto potestativo di carattere sostanziale e manifestazione di una scelta discrezionale spettante al curatore, che opera direttamente sul contratto e può essere effettuata anche in sede stragiudiziale senza vincoli di forma.

Sez. 1, n. 23583/2017, Ceniccola, Rv. 645787-01, esclude che la curatela fallimentare possa sciogliersi dal contratto preliminare stipulato dalla società *in bonis* avente ad oggetto un immobile abusivo sottoposto a confisca ex legge 28 febbraio 1985 n. 47 ed acquisito al patrimonio del Comune, atteso che, stante la natura originaria e non derivativa dell'acquisto da parte dell'ente pubblico, è solo quest'ultimo il soggetto avente diritto alla restituzione del bene, con conseguente inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c., non ricorrendo il fenomeno della successione a titolo particolare nel diritto controverso e competendo i diritti, di natura reale e patrimoniale, inerenti al bene non alla curatela ma all'ente pubblico beneficiario del provvedimento acquisitivo, essendo in ogni caso irrilevante l'eventuale godimento da parte del possessore dell'immobile nonostante la condizione di irregolarità urbanistica dello stesso.

In tema di rapporti pendenti, di interesse appare Sez. 6-1, n. 25054/2017, Mercolino, in corso di massimazione, che ricorda come

l'art. 83 bis l.fall. si limiti a disporre che, qualora in pendenza di arbitrato sia dichiarato il fallimento di una delle parti del contratto cui accede la clausola compromissoria, il relativo procedimento diviene improseguibile ove il rapporto negoziale sia sciolto secondo le disposizioni di cui agli artt. 72 ss. l.fall.; la norma non trova, pertanto, applicazione nella diversa ipotesi in cui, non constando la pendenza di un procedimento arbitrale, una cooperativa aderente ad un consorzio ne sia esclusa in virtù di una norma statutaria che tanto preveda per il caso di fallimento della consorziata.

5. La formazione dello stato passivo. Sull'assai ricorrente problematica della data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, vanno segnalate:

- Sez. 6-1, n. 05346/2017, Scaldaferrì, Rv. 643976-01, a tenore della quale se la scrittura privata non autenticata forma un corpo unico con il foglio sul quale è impresso il timbro, la data risultante da quest'ultimo deve ritenersi data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio deve considerarsi equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita. Grava allora sul curatore che contesti la certezza della data di provare la redazione del contenuto della scrittura in un momento diverso, bastando a tal fine la prova contraria e non occorrendo il ricorso alla querela di falso.

- Sez. 6-1, n. 23281/2017, Mercolino, Rv. 645474-01, ribadisce che nel caso di scrittura privata non autenticata, può essere ritenuta la certezza della data solo nel caso in cui la scrittura formi un corpo unico con il foglio sul quale è impresso il timbro postale, perché la timbratura eseguita da un pubblico ufficiale equivale ad attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita.

- Sez. 6-1, n. 26115/2017, Cristiano, in corso di massimazione, precisa che per i crediti da forniture, la mancanza di data certa dei documenti attestanti la consegna della merce, non è di ostacolo all'ammissione della prova per testi ovvero all'ordine di esibizione di documenti, tesi a dimostrare un fatto idoneo a stabilire in modo ugualmente certo l'anteriorità della fornitura rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Sul tema della compensazione fra crediti e debiti in sede fallimentare, Sez. 1, n. 22277/2017, Campese, Rv. 645782-01, afferma che se il debitore ha ottenuto l'ammissione al concordato preventivo, la compensazione tra i suoi debiti ed i crediti da lui vantati

nei confronti dei creditori postula, ai sensi dell'art. 56 l.fall. (richiamato dall'art. 169 l.fall.), che i rispettivi crediti siano preesistenti all'apertura della procedura concorsuale. Siffatta compensazione, pertanto, non può operare nell'ipotesi in cui il debitore abbia conferito ad una banca, anche di fatto, un mandato all'incasso di un proprio credito, e la banca abbia ritenuto di compensare il relativo importo con crediti da essa vantati. A differenza della cessione di credito, infatti, il mandato all'incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, bensì l'obbligo di quest'ultimo di restituire al mandante la somma riscossa, e tale obbligo non sorge al momento del conferimento del mandato, ma soltanto all'atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest'ultima abbia avuto luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione. Tuttavia, qualora la banca abbia trattenuto le somme rimosse invocando la compensazione, e non le abbia perciò rese alla procedura, l'istituto di credito potrà essere ammesso al passivo solo limitatamente alle somme di cui risulti ancora creditore all'esito della compensazione.

5.1. I privilegi. Sulla vasta tematica dei crediti privilegiati, ancora una volta vanno segnalate decisioni in tema di impresa artigiana.

Così Sez. 1, n. 13887/2017, Nazzicone, Rv. 644325-01, ricorda che ai fini dell'ammissione di un credito come privilegiato ai sensi dell'art. 2751 *bis*, n. 5, c.c., nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alla novella introdotta dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla legge 4 aprile 2012, n. 35, la natura artigiana dell'impresa va valutata esclusivamente in relazione al concetto di prevalenza del lavoro evocato dall'art. 2083 c.c., mentre sono irrilevanti la sua iscrizione nell'albo delle imprese artigiane di cui all'art. 5 della legge 8 agosto 1985, n. 443 ed il non superamento delle soglie di fallibilità ex art. 1 l.fall.

A sua volta, Sez. 6-1, n. 21703/2017, M. Di Marzio, Rv. 64574801, afferma che agli effetti del riconoscimento del privilegio di cui al testo previgente dell'art. 2751 *bis*, n. 5, c. c., allorché i valori numerici del capitale risultino esuberanti rispetto al fattore lavoro, il giudice di merito può assegnare la prevalenza al lavoro solo quando la particolare qualificazione dell'attività professionale

dell'imprenditore assuma un significato tale da risultare il connotato dell'impresa.

Il credito dell'agente per indennità suppletiva di clientela, non avendo natura retributiva ma configurandosi come un compenso indennitario volto a ristorare l'agente del pregiudizio (diverso da quello derivante dalla mancata percezione delle provvigioni, derivante dalla perdita della clientela), secondo Sez. 6-1, n. 18692/2017, Mercolino, in corso di massimazione, non gode del privilegio previsto dall'art. 2751 *bis*, n. 3, c.c., il cui fondamento è quello di rafforzare la tutela dei crediti derivanti dalla prestazione di lavoro autonomo o parasubordinato e destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia.

Per Sez. 1, n. 19944/2017, Di Virgilio, Rv. 645206-01, i contributi dovuti ad un'associazione sindacale, determinati mediante ritenuta percentuale sulla retribuzione dei lavoratori, propri iscritti, dipendenti dell'imprenditore fallito, non godono di collocazione privilegiata, ex art. 2751 *bis*, n. 1, c.c., qualora il relativo credito non sorga a seguito di cessione della quota di retribuzione da parte dei lavoratori in favore dell'associazione, bensì in virtù di delegazione di debito, stante in questo caso l'inapplicabilità dell'art. 1263 c.c.

Ancora secondo Sez. 1, n. 20390/2017, Di Virgilio, Rv. 645217, il privilegio previsto dall'art. 2751 *bis*, n. 1, c.c. va riconosciuto tenendo conto della natura retributiva delle somme oggetto della relativa domanda, che va quindi riconosciuta agli accantonamenti destinati al pagamento di ferie, gratifiche natalizie e festività infrasettimanali che il datore di lavoro ha l'obbligo di versare alla Cassa Edile.

Al contrario, per i contributi dovuti dal datore di lavoro e dai lavoratori alla Cassa medesima, che sono finalizzati a dotare la Cassa di previdenza delle disponibilità economiche necessarie per il conseguimento dei propri fini istituzionali non può dunque riconoscersi natura retributiva e, conseguentemente, l'ammissione al concorso in via privilegiata.

Sez. 1, n. 21482/2017, Ceniccola, Rv. 645409-01, afferma che il credito del procuratore antistatario gode del privilegio previsto dall'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c. solo allorché l'attività professionale sia stata svolta per conto ed a favore del fallito e non anche quando il credito, pur se opponibile al fallimento, nasca da un'attività posta in essere per conto di un soggetto differente.

Di sicuro interesse, Sez. 1, n. 21841/2017, Campese, Rv. 645417-01, a tenore della quale l'art. 9, comma 5, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 123, in tema di interventi a sostegno

pubblico delle imprese, che riconosce il privilegio generale ai crediti dello Stato per la restituzione dei “finanziamenti” erogati, trova applicazione anche per i contributi che siano stati concessi a fondo perduto, atteso che una volta risultate frustrate le finalità proprie degli interventi a sostegno delle imprese, deve comunque trovare adeguata protezione l'interesse pubblico al reimpiego delle risorse messe a loro disposizione.

Nel caso di convenzione stipulata con un soggetto privato, poi fallito, da una ASL che abbia così autorizzato i propri dipendenti allo svolgimento di attività didattica retribuita in orario non lavorativo, secondo Sez. 1, n. 23584/2017, Ceniccola, Rv. 645535, deve essere riconosciuta la natura privilegiata ex art. 2751 bis, n. 2, c.c. del relativo credito, poiché tali attività sono da ritenere prestazione di opera professionale, sebbene il credito sia fatto valere da un soggetto diverso dal prestatore, sempre che ricorra la prova della riferibilità del medesimo alla prestazione svolta personalmente dal professionista dipendente della ASL.

Sul privilegio in tema di rapporti di agenzia, Sez. 1, n. 25639/2017, Scaldaferrì, in corso di massimazione, riafferma che l'art. 2751 *bis*, n. 3, c.c., inserito dall'art. 2 della legge 29 luglio 1975, n. 426, deve essere interpretato, in conformità con l'art. 3 Cost. ed in sintonia con la *ratio* della stessa disposizione codicistica (consistente nel riconoscere una collocazione privilegiata a determinati crediti in quanto derivanti dalla prestazione di attività lavorativa svolta in forma subordinata o autonoma e, perciò, destinati a soddisfare le esigenze di sostentamento del lavoratore), nel senso che il privilegio dei crediti ivi previsto non assiste quelli per provvigioni spettanti alla società di capitali che eserciti l'attività di agente.

5.2. La prededuzione. In deciso aumento le pronunce della S.C. che affrontano il tema dei crediti prededucibili.

Sez. 6-1, n. 01034/2017, Di Virgilio, Rv. 642782-01, chiarisce che il credito da rivalsa IVA di un professionista che, eseguite prestazioni a favore di imprenditore poi dichiarato fallito ed ammesso per il relativo capitale allo stato passivo in via privilegiata, emetta la fattura per il relativo compenso in costanza di fallimento, non è qualificabile come credito di massa, da soddisfare in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 1, l.fall., in quanto la disposizione dell'art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, secondo cui le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo, non pone una regola generale rilevante in ogni campo del diritto, ma individua solo il momento in

cui l'operazione è assoggettabile ad imposta e può essere emessa fattura (in alternativa al momento di prestazione del servizio), cosicché, in particolare, dal punto di vista civilistico la prestazione professionale conclusasi prima della dichiarazione di fallimento resta l'evento generatore anche del credito di rivalsa IVA, autonomo rispetto al credito per la prestazione, ma ad esso soggettivamente e funzionalmente connesso. Il medesimo credito di rivalsa, non essendo sorto verso la gestione fallimentare, come spesa o credito dell'amministrazione o dall'esercizio provvisorio, può giovare del solo privilegio speciale di cui all'art. 2758, comma 2, c.c., nel caso in cui sussistano beni – che il creditore ha l'onere di indicare in sede di domanda di ammissione al passivo – su cui esercitare la causa di prelazione. Nel caso, poi, in cui detto credito non trovi utile collocazione in sede di riparto, nemmeno è configurabile una fattispecie di indebito arricchimento, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in relazione al vantaggio conseguibile dal fallimento mediante la detrazione dell'IVA di cui alla fattura, poiché tale situazione è conseguenza del sistema di contabilizzazione dell'imposta e non di un'anomalia distorsiva del sistema concorsuale.

In ordine ai crediti vantati dal subappaltatore di impresa dichiarata fallita, prima Sez. 6-1, n. 07392/2017, Bisogni, Rv. 644602 e poi Sez. 1, n. 15479/2017, Nappi, Rv. 64466501, ricordano che ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall'art. 111 l.fall., va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e, dunque, risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare, attuando la prededucazione un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio. Ne consegue che il credito del subappaltatore della società appaltatrice poi fallita può essere ammesso in prededucazione solo se ed in quanto esso comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro ed indubbio vantaggio conseguente al pagamento della committente P.A., la quale subordini il suo pagamento di una maggior somma alla quietanza del subappaltatore

in ordine al proprio credito, ai sensi dell'art. 118, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Sez. L, n. 19701/2017, D'Antonio, Rv. 645592-01, precisa che il credito lavorativo maturato tra la dichiarazione dello stato di insolvenza del datore di lavoro e la data di risoluzione del rapporto non grava sul datore medesimo e, quindi, sul Fondo di garanzia gestito dall'Inps, bensì sull'amministrazione straordinaria, e può essere soddisfatto in prededuzione, quindi con precedenza rispetto a tutti i crediti concorsuali, rientrando tra i crediti che si caratterizzano per essere funzionalmente collegati all'attività di amministrazione e di liquidazione del patrimonio del fallito, poiché sorti a seguito di atti compiuti dal curatore dopo la dichiarazione di fallimento.

Sez. 1, n. 22274/2017, Cristiano, Rv. 645517-01, pronunciata in un caso di esercizio provvisorio dell'impresa fallita, disposto ex art. 104 l.fall., chiarisce che per i contratti ad esecuzione continuata o periodica pendenti al momento della dichiarazione di fallimento, i relativi crediti maturati *ante* fallimento, sono o meno prededucibili, a seconda che, al termine dell'esercizio provvisorio, il curatore abbia scelto di subentrare o sciogliersi dal contratto, mentre solo quelli maturati in pendenza di esercizio provvisorio sono sempre prededucibili, al pari di quelli, successivi al termine dell'esercizio provvisorio, in caso di subentro nel contratto da parte del curatore. Infatti, l'eccezionalità delle disposizioni dettate dalla legge per i contratti di durata, ex artt. 74 e 82 l.fall., in ragione dell'indivisibilità delle prestazioni, con il diritto alla prededuzione dei crediti anche preesistenti va temperata con la *ratio* della disciplina dell'esercizio provvisorio, che limita la stessa prededucibilità quando la prosecuzione del rapporto è l'effetto diretto del provvedimento giudiziale, non della scelta del curatore.

Sulla prededuzione invocata per i crediti sorti nel corso di una procedura di concordato preventivo poi sfociata in fallimento, vanno ricordate:

- Sez. 6-1, n. 3218/2017, Lamorgese, Rv. 64325501, la quale afferma che il credito del professionista che ha predisposto la documentazione necessaria per l'ammissione al concordato preventivo non è prededucibile nel successivo fallimento, ove l'ammissione alla procedura minore sia stata revocata per atti di frode dei quali il professionista stesso sia stato a conoscenza, posto che, in tale ipotesi, non solo la prestazione svolta non è stata di alcuna utilità per la procedura, ma si è rivelata addirittura potenzialmente dannosa per i creditori, tenuto conto della erosione del patrimonio a

disposizione della massa per effetto della continuazione dell'attività di impresa.

- Sez. 6-1, n. 05662/2017, Genovese, Rv. 644378 01, secondo cui il credito relativo al mutuo contratto dal debitore ai fini del deposito dell'acconto per le spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ai sensi dell'art. 163, comma 2, n. 4, l.fall., può essere soddisfatto in prededuzione, ai sensi dell'art. 182 *quater*, comma 2, l.fall., purché ricorrano le condizioni ivi previste, consentendo in tal modo ai creditori ammessi al voto le necessarie valutazioni circa la convenienza del concordato e di formulare una ragionevole prognosi sulle effettive possibilità di adempimento.

6. La liquidazione dell'attivo. Sicuramente merita di essere menzionata Sez. 1, n. 03310/2017, Bernabai, Rv. 643868 02, la quale giunge, per la prima volta in sede di legittimità, ad affermare che in tema di vendita fallimentare, anche se attuata nelle forme contrattuali e non tramite esecuzione coattiva, trova applicazione l'art. 108, comma 2, l.fall., con la conseguente cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione ad opera del giudice delegato ed ammissione del creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato, sull'intero prezzo pagato, ivi compreso l'acconto eventualmente versato al venditore ancora *in bonis*.

7. Il concordato preventivo: questioni sostanziali. In ordine ai presupposti oggettivi per l'ammissibilità del concordato, di sicuro rilievo appaiono talune decisioni della S.C. intervenute dopo il noto arresto delle Sezioni Unite del 2016 (Sez. U, n. 26988/2016, Nappi, Rv. 64180901), in tema di falcidiabilità dei crediti IVA e di transazione fiscale.

Così Sez. 1, n. 01337/2017, Didone, in corso di massimazione, ribadisce che la previsione dell'infalcidiabilità del credito per le ritenute fiscali operate e non versate, di cui all'art. 182 *ter*, comma 1, l.fall. trova applicazione solo nell'ipotesi speciale di proposta di concordato preventivo che sia accompagnata da una transazione fiscale e non anche quando ricorra la fattispecie generale di concordato senza transazione fiscale.

Sez. 1, n. 21474/2017, Fichera, Rv. 645514 01, chiarisce come nel caso di concordato preventivo con transazione fiscale, la regola della cd. infalcidiabilità dell'IVA trova applicazione anche nelle proposte ex art. 182 *ter* l.fall. nel testo originario, prima della novella operata dal decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, conv. con mod. dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e dunque in relazione al periodo

decorrente dal 16 luglio 2008 al 28 novembre 2008. Ciò in applicazione delle decisioni del Consiglio dell'Unione europea 2000/597/CE, 2000/436/CE, 2014/335/UE, Euratom e del disposto degli artt. 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva del Consiglio dell'UE n. 2006/112/CE, secondo le quali tutti gli Stati membri devono adottare le misure legislative e amministrative atte a garantire il prelievo integrale dell'IVA nei loro territori, essendo dunque ammissibile solo ed esclusivamente una mera dilazione nel pagamento di tale imposta, proprio perché già rappresentava risorsa dell'Unione Europea.

PARTE SETTIMA
DIRITTO TRIBUTARIO

CAPITOLO XXIII

L'ACCERTAMENTO
(DI SALVATORE LEUZZI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sottoscrizione dell'avviso di accertamento. – 3. Le notificazioni. – 4. Il contraddittorio e le garanzie. – 5. I termini. – 6. I dati utilizzabili. – 7. La motivazione. – 8. La rettifica. – 9. L'accertamento induttivo. – 10. L'accertamento standardizzato. – 11. L'accertamento con adesione.

1. Premessa. L'accertamento dei tributi è stato oggetto di varie pronunce della S.C. che, nel corso del 2017, talvolta si è mossa nel solco dei paradigmi ermeneutici propri degli orientamenti precedenti, pur senza trascurare opportuni approfondimenti, talaltra ha colto ed enucleato nuovi ed emergenti profili.

2. La sottoscrizione dell'avviso di accertamento. Sez. 6-T, n. 09602/2017, Crucitti, Rv. 643797-01, ha chiarito che la questione relativa all'inesistenza dell'avviso di accertamento, perché sottoscritto da un funzionario illegittimo, non può essere prospettata per la prima volta in sede di appello ma, per la particolare natura del processo tributario, deve trovare ingresso solo con l'originario ricorso.

Sez. 6-T, n. 20628/2017, Napolitano, Rv. 645047-01, ha settorialmente affermato che nel contesto dei tributi regionali e locali, qualora l'atto di liquidazione o di accertamento sia prodotto mediante sistemi informativi automatizzati, la sottoscrizione di esso può essere legittimamente sostituita, ai sensi dell'art. 1, comma 87, della legge 28 dicembre 1995 n. 549, dall'indicazione a stampa del nominativo del soggetto responsabile, individuato da apposita determina dirigenziale.

3. Le notificazioni. Su un piano generale Sez. 6.T, n. 05369/2017, Manzon, Rv. 643479-01, ha sostenuto che la proposizione della mera eccezione di omessa notificazione dell'avviso di accertamento presupposto dell'atto impositivo non equivale a quella di nullità della notificazione medesima, non sussistendo una relazione di continenza tra l'inesistenza ed i vizi di nullità del procedimento notificatorio.

Sez. T, n. 08039/2017, Gentili, Rv. 643614-01, ha significativamente asserito la validità della notificazione dell'atto impositivo eseguita dall'ufficiale giudiziario o da altro soggetto abilitato mediante consegna dell'atto a mani proprie del destinatario, ovunque rinvenuto, anche in luogo diverso dal suo domicilio fiscale o dalla sua residenza anagrafica.

Sez. 6-T, n. 18318/2017, Napolitano, Rv. 645326-01, ha significativamente evidenziato che, in tema di procedimento notificatorio dell'accertamento tributario, l'invalidità della notifica, eseguita con le modalità di cui all'art. 140 c.p.c., presso il domicilio fiscale del contribuente, consegue quando vi sia stata, da parte di quest'ultimo, una valida elezione di domicilio –ai sensi dell'art. 60, primo comma, lett. d), del d.P.R. n. 600 del 1973 –risultante da una espressa comunicazione effettuata al competente ufficio a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento ovvero in via telematica con modalità stabilite con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate.

Importante si mostra la puntualizzazione offerta da Sez. T, n. 19795/2017, Sandrini, Rv. 645295-01, che in tema di atti impositivi, ritiene debba intendersi sanata per raggiungimento dello scopo la nullità della notificazione dell'avviso di accertamento, effettuata mediante consegna al portiere dello stabile, ai sensi dell'art. 139 c.p.c., richiamato dall'art. 60 del d.P.R. n. 600 del 1973, senza che nella relazione di notificazione vi sia l'attestazione del tentativo di consegna alle altre persone preferenzialmente indicate, qualora sia provata la ricezione della raccomandata contenente la notizia dell'avvenuta notificazione. Quest'ultima non è, invero, soggetta alle disposizioni in materia di notificazioni a mezzo posta, ma solo al regolamento postale, sicché, ai fini della sua validità, è sufficiente che il plico sia consegnato al domicilio del destinatario e che il relativo avviso di ricevimento sia sottoscritto dalla persona rinvenuta dall'ufficiale postale, non essendo necessario che da esso risulti anche la qualità del consegnatario o la sua relazione con il destinatario.

In ambito di imposte dirette, Sez. 6-T, n. 14204/2017, Solaini, Rv. 644590-01, ha affermato la validità della notificazione di un avviso di accertamento effettuata, ai sensi degli artt. 60, comma 1, lett. e), del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e 140 c.p.c., mediante deposito dell'atto nella casa comunale del domicilio fiscale, qualora lo stesso contribuente, benché trasferitosi all'estero, non abbia eletto domicilio – prima del perfezionamento della notifica –secondo le formalità di cui alle lett. d) ed e) – bis dell'art. 60 suddetto.

Merita, poi, segnalare che Sez. 6-T, n. 13248/2017, Mocci, Rv. 644935-01, ha ritenuto che alla stregua della disciplina dettata dal codice civile con riguardo alla solidarietà fra coobbligati, applicabile – in mancanza di specifiche deroghe di legge – anche alla solidarietà tra debitori d'imposta, l'avviso di accertamento validamente notificato solo ad alcuni condebitori spiega, nei loro confronti, tutti gli effetti che gli sono propri, mentre, nei rapporti tra l'Amministrazione finanziaria e gli altri condebitori, cui non sia stato notificato o sia stato invalidamente notificato, lo stesso, benché inidoneo a produrre effetti che possano comportare pregiudizio di posizioni soggettive dei contribuenti, quali il decorso dei termini di decadenza per insorgere avverso l'accertamento medesimo, determina pur sempre l'effetto conservativo d'impedire la decadenza per l'Amministrazione dal diritto all'accertamento, consentendole di procedere alla notifica, o alla sua rinnovazione, anche dopo lo spirare del termine all'uopo stabilito.

Nel quadro delle procedure concorsuali, Sez. 6-T, n. 11276/2017, Conti, Rv. 644167-01, ha chiarito che la notifica di un atto fiscale diretto ad una società in concordato preventivo ed eseguita nei confronti del commissario giudiziale, anziché del liquidatore legale rappresentante, è affetta da nullità ma non è inesistente, perché la consegna è stata fatta a persona non del tutto estranea all'ente destinatario.

D'impatto è anche il principio espresso da Sez. 6-T, n. 10967/2017, Vella, Rv. 644162-01, ad avviso della quale, ai sensi dell'art. 60, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973 (come modificato dall'art. 37, comma 27, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv., con modif., dalla l. 4 agosto 2006, n. 248), le variazioni e modificazioni dell'indirizzo del contribuente persona fisica non risultanti dalla dichiarazione annuale hanno effetto dal trentesimo giorno successivo a quello dell'avvenuta variazione anagrafica, sicché è regolare la notifica dell'atto effettuata entro il predetto termine dilatorio al precedente luogo di residenza del contribuente.

Riproduttiva di un principio sedimentato si palesa Sez. 6T, n. 11134/2017, Manzon, Rv. 643966-01, nel chiarire che l'omessa riproduzione della relazione di notifica nella copia dell'avviso di accertamento consegnata al destinatario non comporta l'inesistenza della notificazione, ove non sorgano contestazioni circa l'esecuzione della stessa come indicata nell'originale dell'atto, né la nullità, prevista, invece, nella diversa ipotesi di difformità del contenuto delle due relate, bensì una mera irregolarità.

Nel solco di un avviso in precedenza espresso si colloca anche Sez. T, n. 10079/2017, La Torre, Rv. 643774-01, la quale ha spiegato che le condizioni di validità dell'atto impositivo, quali prescritte dalle relative norme, vanno tenute rigorosamente distinte (logicamente e cronologicamente) dalle condizioni di validità della sua notificazione e che, pertanto, l'irritualità della notificazione può essere fatta valere dal contribuente unicamente al fine di eccepire la decadenza dell'amministrazione dalla possibilità di esercitare la pretesa tributaria, o la prescrizione dell'azione, ovvero al fine di dimostrare la tempestività dell'impugnazione dell'atto, in quanto altrimenti il contribuente non ha interesse a dedurre un vizio della notificazione che non ridonda, di per sé, in vizio dell' avviso di accertamento.

Va segnalato che Sez. 6-T, n. 06788/2017, Iofrida, Rv. 643482-01, ha puntualizzato che la notificazione degli avvisi e degli atti tributari impositivi va eseguita ai sensi dell'art. 140 c.c. solo ove sia conosciuta la residenza o l'indirizzo del destinatario che, per temporanea irreperibilità, non sia stato rinvenuto al momento della consegna dell'atto, mentre va effettuata ex art. 60, lett. e), del d.P.R. n. 600 del 1973 quando il notificatore non reperisca il contribuente perché trasferitosi in luogo sconosciuto, sempre che abbia accertato, preve ricerche, attestate nella relata, che il trasferimento non sia consistito nel mero mutamento di indirizzo nell'ambito dello stesso comune del domicilio fiscale.

Di particolare pregnanza anche il principio esplicitato da Sez. T, 02868/2017, Taddei, Rv. 642888-01, in base al quale, l'art. 60 del d.P.R. n. 600 del 1973, pur rinviando alla disciplina del codice di procedura civile, richiede, a differenza di quanto disposto dall'art. 139, comma 2, c.p.c., anche ove l'atto sia consegnato nelle mani di persona di famiglia, l'invio della raccomandata informativa quale adempimento essenziale della notifica dell'avviso di accertamento che sia eseguita dai messi comunali o dai messi speciali autorizzati dall'ufficio delle imposte.

Sez. 6-T, n. 02030/2017, Conti, Rv. 643200-01, ha ritenuto che la notificazione degli atti tributari, ove effettuata tramite richiesta al comune di provvedervi a mezzo di messo comunale, si perfeziona per l'Amministrazione finanziaria con la consegna dell'atto al comune e non al messo comunale, che s'incardina nell'ente territoriale, per cui è da tale momento che decorre il termine di decadenza dell'azione impositiva, essendo, invece, irrilevante la materiale ricezione dell'atto da parte di quel messo.

Sez. 6-T, n. 20256/2017, Solaini, Rv. 645332-01, ha efficacemente chiarito che in tema di notifica degli atti impositivi a

persona non residente, né dimorante, né domiciliata nella Repubblica, l'art. 60, comma 4, del D.P.R. n. 600 del 1973, previsto per la notifica degli atti impositivi che accertano un maggior credito erariale, costituisce norma speciale rispetto all'art. 142 c.p.c., con la conseguenza che per il contribuente residente all'estero, in paese della UE o extra UE, la notifica è validamente effettuata anche mediante spedizione di lettera raccomandata con avviso di ricevimento all'indirizzo della residenza estera rilevato dai registri dell'Anagrafe degli italiani residenti all'estero.

In un campo specifico ha inciso Sez. T, n. 23389/2017, Nonno, Rv. 645904-01 evidenziando che l'accettazione con beneficio d'inventario da parte del minore, comporta che l'accettante, a parte la distinzione del patrimonio del defunto da quello dell'erede ex art. 490, comma 1, c.c., divenga erede a tutti gli effetti di legge e, in quanto tale, soggetto passivo d'imposta, tanto da essere pienamente legittimato a ricevere la notifica dell'avviso di accertamento emesso in relazione a redditi non dichiarati dal *de cuius*.

Un'incidenza settoriale di rilievo si scorge anche in Sez. T, 01525/2017, Stalla, Rv. 642434-01, secondo cui l'Amministrazione finanziaria, in relazione ai rapporti tributari derivanti dall'attività del rappresentante, non rientra tra i terzi nei cui confronti sussiste l'onere ex art 1396 c.c. di render note le modificazioni e la revoca della procura, sicché, dopo la morte del rappresentato, che estingue il mandato, l'avviso di accertamento non può essere notificato al rappresentante, pur se quest'ultimo non abbia effettuato alcuna comunicazione.

4. Il contraddittorio. Sez. 6-T, n. 24636/2017, Conti R., in corso di massimazione, ha avuto modo di osservare che le garanzie previste dall'art. 12, comma 7, della l. 27 luglio 2000, n. 212 (cd. Statuto del contribuente), operano esclusivamente in relazione agli accertamenti conseguenti ad accessi, ispezioni e verifiche fiscali effettuate nei locali ove si esercita l'attività imprenditoriale o professionale del contribuente, sia pure accompagnati da contestuali indagini finanziarie avviate per via telematica e con consegna di ulteriore documentazione da parte dell'accertato; esse prescindono dal fatto che l'operazione abbia comportato contestazione di violazioni fiscali. Nel caso di specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato illegittimo, per violazione del diritto di difesa nella fase procedimentale, l'avviso di accertamento relativo ad omesse contribuzioni IRAP emesso sulla base delle dichiarazioni confessorie rese dal contribuente nel corso di operazioni di verifica,

effettuate mediante "accesso nei locali", afferenti un'annualità diversa rispetto a quella oggetto di accertamento e per la quale non era stato redatto apposito processo verbale.

Proprio con riferimento al termine dilatorio di cui all'art. 12 l. n. 212 del 2000, Sez. T, n. 28555/2017, Caiazzo, in corso di massimazione, ha avuto modo di evidenziare che la relativa inosservanza comporta la violazione di una norma posta a difesa del diritto del contribuente al pieno dispiegarsi del contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria, conseguendone la non rilevabilità d'ufficio e, specularmente, il venire in rilievo dell'onere di contestazione del vizio nel contesto del ricorso d'impugnazione dell'avviso di accertamento.

Sempre sul livello delle garanzie del contraddittorio si incentra Sez. 6-T, n. 17202/2017, Mocci, Rv. 644932-01, la quale ha ritenuto, dal canto suo, che l'atto impositivo sottoscritto dal funzionario dell'Ufficio in data anteriore alla scadenza del termine di cui all'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000, ancorché notificato successivamente alla sua scadenza, è illegittimo, atteso che la norma tende a garantire efficacemente proprio il contraddittorio procedimentale, in guisa da consentire al contribuente di far valere le sue ragioni quando l'atto impositivo è ancora *in fieri*, integrando, viceversa, la notificazione una mera condizione di efficacia dell'atto amministrativo ormai perfetto e, quindi, già emanato.

Di rilievo è anche la precisazione resa da Sez. 6-T, n. 01969/2017, Conti R., Rv. 643199-01, secondo cui, in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali nei propri locali, la nullità per violazione del termine dilatorio, prevista dall'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000 per i tributi non armonizzati, non è subordinata alla cd. prova di resistenza, a differenza di quanto richiesto per i tributi armonizzati: tale maggior grado di tutela è costituzionalmente legittimo perché in piena armonia con il principio della massimizzazione delle tutele, che consente ad un singolo ordinamento di apprestare livelli di protezione di un diritto fondamentale – nella specie quello al contraddittorio (endoprocedimentale) – rispetto a quelli garantiti dal sistema eurounitario per i tributi non armonizzati.

Sez. 6-T, n. 01007/2017, Manzon, Rv. 643315-01, ha significativamente posto in luce che l'obbligatorietà generalizzata del contraddittorio preventivo di cui all'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000, applicabile a qualsiasi atto di accertamento o controllo con accesso o ispezione nei locali dell'impresa, ivi compresi gli atti di accesso istantanei finalizzati all'acquisizione di documentazione,

esclude l'ammissibilità della cd. "prova di non resistenza" prevista dall'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241 del 1990.

5. I termini. Sez. T, n. 14395/2017, Caiazzo, Rv. 644547-01, ha avuto incisivamente modo di osservare che il vizio dell'avviso di accertamento derivante dall'inosservanza del termine dilatorio di cui all'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000 non è rilevabile d'ufficio e deve essere contestato dal contribuente nel ricorso introduttivo, riguardando la violazione di una norma posta a difesa del diritto dello stesso contribuente al pieno dispiegarsi del contraddittorio con l'Amministrazione finanziaria e considerata la natura recettizia dell'atto impositivo tributario da porsi in relazione con il suo duplice scopo di impedire la decadenza dell'Amministrazione predetta dalle potestà di accertamento e di riscossione dei tributi e di porre la parte in grado di contestare, anche in sede giudiziaria, la pretesa tributaria. Ne consegue che, poiché il tema dei vizi delle notificazioni degli atti impositivi risulta strettamente correlato a quello del tempestivo e regolare esercizio dell'azione tributaria entro i termini decadenziali previsti dalla legge, e che l'inutile decorso di tali termini non estingue il potere impositivo ma obbliga l'Amministrazione finanziaria a non esercitarlo, il vizio dell'atto impositivo non è rilevabile d'ufficio ma deve essere eccepito dal contribuente.

In una prospettiva omogenea, Sez. 6-T, n. 09322/2017, Crucitti, Rv. 643795-01 ha rilevato che, ai fini del raddoppio dei termini previsti dall'art. 43 del d.P.R. n. 600 del 1973, nella versione applicabile *ratione temporis*, rileva unicamente la sussistenza dell'obbligo di presentazione di denuncia penale, a prescindere dall'esito del relativo procedimento e nonostante l'eventuale prescrizione del reato, poiché ciò che interessa è solo l'astratta configurabilità di un'ipotesi di reato, atteso il regime di "doppio binario" tra giudizio penale e procedimento tributario.

Sez. 6-T, n. 23628/2017, Vella, in corso di massimazione, ha, a sua volta, osservato che il cd. raddoppio dei termini previsto dall'art. 43 del d.P.R. n. 600 del 1973, attiene solo alla commisurazione del termine di accertamento ed i termini prolungati sono anch'essi fissati direttamente dalla legge, non integrando quindi ipotesi di "riapertura" o proroga di termini scaduti né di reviviscenza di poteri di accertamento ormai esauriti, in quanto i termini "brevi" e quelli raddoppiati si riferiscono a fattispecie *ab origine* diverse, che non interferiscono tra loro ed alle quali si connettono diversi, unitari e distinti termini di accertamento. In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva ritenuto operante il "raddoppio" solo

nel caso di rilievo del reato da parte dell'Ufficio finanziario prima dello spirare del termine quadriennale di prescrizione tributaria.

Pregnante anche la posizione espressa da Sez. T, n. 21820/2017, Fuochi Tinarelli, Rv. 645630-01, secondo cui, qualora l'avviso di accertamento sia annullato in via di autotutela, in quanto illegittimamente adottato senza rispettare il termine dilatorio di cui all'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000 (nel testo vigente *ratione temporis*), la rinnovazione dell'avviso resta soggetta solo all'originario termine decorrente dal rilascio della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni da parte degli organi di controllo, non potendosi far decorrere un nuovo termine dalla rimozione dell'atto.

6. I dati utilizzabili. Sez. T, n. 07291/2017, Locatelli, Rv. 643471-01, in ambito di imposte sui redditi, ha evidenziato che l'art. 36 *bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, permette all'Amministrazione finanziaria di procedere direttamente all'iscrizione a ruolo, senza previa emissione dell'avviso di accertamento, quando la maggiore imposta risulti dovuta sulla base dei meri dati numerici esposti nella dichiarazione del contribuente, mentre è obbligatoria l'emissione dell'avviso di accertamento parziale, ex art. 41 *bis* del d.P.R. n. 600 del 1973, qualora il maggiore reddito si evinca dai dati dell'anagrafe tributaria; tuttavia, il contribuente non ha interesse a dolersi del ricorso, in luogo della liquidazione automatizzata, a tale ultima procedura, che costituisce una maggiore garanzia.

Sez. T, n. 05135/2017, Locatelli, Rv. 643237-01, ha ritenuto che l'utilizzazione dei dati acquisiti presso le aziende di credito quali prove presuntive di maggiori ricavi o operazioni imponibili, ai sensi degli artt. 32, comma 1, n. 2, secondo periodo, del d.P.R. n. 600 del 1973 e 51, comma 2, n. 2, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, non è subordinata alla prova che il contribuente eserciti attività d'impresa o di lavoro autonomo, atteso che, ove non sia contestata la legittimità dell'acquisizione dei dati risultanti dai conti correnti bancari, i medesimi possono essere utilizzati sia per dimostrare l'esistenza di un'eventuale attività occulta (impresa, arte o professione), sia per quantificare il reddito da essa ricavato, incombendo al contribuente l'onere di provare che i movimenti bancari che non trovano giustificazione sulla base delle sue dichiarazioni non sono fiscalmente rilevanti. Nel caso di specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva ritenuto valido l'avviso di accertamento emesso sulla base dei dati risultanti da versamenti e prelevamenti su conti correnti bancari dal 1997 al 2001, da cui emergeva, fino a prova

contraria, la prosecuzione di un'attività d'impresa che, iniziata già prima del 1997, era cessata solo con la vendita dell'azienda nel 2001, pur non avendo il contribuente dichiarato redditi d'impresa dal 1997 al 2001.

7. La motivazione. Sez. 6-T, n. 09008/2017, Mocci, Rv. 643644-01, ha chiarito che in tema di contenzioso tributario, l'avviso di accertamento ha carattere di *provocatio ad opponendum*, sicché l'obbligo di sua motivazione è soddisfatto, ai sensi dell'art. 56 del d.P.R. n. 633 del 1972, ogni qualvolta l'Amministrazione abbia posto il contribuente in grado di conoscere la pretesa tributaria nei suoi elementi essenziali, e, quindi, di contestarne efficacemente l'*an* ed il *quantum debeatur*.

Sul contenuto generale della motivazione si è appuntata, in linea di continuità con altri arresti, anche Sez. 6-T, n. 08378/2017, Iofrida, Rv. 643641-01, secondo cui, sia in tema di imposte sui redditi che sul valore aggiunto, è valido l'avviso di accertamento che non menzioni le osservazioni del contribuente ex art. 12, comma 7, della l. 27 aprile 2000, n. 212, atteso che, da un lato, la nullità consegue solo alle irregolarità per le quali sia espressamente prevista dalla legge oppure da cui derivi una lesione di specifici diritti o garanzie tale da impedire la produzione di ogni effetto e, dall'altro lato, l'Amministrazione ha l'obbligo di valutare tali osservazioni, ma non di esplicitare detta valutazione nell'atto impositivo.

Di peso rilevante quanto affermato da Sez. 6-T, n. 09323/2017, Iofrida, Rv. 643954-01, secondo cui l'art. 7, comma 1, della l. 27 luglio 2000, n. 212, che si riferisce solo agli atti di cui il contribuente non abbia già integrale e legale conoscenza, consente di assolvere all'obbligo di motivazione degli atti tributari anche *per relationem*, ovvero mediante il riferimento ad elementi di fatto risultanti da altri atti o documenti, che siano collegati all'atto notificato, quando lo stesso ne riproduca il contenuto essenziale, cioè l'insieme di quelle parti (oggetto, contenuto e destinatari) dell'atto o del documento necessari e sufficienti per sostenere il contenuto del provvedimento adottato, la cui indicazione permette al contribuente ed al giudice, in sede di eventuale sindacato giurisdizionale, di individuare i luoghi specifici dell'atto richiamato nei quali risiedono le parti del discorso che formano gli elementi della motivazione del provvedimento.

Sez. T, n. 14091/2017, Luciotti, Rv. 644417-01, ha affermato che in tema di accertamento tributario standardizzato mediante l'applicazione dei parametri o degli studi di settore, la motivazione

dell'atto impositivo deve dare conto delle ragioni per le quali non sono state ritenute attendibili le allegazioni della parte. Nel caso al suo esame ha confermato la decisione di annullamento dell'atto impositivo in quanto l'amministrazione finanziaria avrebbe dovuto dare atto del motivo per il quale aveva ritenuto di disattendere la certificazione medica attestante una patologia che aveva precluso al contribuente il raggiungimento del livello di reddito risultante dallo studio di settore).

Di largo impatto la puntualizzazione espressa da Sez. T, n. 09499/2017, Bruschetta, Rv. 643920-01, secondo cui, in ambito di imposte sui redditi, la mancata indicazione, nell'avviso di accertamento, della norma asseritamente violata non è, di per sé, causa di nullità dell'atto per inosservanza dell'obbligo di motivazione, ove lo stesso indichi i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che permettano al contribuente di esercitare il proprio diritto difensivo.

Di notevole risalto Sez. T, n. 22148/2017, De Masi, Rv. 645364, per l'aver precisato che la motivazione di un avviso di rettifica e di liquidazione ha la funzione di delimitare l'ambito delle ragioni adducibili dall'Ufficio nell'eventuale successiva fase contenziosa, consentendo al contribuente l'esercizio del diritto di difesa. Da ciò consegue che, fermo restando l'onere della prova gravante sulla Amministrazione, è sufficiente che la motivazione contenga l'enunciazione dei criteri astratti, in base ai quali è stato determinato il maggior valore, senza necessità di esplicitare gli elementi di fatto utilizzati per l'applicazione di essi, in quanto il contribuente, conosciuto il criterio di valutazione adottato, è già in condizione di contestare e documentare l'infondatezza della pretesa erariale, senza poter invocare la violazione, ai sensi dell'art. 52, comma 2 *bis*, del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 13, del dovere di allegazione delle informazioni previste ove il contenuto essenziale degli atti sia stato riprodotto sull'avviso di accertamento.

Di non minore pregnanza quanto asserito da Sez. 6-T, n. 11270/2017, Conti R., Rv. 644166-01, secondo cui l'obbligo di motivazione dell'avviso di accertamento di maggior valore deve ritenersi adempiuto mediante l'enunciazione del criterio astratto in base al quale è stato rilevato, con le specificazioni in concreto necessarie per consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa e per delimitare l'ambito delle ragioni deducibili dall'Ufficio nell'eventuale successiva fase contenziosa, nella quale l'Amministrazione ha l'onere di provare l'effettiva sussistenza dei presupposti per l'applicazione del criterio prescelto ed il contribuente

la possibilità di contrapporre altri elementi sulla base del medesimo criterio o di altri parametri.

Di apprezzabile incidenza l'affermazione contenuta in Sez. T, n. 09799/2017, Zoso, Rv. 643628-01, secondo cui la cartella esattoriale, che non sia stata preceduta da un avviso di accertamento, deve essere motivata in modo congruo, sufficiente ed intellegibile, tale obbligo derivando dai principi di carattere generale indicati, per ogni provvedimento amministrativo, dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990, e recepiti, per la materia tributaria, dall'art. 7 della l. n. 212 del 2000. Nel caso affrontato dalla S.C. veniva in considerazione ad una cartella esattoriale concernente il pagamento di interessi ove non erano menzionati né la decorrenza né il tasso.

Di sicuro interesse, in quanto confermativo di un orientamento già espresso, il principio esposto da Sez. 6-T, n. 14237/2017, Manzon, Rv. 644435-01, in tema di accertamento tributario relativo sia all'imposizione diretta che all'IVA, la legge –rispettivamente art. 39, comma 1, del d.P.R. n. 600 del 1973 (richiamato dal successivo art. 40 per quanto riguarda la rettifica delle dichiarazioni di soggetti diversi dalle persone fisiche) ed art. 54 del d.P.R. n. 633 del 1972 – dispone che l'inesistenza di passività dichiarate, nel primo caso, o le false indicazioni, nel secondo, possono essere desunte anche sulla base di presunzioni semplici, purché gravi, precise e concordanti, senza necessità che l'Ufficio fornisca prove "certe". Pertanto, il giudice tributario di merito, investito della controversia sulla legittimità e fondatezza dell'atto impositivo, è tenuto a valutare, singolarmente e complessivamente, gli elementi presuntivi forniti dall'Amministrazione, dando atto in motivazione dei risultati del proprio giudizio (impugnabile in cassazione non per il merito, ma esclusivamente per inadeguatezza o incongruità logica dei motivi che lo sorreggono) e solo in un secondo momento, ove ritenga tali elementi dotati dei caratteri di gravità, precisione e concordanza, deve dare ingresso alla valutazione della prova contraria offerta dal contribuente, che ne è onerato ai sensi degli artt. 2727 e ss. e 2697, comma 2, c.c.

In un settore di specifico interesse si inserisce Sez. T, n. 10118/2017, Fuochi Tinarelli, Rv. 644042-01, la quale ha puntualizzato che l'avviso di accertamento in materia doganale, che si fonda su verbali ispettivi OLAF, i quali, pur riservati, possono essere utilizzati dall'Amministrazione nei procedimenti per inosservanza della regolamentazione doganale, è legittimamente motivato ove risponda alle prescrizioni dell'art. 11, comma 5 *bis*, del d.lgs. n. 374 del 1990, ossia riporti nei tratti essenziali, ai fini

dell'esercizio del diritto di difesa, il contenuto di quegli atti presupposti richiamati *per relationem*, anche se non allegati, non rientrando la produzione del rapporto finale OLAF tra i requisiti di validità della motivazione. Tale principio vale a maggior ragione per i documenti, cui faccia rinvio il rapporto OLAF allegato all' avviso di accertamento.

8. La rettifica. Sez. T, n. 23384/2017, Perrino, Rv. 645903-01, ha apprezzato, nel solco di un orientamento consolidato, la legittimità dell'avviso di accertamento contenente rettifica della base imponibile ai fini IRPEG ancorché analoga rettifica non sia stata operata ai fini IVA, atteso che il principio della concordanza degli accertamenti, posto dall'art. 10, comma 2, n. 2, della l. 9 ottobre 1971, n. 825, recante delega al governo della Repubblica per la riforma tributaria, ha carattere tendenziale e non comporta che l'inerzia dell'ufficio competente per una imposta possa precludere l'accertamento da parte dell'ufficio competente per un'altra.

Di tenore generale si mostra Sez. 6-T, n. 01371/2017, Iofrida, Rv. 642901-01, secondo cui, in tema di imposte sui redditi, l'Amministrazione finanziaria può disconoscere le perdite di impresa di esercizi precedenti, relativamente ai quali dall'anagrafe tributaria risulti l'omessa presentazione della dichiarazione, e conseguentemente procedere alla correzione dell'errore materiale, consistente nel riporto della perdita, commesso dal contribuente nella successiva dichiarazione, ex art. 36 *bis*, comma 3, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ed a tal fine può avvalersi di un mero controllo cartolare, senza l'emissione di un avviso di rettifica ex art. 38 del d.P.R. n. 600 del 1973.

Una prospettiva affine si coglie in Sez. 6-T, n. 15413/2017, Mocchi, Rv. 644716-01, secondo cui poiché anche nel processo tributario le parti conservano la disponibilità dei diritti in contestazione, qualora l'Amministrazione finanziaria si avveda in corso di causa che è corretta e da accogliere una eccezione del contribuente relativa all'erroneo computo del credito d'imposta indicato nell' avviso impugnato, non per questo deve rinnovare l'intero procedimento amministrativo di accertamento, avendo il potere – dovere di ridurre la domanda originaria. Tale riduzione della domanda, non equivalendo a diverso e autonomo accertamento in via di rettifica da parte dell'Amministrazione, è ammissibile anche se operata per la prima volta in grado d'appello, con conseguente dovere del giudice di valutare la pretesa fiscale residua.

Sez. T, n. 06678/2017, Di Cerbo, Rv. 643463-01, ha ripreso un'ottica già cristallizzata, evidenziando che la nullità della notifica dell' avviso di rettifica, che ha natura di *provocatio ad opponendum*, è sanata dalla sua impugnazione e non dalla mera conoscenza da parte del destinatario, atteso che il raggiungimento dello scopo, quale condizione della sanatoria, si verifica solo quando si avvera l'evento successivo cui l'atto è preordinato, ossia quel comportamento che rappresenta l'attuazione dell'obbligo, l'adempimento dell'onere o l'esercizio del potere, la cui concretizzazione era prevista quale effetto dell'atto viziato.

Sez. 6-T, n. 21066/2017, Solaini, Rv. 645672-01, ha sancito che, in tema di imposta di registro, l'avviso di rettifica e di liquidazione della maggiore imposta, riguardante atti che hanno ad oggetto beni immobili, adottato a seguito di comparazione con beni simili, deve ritenersi adeguatamente motivato, ove contenga la riproduzione del contenuto essenziale dell'atto utilizzato per la comparazione, e cioè delle parti utili a far comprendere il parametro utilizzato per la rettifica, essendo anche in questo modo adempiuto l'obbligo di allegare all' avviso l'atto utilizzato per la comparazione.

Sez. T, n. 13342/2017, Zoso, Rv. 644353-01, ha rilevato che, in tema di rettifica del valore degli immobili dichiarati ai fini dell'imposta di successione e di donazione, l'onere dell'allegazione di documenti non conosciuti né ricevuti dal contribuente riguarda solo gli atti costituenti presupposto del provvedimento impositivo e relativi al contribuente stesso, non anche quelli afferenti contribuenti diversi, menzionati al solo fine della comparazione dei valori. Infatti l'art. 34, comma 3, del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, a differenza del comma 2 dello stesso articolo, non richiede l'allegazione del documento, né diverse conclusioni devono desumersi dall'art. 7 della l. 27 luglio 2000, n. 212, perché ciò che si richiede all'Amministrazione finanziaria è di porre il contribuente nelle condizioni di conoscere la pretesa tributaria nei suoi elementi essenziali, così da approntare la difesa senza un inesigibile aggravio.

9. L'accertamento induttivo. In Sez. T, n. 19194/2017, Rossetti, Rv. 645286-01, si rinviene l'essenziale affermazione secondo cui la circostanza che l'accertamento induttivo sia stato preceduto da un verbale di contestazione in cui non sono stati rilevati i presupposti per il ricorso a tale modalità di accertamento, non è causa né di nullità, né di illegittimità di quest'ultimo, non avendo l'avviso di accertamento carattere vincolato rispetto al verbale di constatazione sul quale si basa.

10. L'accertamento standardizzato. Sez. T, n. 07642/2017, Tricomi L., Rv. 643599-01, ha ritenuto che in tema di accertamento standardizzato mediante parametri e studi di settore, i dati rilevanti sono costituiti esclusivamente, per omogeneità con l'extrapolazione statistica, da ricavi, compensi ed altri corrispettivi inerenti all'attività economica ordinaria, mentre non assumono rilievo le sopravvenienze attive derivanti da eventi economici straordinari e, come tali, estranei alla gestione caratteristica dell'impresa. Nell'occasione, la S.C. ha cassato la decisione impugnata che, con riferimento ad un esercente l'attività di trasporto merci su strada, aveva valutato l'entrata derivante dalla cessione di un contratto di leasing ai fini dell'applicabilità degli studi di settore.

11. L'accertamento con adesione. Di non poco momento le puntualizzazioni fornite da Sez. 6-T, n. 15401/2017, Vella, Rv. 644713-01, in tema di accertamento con adesione, l'istanza di definizione prevista dagli artt. 6 e 12 del d.lgs. n. 218 del 1997, ed i tempi della relativa procedura, non comportano l'inefficacia dell'avviso di accertamento, sospendendone solo il termine per l'impugnazione per novanta giorni, decorsi i quali, senza che sia stata perfezionata la definizione consensuale, l'accertamento, in assenza di tempestiva impugnazione, diviene definitivo, secondo un meccanismo non dissimile dal silenzio-rifiuto, cui va ricondotto l'inutile spirare del termine dalla presentazione dell'istanza, senza che l'Ufficio abbia risposto.

Sez. T, n. 16761/2017, Tedesco, Rv. 644795-01, ha evidenziato che, in tema di riscossione delle imposte, agli avvisi di recupero di crediti di imposta va riconosciuta, accanto alla funzione informativa dell'insorgenza del debito tributario, anche un'autonoma natura impositiva, in quanto elementi che concorrono a determinare l'ammontare della pretesa erariale, sicché ad essi è applicabile la procedura di accertamento con adesione di cui al d. lgs. n. 218 del 1997 non ostandovi alcuna disposizione del predetto d.lgs.

CAPITOLO XXIV

LE IMPOSTE SUI REDDITI

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. La natura della dichiarazione di imputazione delle perdite in tema di determinazione del reddito di impresa ex art. 84 TUIR. – 2. Contratto atipico del prestito d'uso d'oro. – 3. La determinazione del reddito. – 4. I principi contenuti negli accordi e convenzioni contro le doppie imposizioni. – 5. IRPEG. – 6. Il credito d'imposta per gli investimenti in aree svantaggiate. – 7. Le plusvalenze. – 8. Il reddito d'impresa. – 9. I fondi previdenziali integrativi.

1. La natura della dichiarazione di imputazione delle perdite in tema di determinazione del reddito di impresa ex art. 84 TUIR. Con Sez. T, n. 25566/2017, Venegoni, Rv. 645987-01 si è affermato il principio secondo il quale, in tema di imposta sul reddito delle persone giuridiche, la facoltà attribuita al contribuente, ex art. 84 TUIR (Testo Unico delle Imposte sui Redditi, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), vigente *ratione temporis*, di utilizzare le perdite di esercizio verificatesi negli anni pregressi portandole in diminuzione del reddito prodotto nell'anno oggetto della dichiarazione, ovvero di non utilizzare dette perdite riportandole in diminuzione dal reddito nei periodi di imposta successivi, rappresenta l'esercizio di una volontà negoziale e, in quanto tale, essa non è surrogabile dall'Amministrazione in sede di controllo. La S.C. ha precisato che consegue da tale principio che il contribuente deve, all'atto di redigere la dichiarazione dei redditi, esercitare la suddetta opzione in modo chiaro e inequivocabile. Con la pronuncia in esame si è, poi, precisato che non appare convincente la diversa interpretazione Sez. T, n. 15452/2010, Marigliano, Rv. 613881-01 secondo la quale le perdite pregresse devono essere considerate di ufficio in sede di accertamento dall'agenzia con ciò evocando la teoria dell'emendabilità della dichiarazione quale dichiarazione di scienza. Tale ultima scelta ermeneutica si fonda sul concetto secondo cui la dichiarazione dei redditi del contribuente, affetta da errore, sia esso di fatto che di diritto, commesso dal dichiarante nella sua redazione è in linea di principio emendabile e ritrattabile, quando dalla medesima possa derivare l'assoggettamento del dichiarante ad oneri contributivi diversi e più gravosi di quelli che, sulla base della legge, devono restare a suo carico, e ciò in quanto la dichiarazione dei redditi non ha natura di atto negoziale e dispositivo, ma reca una mera esternazione di scienza e di giudizio, modificabile in ragione

dell'acquisizione di nuovi elementi di conoscenza. Se, dunque, l'orientamento in esame poggia su tali principi, la sentenza del 2017 compie un ulteriore passaggio e, senza porsi in contrasto con quanto sopra riportato, precisa che l'affermazione di una generale ed automatica emendabilità degli errori commessi dal contribuente nella redazione della dichiarazione, non può ritenersi estesa alla dichiarazione dei redditi *tout court*, ma deve correttamente circoscriversi alla indicazione di quei dati, relativi alla quantificazione delle poste reddituali positive o negative, che integrino errori tipicamente materiali (ad es. errori di calcolo od anche errata liquidazione degli importi), ovvero anche formali (concernenti la esatta individuazione della voce del modello da compilare nella quale collocare la posta), rimanendo a tali ipotesi estranea la fattispecie prevista dall'art. 84 TUIR.

2. Contratto atipico del prestito d'uso d'oro. La Sez. T, n. 23171/2017, Iannello, Rv. 645966-01, ha affrontato per la prima volta la questione relativa alla disciplina applicabile al contratto atipico del prestito d'uso d'oro. Con la pronuncia in esame si è affermata la piena compatibilità di tale contratto a quello di mutuo, avendo essi in comune la funzione essenzialmente di finanziamento, la facoltà, assimilabile alla disciplina di cui agli artt. 1813 e 1818 c.c., per il contraente di restituire alla scadenza del contratto il *tantundem*, prestazione principale, o di pagare l'equivalente in denaro (avvalendosi della c.d. «opzione d'acquisto» dell'oro) e la previsione di interessi tipica del contratto di mutuo oneroso. In ragione di quanto sopra la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva individuato quale esercizio di competenza cui riferire la deducibilità dei costi quello in cui si realizzano i ricavi conseguenti alla trasformazione dell'oro (di cui, attraverso il predetto contratto, si acquisisce la proprietà) e alla successiva vendita dei prodotti che se ne ricavano. In ragione di quanto sopra l'individuazione dell'esercizio di competenza viene fatta coincidere con il momento in cui il contribuente ottiene la disponibilità reale e giuridica dell'oro consegnato, assumendo i rischi della relativa perdita, coincidendo il momento perfezionativo del contratto di mutuo con la c.d. *traditio*, con la consegna cioè del denaro o di altra cosa fungibile al mutuatario, che ne acquista la proprietà, dovendosi considerare la previsione contenuta nella clausola inserita nel contratto concluso con la Banca a cui il contribuente si era rivolto, (secondo cui il trasferimento dell'oro si sarebbe verificato al momento dell'esercizio dell'opzione per l'acquisto) – previsione peraltro non presente in altri contratti,

anche con la stessa banca – frutto di un uso atecnico e inesatto dei termini, quanto meno ai fini fiscali, comunque incompatibile con le altre clausole contenute nel contratto.

3. La determinazione del reddito. La Sez. T, n. 19192/2017, Fuochi Tinarelli, Rv. 645029-01, ha affermato che la deducibilità delle erogazioni liberali effettuate ai sensi dell'art. 100, comma 2, lett. a), del d.P.R. n. 917 del 1986 è condizionata al requisito oggettivo che l'ente persegua "esclusivamente finalità comprese fra quelle indicate nel comma 1 o finalità di ricerca scientifica ...", ossia di "educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto" essendo altresì necessario che la somma erogata sia effettivamente destinata allo svolgimento dell'attività liberale o solidaristica, spettando al contribuente provare che la finalità sia stata effettivamente assolta.

Sulla base di tali principi si è, dunque, affermato che il riconoscimento statutario dell'esclusività del fine costituisce, in tal senso, requisito formale necessario ma non sufficiente, dovendo lo stesso trovare riscontro nell'effettiva attività svolta dall'ente beneficiario atteso il carattere eccezionale delle disposizioni derogatorie e la natura della finalità solidaristica, a cui può essere assegnato rilievo solo se concreta e non mera enunciazione.

Sempre ai fini della corretta determinazione del reddito, la Sez. T, n. 21444/2017, Montagni, Rv. 645623-01, ha stabilito che l'intervento dell'Amministrazione successivo ad una dichiarazione del contribuente e, in particolare, in caso di accertamento in rettifica della dichiarazione del contribuente per redditi d'impresa (ovvero per redditi derivanti dall'esercizio di arti e professioni, che debbano parimenti risultare da scritture contabili), il relativo atto deve essere motivato, sia con riferimento ai presupposti che consentono il ricorso al metodo analitico od a quello induttivo, sia alle ragioni che giustificano il calcolo in rettifica. Il caso sottoposto all'esame della S.C. riguardava l'accertamento operato dall'Ufficio in ragione dell'esistenza di un reddito da locazione non dichiarato dal contribuente e di una contabilità contraddittoria, lacunosa e, dunque, inattendibile quanto ai ricavi per come emerso dalla comparazione con dati extracontabili, sulla cui base l'Amministrazione aveva correttamente presunto l'esistenza di una fonte di reddito non dichiarata, posto che l'attività produttiva del contribuente non era cessata ma era proseguita senza la registrazione dei corrispettivi.

Ai fini della determinazione del reddito deve essere computato anche il possesso da parte del contribuente di auto storiche, rappresentando tale circostanza un indice di capacità contributiva, in

quanto notoriamente collegata a spese a volte anche ingenti strettamente collegate all'acquisto e manutenzione di tali auto. Tali conclusioni non sono confutate dal dato che tali veicoli hanno caratteristiche atipiche e, pertanto, sono esentati dalla tassa automobilistica ai sensi dell'art. 63 della l. n. 342 del 2000, in quanto tale normativa ha finalità diversa da quella tributaria (Sez. 6-T, n. 15899/2017, Crucitti, Rv. 644727-01).

In materia di indennità corrisposte ai giudici onorari, la Sez. L, n. 14659/2017, Riversono, Rv. 644685-01, facendo seguito al principio affermato dalle Sez. U, n. 13721/2017, Cirillo, Rv. 644368-01 ha affermato che la nomina a giudice onorario aggregato comporta soltanto la cancellazione dall'albo degli avvocati, mentre permane l'iscrizione alla Cassa nazionale di previdenza. Afferma, ancora, la S.C. che l'indennità corrisposta ai giudici onorari aggregati deve considerarsi, agli effetti della l. n. 576 del 1980, reddito professionale ed è, pertanto, soggetta all'obbligo di comunicazione annuale obbligatoria alla Cassa, non potendo costituire motivo di incompatibilità dell'iscrizione alla Cassa e del correlato obbligo di comunicazione, il fatto che il contribuente abbia già conseguito il pensionamento.

La Sez. T, n. 10244/2017, Esposito, Rv. 643933-01 ha precisato entro quali limiti le somme percepite dal contribuente a titolo di risarcimento dei danni subiti costituiscono reddito soggetto ad imposizione fiscale. Con la pronuncia in esame la S.C. ha affermato che se le somme percepite a tale titolo sono destinate ad reintegrare il danno costituito dalla mancata percezione di redditi da parte del contribuente a seguito dell'evento danno, queste sono soggette ad imposizione. Diversamente, se l'importo riconosciuto al danneggiato trova la sua ragione nel ristoro di danni diversi da quelli legati alla sua lesa capacità di produrre redditi a seguito dell'evento lesivo, il relativo ammontare non è soggetto a tassazione. In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto tassabile il risarcimento commisurato ai redditi che una contribuente, ingiustamente esclusa da un concorso per titoli, avrebbe percepito nel periodo ricompreso fra la data in cui avrebbe dovuto essere assunta dall'ente e quella di assunzione di altro impiego pubblico, avvenuta nelle more dell'annullamento della delibera di esclusione dal concorso.

4. I principi contenuti negli accordi e convenzioni contro le doppie imposizioni. Numerose sono le pronunce con le quali la S.C. è intervenuta al fine di interpretare le diverse Convenzioni

stipulate dall'Italia con altri Paesi volte ad evitare la doppia imposizione fiscale ai contribuenti che, a vario titolo, si trovano a vivere e/o ad operare in diversi Stati.

Con riferimento ai rapporti tra l'Italia e il Regno Unito, la Sez. T, n. 24112/2017, Virgilio, Rv. 645973-01, con riferimento alla retribuzione dell'attività di lavoro dipendente svolta in uno dei due Stati da soggetto ivi residente, ha affermato che ai sensi dell'art. 15 della Convenzione del 21 ottobre 1988, ratificata e resa esecutiva con la l. n. 329 del 1990, le somme percepite a tale titolo svolta in uno dei due Stati contraenti in cui il soggetto risiede, sono soggette a tassazione esclusivamente in tale Stato.

Ed ancora, la Sez. T, n. 28059/2017, Tricomi L., in corso di massimazione, ha affermato che, in applicazione della convenzione stipulata tra l'Italia e la Repubblica Iugoslava, ratificata con l. n. 974 del 1984, secondo cui gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, mentre lo sono nell'altro Stato se l'impresa ivi svolge la propria attività per mezzo di una stabile organizzazione. Alla luce di tale disposto la S.C. ha rinvenuto i due elementi costitutivi su cui si fonda organizzazione: uno materiale ed oggettivo, individuato con l'espressione "sede fissa di affari" ed uno dinamico, laddove si esige che ivi l'impresa eserciti in tutto o in parte la sua attività. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso l'assoggettabilità a tassazione del reddito prodotto in Italia fondato esclusivamente sul fatto che l'attività dell'impresa si svolgeva presso i cantieri organizzati dalle committenti o sub-committenti siti in Italia con modesti attrezzi ivi custoditi, non essendo state individuate le ragioni per le quali i suddetti cantieri avrebbero assunto una rilevanza strumentale rispetto allo svolgimento dell'attività commessa alla predetta impresa e funzionali alla correlata e conseguente produzione del reddito.

La Sez. T, n. 26638/2017, Zoso, Rv. 645988-01 con riferimento alla convenzione tra Italia e Governo della Federazione russa, ratificata per l'Italia con l. n. 370 del 1997 ha chiarito il concetto di abitazione permanente rilevante in caso di conflitto. In proposito la S.C. ha affermato che, laddove la convenzione menziona l'abitazione permanente quale criterio per individuare lo Stato impositore, rileva la stabile disponibilità di fatto di un'abitazione in capo al contribuente per periodi di tempo indeterminati, indipendentemente dalla proprietà della stessa. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che non aveva ritenuto abitazione permanente in Italia quella ove un cittadino russo aveva risieduto con la propria convivente, proprietaria dell'immobile, nello stesso periodo

d'imposta di riferimento della sanzione applicatagli per omessa dichiarazione nel modello unico di investimenti esteri, non avendo così, di conseguenza, il giudice di merito applicato, stante la disponibilità di abitazioni permanenti in entrambi gli Stati contraenti, il secondo criterio di cui al citato art. 4, comma 1, lett. a), facente invece riferimento allo Stato contraente nel quale le relazioni personali ed economiche del contribuente sono più strette.

5. IRPEG. L'IRPEG (Imposta sul Reddito delle Persone Giuridiche) è un'imposta diretta, personale e proporzionale. Il tributo fu introdotto dal d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598, successivamente confluito nel titolo II del d.P.R. n. 917 del 1986, Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR) e infine abrogato dal decreto legislativo 12 dicembre 2003, n. 344 che dal 1.1.2004 ha istituito l'IRES. I soggetti passivi dell'IRPEG, nei confronti dei quali trovava applicazione l'imposta fino al 31.12.2003, sono: a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato; b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; c) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; d) le società e gli enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato (art. 87, d.P.R. n. 917 del 1986). Il presupposto di fatto del tributo era costituito dal possesso di redditi, in denaro o in natura, continuativi od occasionali, provenienti da qualsiasi fonte.

Fatte tale premesse la Sez. T, n. 23167/2017, Iannello, Rv. 645901-01, ha affermato che gli enti di tipo associativo non godono di una generale esenzione da ogni prelievo fiscale, potendo anche le associazioni senza fini di lucro – come si evince dall'art. 111, comma 2, del d.P.R. n. 917 del 1986 (nel testo applicabile *ratione temporis*) – svolgere attività a carattere commerciale. Fatta tale premessa la sentenza ha precisato che l'art. 111, comma 1, in forza del quale le attività a favore degli associati non sono considerate commerciali e le quote associative non concorrono a formare il reddito complessivo, costituisce una deroga alla disciplina generale, fissata dagli artt. 86 e 87 del medesimo d.P.R., secondo cui l'IRPEG si applica a tutti i redditi, in denaro o in natura, posseduti da soggetti diversi dalle persone fisiche. Alla luce di tali principi la S.C. ha affermato che, proprio in ragione della natura derogatoria di tale ultima norma e della

possibilità per le associazioni in esame di svolgere attività avente carattere commerciale, è onere della persona che invoca l'esenzione tributaria in esame quello di provare i presupposti di fatto che giustificano quest'ultima, secondo gli ordinari criteri stabiliti dall'art. 2697 c.c.

La Sez. T, n. 17262/2017, Iannello, Rv. 645011-01, si è occupata del ricorso proposto dall'Agenzia delle entrate nei confronti di una Comunità Montana, avente ad oggetto la sentenza che aveva ritenuto illegittimi gli avvisi di accertamento notificati al predetto ente per il recupero a tassazione, a fini Irpeg, per gli anni 1999-2000, relativi ai canoni di locazione a quest'ultimo versati dalla Omnitel S.p.A. per l'installazione di impianti ripetitori di telefonia mobile presso immobili di proprietà dello stesso ente territoriale. In proposito la S.C. ha rilevato che l'art. 88 (ora 74) d.P.R. n. 917 del 1986, esonera dal pagamento dell'Irpeg le comunità montane, come i comuni, le province e le regioni, per qualsiasi attività svolta. In particolare, la S.C. ha rilevato che per effetto del chiaro tenore letterale della disposizione deriva una esclusione assoluta dalla assoggettabilità ad Irpeg (ora Ires) dei soggetti in essa elencati (la locuzione «non sono soggetti all'imposta» non è infatti sottoposta ad alcuna limitazione o condizione) e predisponga pertanto per questi un trattamento differenziato che li sottrae comunque ad imposta, esonerando l'interprete dalla valutazione della natura commerciale o meno dell'attività posta in essere: ciò in ragione della implicita presunzione che l'attività svolta sia correlata alle finalità istituzionali.

6. Il credito d'imposta per gli investimenti in aree svantaggiate. La Sez. T, n. 20814/2017, Zoso, Rv. 645304-01, ha delimitato l'ambito operativo dell'art. 8 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e, quindi, dell'agevolazione fiscale prevista per le aree svantaggiate sotto forma di credito di imposta per i titolari di reddito di impresa. In particolare, si è affermato che le spese effettuate su beni detenuti a titolo diverso dalla proprietà sono deducibili ai sensi della legge in esame solo nel caso in cui il contribuente dimostri che esse possano essere contabilizzate in bilancio tra le "immobilizzazioni materiali", in quanto, trattandosi di opere aventi una loro autonoma funzionalità ed individualità, a prescindere dal bene altrui cui accedono e, pertanto, possono essere al termine della locazione rimossi ed utilizzati separatamente dall'investitore. Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della CTR, che aveva ritenuto la deducibilità dei costi di ristrutturazione dell'immobile condotto in

locazione dalla società ricorrente, in quanto era esclusa la rimovibilità delle opere al termine della locazione.

7. Le plusvalenze. In tema di plusvalenze legate ad operazione speculative relative a cessioni di terreni, la Sez. T, n. 19215/2017, Iannello, Rv. 645454-01, ha affermato che l'imposta sostitutiva prevista dall'art. 7 del d.lgs. n. 448 del 2001 è un'imposta volontaria, in quanto frutto di una libera scelta del contribuente, il quale opta per la rideterminazione del valore del bene, con conseguente versamento dell'imposta sostitutiva, nella prospettiva, in caso di futura cessione, di un risparmio sull'imposta ordinaria altrimenti dovuta sulla plusvalenza non affrancata; ricevendo, in cambio (per così dire), l'Amministrazione finanziaria un immediato introito fiscale. In ragione di ciò l'opzione fiscale in esame non rientra tra le dichiarazioni di scienza suscettibili di essere corrette in caso di errore, bensì tra le manifestazioni di volontà irretrattabili (salvo il caso di errore obiettivamente riconoscibile ed essenziale ai sensi dell'art. 1428 cod. civ.), non potendo pertanto ravvisarsi i presupposti per il ricorso alla procedura del rimborso prevista dall'art. 38 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, non essendo configurabile un errore materiale bensì una scelta discrezionale compiuta dal contribuente, e non ricorrendo un'ipotesi di duplicazione o inesistenza della obbligazione. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto illegittimo il silenzio-rifiuto dell'amministrazione finanziaria sull'istanza di rimborso, sull'assunto che era venuto meno il presupposto per la debenza dell'imposta.

La S.C. ha qualificato come plusvalenza anche la cessione della licenza di taxi. In particolare, la Sez. T, n. 17476/2017, Locatelli, Rv. 645012-01, ha affermato che la suddetta licenza costituisce un bene primario nell'ambito dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività di taxi, con la conseguenza che il suo trasferimento, previsto dall'art. 9 della l. n. 21 del 1992, consente all'originario titolare di realizzare, se, come si presume, avviene a titolo oneroso, una plusvalenza che concorre alla formazione del reddito ex art. 86, comma 1, del d.P.R. n. 917 del 1986, risultando irrilevante, ai fini tributari, la nullità della cessione per contrasto con norme imperative. In applicazione di tali principi la S.C. ha affermato che la Commissione tributaria regionale ha correttamente applicato le regole legali in tema di attribuzione dell'onere probatorio ed in tema di prova presuntiva in quanto: ha ritenuto provata l'avvenuta cessione della licenza di taxi sulla base dell'elenco delle cessioni di licenza fornito dal Comune e della non contestazione dell'avvenuta cessione da parte del contribuente; ha

ritenuto la natura onerosa della cessione sull'assunto che, in un regime di limitazione del numero delle licenze rilasciate dal Comune, "ragioni logiche, prima che giuridiche inducono a ritenere senza incertezze che la licenza in questione rappresenta un bene disponibile, commerciabile e con un proprio rilevante valore economico"; ha ritenuto congruo il valore induttivamente determinato dall'Ufficio in euro 140.000, considerato che lo stesso contribuente, nella formulazione della richiesta subordinata di ridurre l'entità della plusvalenza accertata consentendo di dedurre il costo sostenuto per "l'acquisto" della licenza effettuato anni addietro (1998), affermava di avere a suo tempo versato, per l'acquisto della licenza, la somma di euro 128.780.

La Sez. T, n. 13071/2017, Locatelli, Rv. 644247-01 ha affermato che sussiste una plusvalenza tassabile, ai sensi dell'art. 76, comma 3, del d.P.R. n. 597 del 1973, nel caso di vendita di beni pervenuti al contribuente per successione o per divisione ereditaria se tra il momento dell'acquisto e quello dell'alienazione siano state compiute attività ed operazioni intese ad aumentarne il valore. Nella fattispecie la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva annullato l'avviso di accertamento con il quale si era determinato un reddito da plusvalenza derivante da attività edificatoria realizzata dal contribuente su terreni ad egli pervenuti a seguito di successione e successivamente dallo stesso alienati a terzi.

Con riferimento alle plusvalenze collegate a contratti aventi ad oggetto cessioni di terreni edificabili con le sentenze di seguito riportate la S.C. ha individuato, da un lato, il momento in cui si verifica l'incremento patrimoniale del contribuente e, dall'altro, il presupposto affinché si possa riconoscere l'esistenza stessa di una plusvalenza.

Quanto al primo aspetto la Sez. 6-T, n. 04711/2017, Mocci, Rv. 643325-01, relativamente all'operazione di permuta di cosa presente con cosa futura – in particolare, di un terreno rispetto alla successiva futura costruzione su di esso di un fabbricato – ha affermato che la plusvalenza da essa derivante, con conseguente rilevanza tributaria, si verifica nel momento in cui la costruzione viene ad esistenza, entrando così nel patrimonio del cedente.

Quanto al secondo aspetto, la Sez. T, n. 04361/2017, Conti R., Rv. 643322-01 ha precisato che nessuna plusvalenza ricorre nel caso in cui le parti abbiano previsto la demolizione unitamente alla successiva edificazione, da parte dell'acquirente, di un nuovo immobile da trasferire in proprietà dell'alienante. Tale conclusione si fonda sul tenore letterale degli artt. 81, comma 1, lett. b), (ora 67) e

16 (ora 17), comma 1, lett. g) *bis*, del d.P.R. n. 917 del 1986, secondo i quali sono soggette a tassazione separata, quali “redditi diversi”, le plusvalenze realizzate a seguito di cessioni a titolo oneroso “di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria secondo gli strumenti urbanistici vigenti al momento della cessione”. Risulta, pertanto, esclusa da tale previsione quella sopra menzionata, non potendo la potenzialità edificatoria dipendere da elementi la cui realizzazione è futura ed eventuale, rimessa, peraltro, ad un soggetto diverso da quello interessato dall'imposizione.

8. Il reddito d'impresa. Particolarmente numerose sono state le sentenze in tema di reddito d'impresa.

In primo luogo, le Sez. U con la pronuncia n. 10225/2017, Bielli, Rv. 644044-03 si sono occupate del ricorso proposto dall'Agenzia dell'entrate avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale della Campania che, in parziale accoglimento dell'appello proposto dalla contribuente s.p.a. EWA OIL nei confronti della suddetta Agenzia, aveva dichiarato illegittimo l'avviso di accertamento in relazione ai punti concernenti il mancato riconoscimento degli sconti e la mancata deduzione degli ammortamenti dei terreni. In particolare, la ricorrente aveva impugnato l'avviso con il quale l'Agenzia delle entrate, con riguardo all'anno d'imposta 2003, aveva accertato sia un maggiore reddito imponibile ai fini dell'IRPEG, sia un maggior valore della produzione ai fini dell'IRAP, sia un maggiore imponibile ai fini dell'IVA. In primo grado il ricorso era stato rigettato in quanto il giudice di prime cure aveva osservato, per quanto qui rileva, da un lato, che gli sconti sui carburanti asseritamente praticati ad una cliente, società del medesimo gruppo della ricorrente, erano da considerarsi non inerenti, perché privi di «qualsiasi contrattualizzazione» scritta, e, dall'altro, che i terreni anche ove su di essi insistevano, come nella specie, impianti di distribuzione di carburanti, non erano ammortizzabili, non esaurendosi la loro utilità nel tempo. La S.C., dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, ha affermato che in tema di determinazione del reddito di impresa:

a) la possibilità di detrarre abbuoni e sconti riconosciuti alla clientela è subordinata a due condizioni: 1) che venga praticato dal contribuente uno sconto sul prezzo della vendita; 2) che la riduzione del corrispettivo al cliente sia frutto di un accordo, sia esso documentale, verbale in applicazione del principio della libertà della forme e, finanche, successivo purché trasfuso in note di accredito emesse da una parte a favore dell'altra, con l'allegazione della causale

che, volta per volta, abbia giustificato quegli sconti riconosciuti, non essendo richiesta la forma scritta – che, unitamente alla data certa – possono avere eventualmente rilievo al fine dell'opponibilità dell'accordo stesso all'Amministrazione, che è soggetto terzo.

b) l'alto costo della demineralizzazione dei terreni su cui insistono gli impianti di distribuzione dei carburanti rende tali terreni in pratica inservibili e non suscettibili di riutilizzo dopo la delocalizzazione degli impianti, con conseguente esaurimento dell'utilità di detti terreni e legittimità dell'ammortamento dei costi della loro acquisizione.

Con la Sez. T, n. 23330/2017, Esposito, Rv. 645649-01, si è, poi, affermato che l'art. 66, comma 3, del d.P.R. n. 917 del 1986 va interpretato nel senso che l'anno di competenza per operare la deduzione delle perdite sui crediti deve coincidere con quello in cui si acquista certezza che questi non possono più essere soddisfatti, materializzandosi in tale momento gli elementi "certi e precisi" della loro irrecuperabilità. Diversamente, precisa la S.C., si rimetterebbe all'arbitrio del contribuente la scelta del periodo d'imposta più vantaggioso per operare la deduzione, snaturando la regola espressa dal principio di competenza che rappresenta, invece, criterio inderogabile e oggettivo per determinare il reddito d'impresa. Per effetto di tali motivazioni con la sentenza in esame si è dichiarato legittimo l'avviso di accertamento con il quale l'Agenzia delle entrate aveva rilevato l'indebita deduzione delle perdite su crediti vantati dalla società contribuente nei confronti di debitori dichiarati falliti nell'arco temporale compreso tra il 1982 e il 1992, perdite ripartite, a decorrere dal 1994, in più esercizi sulla base di un piano di ammortamento quinquennale.

Sempre con riferimento ai poteri dell'Amministrazione finanziaria in tema di determinazione del reddito di impresa la Sez. T, n. 21405/2017, Tedesco, Rv. 645617-01, ha affermato che rientra in essi la valutazione di congruità dei costi e dei ricavi esposti nel bilancio e nelle dichiarazioni con conseguente esclusione della deducibilità di parte di un costo qualora esso non risulti proporzionato ai ricavi o all'oggetto dell'impresa. Ha precisato la S.C. che il suindicato potere non può però giungere sino alla verifica oggettiva circa la necessità, o quantomeno circa l'opportunità di tali costi rispetto all'oggetto dell'attività, in quanto tale operazione è tipicamente rimessa all'imprenditore e alle sue valutazioni di strategia commerciale.

In tema di determinazione del reddito di impresa ed in ossequio al principio di competenza, la Sez. T, n. 23338/2017,

Liberati, Rv. 645809-01 ha affermato che il costo per la stipulazione di un mutuo a restituzione dilazionata in più anni, nel quale rientra la consulenza concernente la sua stipula, va detratto integralmente nell'esercizio in cui si ottiene la somma mutuata, trattandosi di spesa di competenza di detto esercizio e non di quelli successivi, nei quali vanno a ricadere non i vantaggi del prestito, ma le scadenze delle obbligazioni restitutorie.

La Sez. T, n. 22131/2017, Spina, Rv. 645634-01, ha chiarito che, in presenza di un contratto di finanziamento fruttifero di cui è parte attiva una società, ai fini tributari è indifferente il momento della riscossione degli interessi in ragione di una pattuita dilazione di pagamento, in quanto, ai sensi dell'art. 56, comma 3, del d.P.R. n. 917 del 1986 (nella formulazione vigente *ratione temporis*) tali interessi attivi sono computabili come reddito nell'esercizio in cui sono maturati. Conclude la S.C. che la dilazione di pagamento intervenuta successivamente a tale momento è un atto rilevante ai fini civilistici ma non idoneo ad estinguere l'obbligazione tributaria.

Nel caso in elargizione di aiuti comunitari, la Sez. 6-T n. 16916/2017, Solaini, Rv. 644805-01, ha affermato che questi devono essere imputati all'esercizio in cui l'ente, nella specie l'Azienda per gli Interventi sul Mercato Agricolo (AIMA), ha emesso il decreto di liquidazione, evento che rende certo e liquido il credito a favore dell'impresa, essendo rispetto ad esso del tutto irrilevante il fatto che i presupposti che hanno legittimato la suddetta erogazione si sono verificati in esercizi precedenti.

La Sez. T, n. 19219/2017, La Torre, Rv. 645290-01, ha, poi, chiarito la differenza esistente tra sopravvenuta insussistenza di passività e passività fittizia; differenza rilevante ai fini della loro iscrizione in bilancio e, dunque, di determinazione di redditi di impresa. In particolare, la S.C. ha affermato che l'art. 55 del d.P.R. n. 917 del 1986, qualifica come sopravvenienza attiva da iscrivere in bilancio anche la sopravvenuta insussistenza di passività iscritte in precedenti esercizi, essendo tali quelle esistenti al momento della loro iscrizione e poi venute meno per fatti sopravvenuti. Da tali ipotesi si distingue la passività fittizia, cioè inesistente sin dall'inizio che, come tale, non può essere equiparata alle altre passività iscritte nei precedenti esercizi in quanto essa rileva, ex art 55, al momento della sua eliminazione per decisione discrezionale del contribuente.

Una deroga al principio di competenza è stato affermato dalla Sez. T, n. 13048/2017, Iannello, Rv. 644243-01 con la quale, in relazione ai componenti negativi del reddito di impresa, si è chiarito che, in caso di loro incertezza sull'*an* o di indeterminabilità nel

quantum, è applicabile, ai sensi dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. n. 917 del 1986 (nel testo vigente *ratione temporis*) e in assenza di diverse disposizioni specifiche, il principio di cassa in deroga a quello di competenza e, dunque, gli stessi possono imputarsi all'esercizio in cui ne diviene certa l'esistenza o determinabile in modo obiettivo l'ammontare.

Con riferimento specifico al tema della deducibilità di costi da parte delle imprese le sentenze di seguito riportate hanno specificato entro quali limiti essi sono detraibili.

La Sez. T, n. 18485/2017, La Torre, Rv. 645024-01 ha affermato che, al fine di ottenere la deducibilità da parte di una impresa delle erogazioni liberali e, dunque, al fine di evitare che esse concorrano alla formazione del reddito, occorre che esse abbiano natura eccezionale e che siano effettuate a favore della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti (requisito soggettivo) ed entro determinati limiti di ammontare (requisito oggettivo). Nel caso di specie la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva erroneamente qualificato il pacco dono natalizio e il contributo per assistenza scolastica come "compensi" percepiti dal lavoratore. La S.C. ha precisato che si trattava, invero, per le caratteristiche oggettive e soggettive delle indicate erogazioni, di erogazioni liberali a carattere eccezionale, rientranti nella previsione di cui all'art. 60 del d.P.R. 597/73, nel testo vigente *ratione temporis*, rubricato "Oneri di utilità sociale".

La Sez. T, n. 14232/2017, Manzon, Rv. 644591-01, ha chiarito che le spese di sponsorizzazione di cui all'art. 90, comma 8, l. n. 289 del 2002 rilevanti ai fini delle detrazioni fiscali sono assistite da una "presunzione legale assoluta" circa la loro natura pubblicitaria, e non di rappresentanza, a condizione che: a) il soggetto sponsorizzato sia una compagine sportiva dilettantistica; b) sia rispettato il limite quantitativo di spesa; c) la sponsorizzazione miri a promuovere l'immagine ed i prodotti dello sponsor; d) il soggetto sponsorizzato abbia effettivamente posto in essere una specifica attività promozionale.

9. I fondi previdenziali integrativi. In tema di fondi previdenziali integrativi, le prestazioni erogate in forma di capitale agli iscritti, in epoca anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, ad un fondo di previdenza complementare aziendale a capitalizzazione di versamenti e a causa previdenziale prevalente, sono soggette – come confermato da Sez. T, n. 24525/2017, Esposito, Rv. 645912-01 – ad un differente trattamento tributario: a)

per gli importi maturati fino al 31 dicembre 2000, si applica il regime di tassazione separata ex artt. 16, comma 1, lett. a), e 17 del d.P.R. n. 917 del 1986, limitatamente alla “sorte capitale”, costituita dagli accantonamenti imputabili ai contributi versati dal datore di lavoro e, pertanto, corrispondente all'attribuzione patrimoniale conseguente alla cessazione del rapporto di lavoro, mentre alle somme provenienti dalla liquidazione del cd. rendimento di polizza – e, cioè, del rendimento netto del capitale accantonato – si applica, a prescindere dell'effettivo investimento dei contributi sul mercato finanziario, la ritenuta del 12,50 per cento di cui all'art. 6 della l. 26 settembre 1985, n. 482, sulla differenza tra l'ammontare del capitale corrisposto e quello dei premi riscossi, ridotta del 2 per cento per ogni anno successivo al decimo se il capitale è versato dopo almeno dieci anni dalla conclusione del contratto di assicurazione; b) per gli importi maturati a decorrere dall'1 gennaio 2001 si applica interamente il regime di tassazione separata di cui agli artt. 16, comma 1, lett. a) e 17 del d.P.R. n. 917 del 1986.

CAPITOLO XXV

L'IRAP

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. I chiarimenti delle Sez. U – 2. Il presupposto impositivo dell'autonoma organizzazione. – 3. L'IRAP e le professioni sanitarie. – 4. L'IRAP e il condono fiscale.

1. I chiarimenti delle Sez. U. In attuazione della legge 23 dicembre 1996, n. 662, con il Decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, è stata introdotta, a decorrere dal 1° gennaio 1998, l'imposta regionale sulle attività produttive esercitate nel territorio delle regioni (IRAP). I soggetti attivi del tributo sono le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano. In base all'art. 1, comma 43, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, l'IRAP ha assunto la natura di “tributo proprio della regione”. A seguito delle norme sul federalismo fiscale, l'IRAP viene più precisamente definita un tributo regionale proprio derivato, laddove questo ultimo termine indica che il suddetto tributo regionale è stato introdotto dalla legge statale che lo ha istituito e regolato, attribuendo, però, il relativo gettito alle regioni, che possono disciplinarlo entro i limiti stabiliti dalla stessa legge statale.

Il tributo si applica agli esercenti attività d'impresa e lavoro autonomo, operanti sia in forma individuale che associata, agli enti non commerciali privati nonché alle amministrazioni ed enti pubblici individuandosi il presupposto dell'imposta nell'esercizio abituale di una attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi.

Così individuata la natura del tributo in esame, nel corso del 2017 le Sezioni Unite sono intervenute in tema di IRAP, sicché appare opportuno, dedicare a tale tributo, oggetto, peraltro, di numerosissime controversie, un capitolo autonomo rispetto a quello sui tributi locali, pur rinviandosi alla parte processuale la trattazione dei relativi aspetti.

In particolare, alle Sez. U era rimessa la questione relativa all'individuazione, nel processo tributario, del *dies a quo* del termine per la costituzione in giudizio del ricorrente o dell'appellante in caso di notificazione postale diretta e sulla rilevanza, ai fini della ritualità di tale costituzione e dell'ammissibilità del ricorso e dell'appello, dell'omesso tempestivo deposito della ricevuta di spedizione quando risulti in atti l'avviso di ricevimento del relativo plico. Nel giudizio di merito la contribuente società in accomandita semplice e il socio

accomandante avevano impugnato gli avvisi di accertamento emessi sul presupposto di maggiori ricavi non dichiarati e derivanti da una vendita immobiliare. Le Sez. U, prima di affrontare la questione di diritto a loro sottoposta, hanno, in via preliminare, evidenziato che il processo era viziato, sin dal primo grado, dall'assenza del socio accomandatario e persona fisica, era litisconsorte necessario pretermesso. Ha rilevato, infatti, la S.C. che dagli atti processuali non risultava la presenza in giudizio del socio accomandatario (in proprio) ma solo della società in accomandita semplice che riportava il suo nome e del socio accomandante. Alla luce di ciò la sentenza ha rilevato che l'IRAP è imposta assimilabile all'ILOR, in quanto ha carattere reale, non è deducibile dalle imposte sui redditi ed è proporzionale, potendosi, altresì, trarre profili comuni alle due imposte dagli art. 17, comma 1, e 44 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446. Conseguenza da ciò che essendo l'IRAP imputata per trasparenza ai soci, ai sensi del richiamato articolo 5 del TUIR, sussiste il litisconsorzio necessario di tutti i soci medesimi nel giudizio di accertamento dell'Irap dovuta dalla società (Sez. U, n. 13452/2017, Cirillo E., Rv. 644364-03; Rv. 644364-02 e Rv. 644364-01).

2. Il presupposto impositivo dell'autonoma organizzazione. La S.C. ha disconosciuto la sussistenza del presupposto in esame nel caso in cui il professionista ha in locazione un immobile dove ha sede il proprio studio. La fattispecie riguardava un ragioniere titolare di un contratto di locazione di un immobile ove svolgeva la propria attività professionale. La sentenza impugnata aveva rilevato che essendo la contribuente un ragioniere che lavorava da solo con un computer e normali macchine da ufficio, la circostanza che pagasse un canone di locazione per il godimento dei locali dove esercitava materialmente la professione era irrilevante ai fini della soggezione all'IRAP, non aggiungendo al risultato ottenuto alcun vantaggio ulteriore rispetto alla situazione in cui la stessa contribuente utilizzasse uno studio con analoghe caratteristiche (60 mq. di superficie). La locazione infatti non poteva ritenersi un discrimine del presupposto richiesto dalla legge per applicare l'IRAP, giacché, normalmente, chiunque svolga l'attività di ragioniere deve disporre di uno studio dove tenere la contabilità, ricevere i clienti e la corrispondenza. La S.C. ha ritenuto legittimo tale iter argomentativo e ha affermato che la circostanza di avere in affitto un locale, nel caso di specie, non costituiva, di per sé, elemento idoneo a configurare la sussistenza dell'autonoma organizzazione, trattandosi di bene

strumentale usualmente necessario all'esercizio della professione (Sez. T, n. 16072/2017, Greco, Rv. 644793-01).

La Sez. 6-T, n. 04080/2017, Iofrida, Rv. 643204-01 ha cassato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la soggettività passiva all'imposta di un avvocato che, collaborando presso importanti studi legali, ne aveva utilizzato la struttura organizzativa, traendone utilità. Tale pronuncia si fonda sul principio secondo il quale per assoggettare a IRAP i proventi di un lavoratore autonomo è necessario che la struttura organizzata di cui questi si avvalga faccia capo allo stesso non solo ai fini operativi, ma anche sotto il profilo organizzativo.

La Sez. 6-T, n. 01136/2017, Mocci, Rv. 643317-01, ha rigettato il ricorso proposto da un avvocato fondato, tra l'altro, sulla denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 360 n. 3 c.p.c., in relazione agli artt. 2 e 3 lett. c) d.lgs. n. 446/1997, in quanto l'accertamento del giudice di merito circa l'esistenza di un'autonoma organizzazione sarebbe stato scarsamente motivato, giacché la collaborazione del coniuge-avvocato non sarebbe stata elemento idoneo a supportarne l'esistenza. La S.C. ha, sul punto, affermato che l'esercizio di una professione liberale, anche a scopo puramente collaborativo e senza un formale rapporto di associazione, è indice sintomatico di una struttura organizzativa autonoma, stante il presumibile intento di avvalersi della reciproca collaborazione e competenze, ovvero della sostituibilità nell'espletamento di alcune incombenze, sì da potersi ritenere che il reddito prodotto non sia frutto esclusivamente della professionalità di ciascun componente dello studio.

3. L'IRAP e le professioni sanitarie. La Sez. 6-T n. 23466/2017, Solaini, in corso di massimazione, dopo aver richiamato il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale, con riferimento al medico convenzionato, il requisito della autonoma organizzazione non ricorre quando il contribuente responsabile dell'organizzazione impieghi beni strumentali non eccedenti il minimo indispensabile all'esercizio dell'attività e si avvalga di lavoro altrui non eccedente l'impiego di un dipendente con mansioni esecutive, ha cassato la sentenza impugnata che aveva escluso la sussistenza del suddetto presupposto nel caso in cui un esercente la professione medica si era avvalso di due lavoratori *part time* con compiti di segreteria senza verificare se, in concreto, questi fossero equivalenti ad un lavoratore a tempo pieno.

In maniera più esplicita la Sez. 6-T n. 22027/2017, Solaini, Rv. 645678-01, ha chiarito che per quanto attiene ai medici di medicina

generale convenzionati con il SSN, la disponibilità di uno studio con le caratteristiche di cui all'art. 22 dell'Accordo collettivo nazionale reso esecutivo con d.P.R. n. 270 del 2000, in assenza di personale dipendente, esclude la ricorrenza del requisito dell'autonoma organizzazione. La sentenza ha, infatti, affermato che in tali casi la disponibilità da parte del medico delle attrezzature indicate dall'art. 22 costituisce quel "minimo indispensabile" per l'esercizio dell'attività professionale che, essendo obbligatoria ai fini dell'instaurazione e del mantenimento del rapporto convenzionale, non può integrare il requisito dell'autonoma organizzazione.

4. L'IRAP e il condono fiscale. Con la pronuncia Sez T, n. 06693/2017, Botta, Rv. 643465-01 la S.C. ha affermato che in tema di condono, l'art. 12 della legge n. 289 del 2002 è applicabile esclusivamente alle cartelle esattoriali riferibili ad IRPEF, ILOR ed IRAP incluse in ruoli emessi da uffici statali e affidati a concessionari del servizio nazionale della riscossione. In ragione di ciò tale disciplina non è applicabile alla tassa automobilistica, da ritenersi tributo proprio derivato della Regione *ex* art. 23, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, avendo contestualmente assunto la denominazione di tassa automobilistica regionale; essendo la sua definizione agevolata è condizionata all'emanazione di un provvedimento del legislatore regionale *ex* art. 13 della l. n. 289 del 2002 o, comunque, disciplinata dall'art. 5 *quinquies* del d.l. n. 282 del 2002, convertito in l. n. 27 del 2003.

CAPITOLO XXVI

L'IVA

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Gli obblighi di registrazione ed il principio di neutralità dell'imposizione armonizzata. – 2. Le operazioni imponibili a fini IVA e il diritto alla detrazione. – 3. Le esenzioni. – 4. Il credito al rimborso. – 5. I regimi speciali. – 5.1. La liquidazione dell'Iva di gruppo. – 5.2. Il regime derogatorio del margine. – 6. Le agevolazioni di aliquota. – 7. I depositi fiscali e la disciplina doganale.

1. Gli obblighi di registrazione ed il principio di neutralità dell'imposizione armonizzata. Le disposizioni del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 stabiliscono tempi e precise modalità della registrazione delle fatture e costituiscono espressione di un generalizzato obbligo di annotazione che grava sul soggetto passivo di imposta. Si tratta, per le operazioni attive, dei registri delle fatture emesse e/o dei corrispettivi e del registro degli acquisiti. Tale disciplina non trova deroga in altre previsioni di legge, in quanto le modalità e i tempi registrazione delle fatture emesse e degli acquisiti sono funzionalmente collegati alle scansioni temporali prefissate per i versamenti dell'imposta (c.d. "liquidazione periodica"), derivante dal confronto dell'IVA a debito sulle operazioni attive e dell'IVA detraibile. In tal senso, il rispetto degli obblighi di registrazione e dei requisiti sostanziali consente di superare anche le preclusioni derivanti da violazioni di carattere formale.

Con riferimento all'obbligo di registrazione delle fatture e, più in generale, a quello di annotazione la Sez. T, n. 06934/2017, Luciotti, Rv. 643310-01, ha precisato che l'elusione intenzionale della normativa fiscale e, dunque, quello relativo agli obblighi sopra cennati comporta la perdita del diritto alla detrazione. Nel caso di specie il contribuente aveva simulato lo svolgimento di un'attività di tipo associativo, così da godere della non imponibilità dei proventi conseguiti, mentre, di fatto, svolgeva un'attività commerciale così omettendo di tenere la dovuta contabilità, di registrare le fatture emesse e ricevute e di presentare le conseguenti dichiarazioni. Tale condotta è stata ritenuta dalla S.C. idonea a compromettere il buon funzionamento del sistema comune ed ad escludere il diritto alla detrazione.

Fermi i principi sopra indicati la Sez. T, n. 09611/2017, Mocci, Rv. 643957-01, ha affermato che il diritto alla detrazione, in caso di contestazione da parte dell'Ufficio, è subordinato alla prova, a carico

del contribuente, che l'imposta è stata pagata per l'acquisizione di beni o servizi inerenti all'esercizio dell'impresa mediante la produzione delle fatture e del registro in cui vanno annotate. La S.C. ha precisato che nel caso in cui il contribuente dimostri di trovarsi nell'incolpevole impossibilità di produrre tali documenti e di non essere in grado di acquisire copia delle fatture presso i fornitori dei beni o dei servizi, vale la regola generale di cui all'art. 2724, n. 3, c.c., secondo cui la perdita incolpevole del documento non costituisce di per sé motivo di esenzione dall'onere della prova, né trasferisce lo stesso a carico dell'Ufficio, ma autorizza soltanto il ricorso alla prova per testimoni o per presunzioni, in deroga ai limiti per essa stabiliti.

Con riferimento al sistema dell'inversione contabile denominato *reverse charge*, la Sez. T, n. 12649/2017, Tricomi L., Rv. 644152-01, ha, in via preliminare, ribadito il principio più volte affermato dalla S.C. secondo il quale, qualora l'Amministrazione finanziaria contesti al contribuente l'indebita detrazione di fatture ai fini IVA ed IRPEG, in quanto relative ad operazioni inesistenti, spetta all'Ufficio fornire la prova che l'operazione commerciale, oggetto della fattura, non è mai stata posta in essere, ovvero non è stata posta in essere tra i soggetti indicati nella fattura, indicando gli elementi anche indiziari sui quali si fonda la contestazione anche in merito alla conoscenza ovvero alla conoscibilità della fittizietà delle operazioni da parte del cessionario/committente che richiede la detrazione, mentre è onere del contribuente dimostrare la fonte legittima della detrazione o del costo altrimenti indeducibili e la sua mancanza di consapevolezza di partecipare ad un'operazione fraudolenta. A tali fini non è sufficiente la regolarità formale delle scritture o le evidenze contabili dei pagamenti, in quanto si tratta di dati e circostanze facilmente falsificabili. La S.C. ha, poi, precisato, che in alcuni casi l'onere probatorio dell'amministrazione finisce con l'appesantirsi, in quanto, di norma, non è possibile esigere che il cessionario/committente, al fine di assicurarsi che non sussistano irregolarità o evasioni nella catena delle cessioni, verifichi che l'emittente della fattura correlata ai beni e ai servizi ne disponesse e fosse in grado di fornirli e che abbia soddisfatto i propri obblighi di dichiarazione e di pagamento dell'IVA, o che disponga dei relativi documenti, rimarcando che tuttavia, continua a prospettarsi un obbligo di verifica in capo al cessionario/committente a fronte di indizi che gli consentano di sospettare l'esistenza appunto di irregolarità o di evasione; indizi, che devono essere allegati e provati dall'amministrazione in base ad elementi oggettivi, anche presuntivi. Tali principi risultano applicabili anche nel sistema dell'inversione

contabile denominato *reverse charge*, laddove l'obbligo di autofatturazione e le relative registrazioni assolvono una funzione sostanziale, in quanto, compensandosi a vicenda con l'assunzione del debito avente ad oggetto l'IVA a monte e la successiva detrazione della medesima imposta a valle, comportano che non permanga alcun debito nei confronti dell'Amministrazione, e consentono i controlli e gli accertamenti fiscali sulle cessioni successive; ne consegue che, in tal caso, ai fini del disconoscimento del diritto alla detrazione dell'IVA da parte dell'amministrazione finanziaria, è ammessa anche la prova mediante presunzioni, gravi, precise e concordanti, con conseguente inversione dell'onere probatorio sul contribuente.

2. Le operazioni imponibili a fini IVA e il diritto alla detrazione. Il criterio generale di individuazione delle operazioni imponibili è quello della possibilità di ricomprendere le stesse nell'ambito della attività di impresa. In tal senso, la S.C., con la sentenza Sez. T, n. 17276/2017, De Masi, Rv. 644900-01, ha affermato che in tema di imposta di registro e alla luce del principio di alternatività con l'IVA consacrato nell'art. 40 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, la sentenza di condanna con la quale un istituto di credito ottiene il recupero delle somme dovutegli per un finanziamento va sottoposta a tassazione fissa, in base alla previsione della nota II dell'art. 8 della tariffa, parte I, allegata al cennato d.P.R. senza distinzione tra quota capitale e quota interessi, quando questi ultimi non abbiano natura moratoria ma convenzionale e, quindi, (con la commissione di massimo scoperto e la capitalizzazione trimestrale) il corrispettivo prodotto dall'operazione di finanziamento, trattandosi di prestazioni, ancorché esenti, attratte pur sempre all'orbita dell'IVA.

Sullo stesso percorso interpretativo sopra enunciato, la Sez. T, n. 16172/2017, Scarcella, Rv. 644705-01, ai fini della individuazione della base imponibile rilevante ai fini dell'IVA, ha affermato che le somme riconosciute in sede di transazione tra le società a titolo di interessi e rivalutazione, relative ai corrispettivi, pure transatti, dei servizi resi tra le parti sono assoggettabili ad IVA e non all'imposta di registro in misura proporzionale quando, secondo l'interpretazione del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità purché logicamente e congruamente motivata, gli interessi abbiano natura compensativa e non moratoria, e la rivalutazione abbia natura retributiva e non risarcitoria, costituendo obbligazioni accessorie a quella principale.

La Sez. T, n. 09502/2017, Bruschetta, Rv. 643922-01, ha negato ad una società il diritto alla detrazione delle spese sostenute per la costruzione di un immobile. In particolare, la S.C. ha rilevato che tale diritto, ai sensi degli artt. 19 e 19 *bis* del d.P.R. n. 633 del 1972, sussiste se, al momento della costruzione, l'intenzione del contribuente è quella di utilizzarlo per operazioni imponibili, e non, invece, ove sia stato realizzato per attività non imponibili, anche se successivamente siano state effettuate operazioni imponibili. La fattispecie riguardava le spese sostenute per la costruzione di un Centro Polifunzionale adibito a residenza sanitaria assistenziale, benché in un certo periodo fossero state ivi svolte attività imponibili provate dall'esistenza di una sala congressi da circa cento posti.

Con specifico riferimento al diritto alla detrazione, la Sez. T, n. 06921/2017, Fuochi Tinarelli, Rv. 643596-01 ha indicato i presupposti e i limiti per il suo esercizio nel caso in cui il contribuente fondi lo stesso su una presunta eccedenza risultante dalle liquidazioni periodiche, ma abbia omesso la dichiarazione annuale. In particolare, secondo la S.C., il contribuente può portare in detrazione l'eccedenza d'imposta anche in assenza della dichiarazione annuale finale (e fino al secondo anno successivo a quello in cui è sorto il diritto) purché essa risulti dalle dichiarazioni periodiche e siano rispettati i requisiti sostanziali per poter fruire della detrazione. Non vi è, invece, la necessità di dare ingresso all'accertamento induttivo (che comunque impone, per legge, pur sempre lo scomputo dei versamenti, se effettuati per operazioni reali e inerenti), valendo il principio che l'amministrazione finanziaria non può pretendere la restituzione di somme per ragioni di pura forma senza addurre rilievi sulla loro effettiva spettanza. Rileva, ancora, la S.C. la compatibilità della situazione in esame con il ricorso alla procedura automatizzata: la mancata presentazione di una dichiarazione fiscale, infatti, costituisce circostanza idonea a rappresentare una di quelle notizie che rilevano come dato storico e fattuale e consentono l'avvio della procedura automatizzata, dovendo il fisco provvedere in sede di controllo «sulla base dei dati e degli elementi direttamente desumibili dalle dichiarazioni fiscali presentate e di quelli in possesso dell'anagrafe tributaria», che registra appunto la presentazione (e, dunque, l'omissione) delle dichiarazioni medesime. In sostanza la questione attiene esclusivamente al piano probatorio, essendo l'infrazione emendabile sul piano del rapporto impositivo laddove si disponga ugualmente delle informazioni necessarie per dimostrare che il soggetto passivo, in quanto acquirente, ha il diritto di recuperare l'imposta pagata a titolo di rivalsa sempreché non risulti in concreto

impedita la prova dell'adempimento dei requisiti sostanziali. Conclude la S.C. che se il contribuente si attiene agli obblighi formali-contabili prescritti dalla normativa interna grava sull'Amministrazione fiscale che intenda disconoscere il diritto a detrazione negando la corrispondenza della realtà effettuale a quella rappresentata nelle scritture contabili l'onere della relativa contestazione e della consequenziale prova; mentre, se a tali obblighi non si attiene, spetta al contribuente fornire adeguata prova dell'esistenza delle condizioni sostanziali cui la normativa comunitaria ricollega l'insorgenza del diritto alla detrazione, dimostrando che, in quanto destinatario di transazioni commerciali, è debitore dell'IVA e titolare del diritto di detrarre l'imposta.

Nel caso di società non residente nel territorio dello Stato questa ha diritto ad ottenere la detrazione IVA anche se non ha nominato un rappresentante fiscale (Sez. T, n. 21411/2017, Luciotti, Rv. 645622-01. Sul punto la S.C. ha precisato che se è vero che il suindicato diritto può essere esercitato solo dopo aver acquisito la soggettività passiva mediante la nomina di un rappresentante fiscale e l'identificazione diretta secondo quanto previsto dagli artt. 27 e 35 ter del d.P.R. n. 633 del 1972, tuttavia, nel caso di specie, la mancata nomina non preclude il diritto alla detrazione ad essa spettante. Nella fattispecie la S.C. ha affermato che la nomina del rappresentante IVA è una facoltà e, se non esercitata, è comunque riconosciuto il recupero dell'imposta detraibile attraverso la diversa procedura disciplinata dall'art. 38 *ter* del d.P.R. n. 633 del 1972.

La Sez. T, n. 02875/2017, Luciotti, in corso di massimazione ha, poi, indicato entro quali limiti è irrilevante, ai fini della detrazione, la congruità del corrispettivo dell'operazione. In proposito, la S.C., dopo aver affermato che il diritto dei soggetti passivi di detrarre dall'imposta di cui sono debitori quella dovuta o versata a monte per l'acquisto di beni o servizi prestati non può, in linea di principio, subire limitazioni, in quanto essenziale ad assicurare la neutralità fiscale del tributo, con la conseguenza che è irrilevante che un'operazione economica sia effettuata ad un prezzo superiore o inferiore a quello normale di mercato, ha poi precisato che ciò vale salvo che l'Amministrazione finanziaria dimostri, sulla base di elementi oggettivi, che la detrazione sia invocata in modo fraudolento o abusivo, assumendo l'antieconomicità valore indiziario della falsità dell'operazione o del prezzo o di non ineranza del bene o del servizio acquistati all'attività espletata.

3. Le esenzioni. Il diritto all'esenzione dal pagamento dell'IVA è connesso alla natura delle operazioni commerciali poste in essere. In proposito, la S.C. ha ribadito il principio generale secondo cui, l'art. 10 n. 8 *bis* d.P.R. n. 633 del 1972 riconosce un'esenzione d'imposta in favore dell'impresa che ha come oggetto esclusivo o principale dell'attività esercitata la rivendita di fabbricati. In proposito la S.C. ha precisato che la suddetta esenzione ricorre a condizione che la cessione dell'immobile a destinazione abitativa sia effettivamente avvenuta tra soggetti economici diversi e, dunque, nella fattispecie, lo ha escluso nel caso in cui vi è un rapporto di controllo ex art. 2359 c.c. fra cedente e cessionaria (Sez. T, n. 21725/2017, La Torre, Rv. 645624-01).

In tema di associazioni sportive la Sez. T, n. 12698/2017, Manzon, Rv. 644258-01, ha precisato che i compensi da queste percepiti a fronte dell'attività didattica svolta sono sottoposti all'esenzione prevista dall'art. 10, n. 20, del d.P.R. n. 633 del 1972 a condizione che tali prestazioni siano state formalmente riconosciute dagli organi della P.A. competenti nel settore, oppure da organismi da essi vigilati come le federazioni sportive non rientrando in esse la UISP a cui era iscritta la ricorrente.

4. Il credito al rimborso. Ferma la scelta attribuita al contribuente relativa ad avvalersi del rimborso o della detrazione IVA, la Sez. T, n. 05387/2017, Vella, Rv. 643293-01 ha precisato che egli può modificare l'originaria richiesta di rimborso, optando per la compensazione del credito, solamente, ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, entro l'anno successivo alla maturazione del credito medesimo, in quanto il principio di alternatività tra rimborso e detrazione esclude l'illimitata possibilità di revoca della scelta del rimborso, originariamente effettuata.

Quanto alla necessità di una apposita istanza di rimborso nel caso in cui il contribuente abbia esposto il proprio credito verso l'Amministrazione nella dichiarazione, la Sez. T, n. 04559/2017, Petitti, Rv. 643105-01 ha escluso tale necessario e ulteriore atto da parte del privato qualora il credito di imposta sia già desumibile dalle dichiarazioni del contribuente e non sia contestato dall'Amministrazione finanziaria. Ha precisato la S.C. che la presenza in tali casi di una specifica istanza costituisce solo il presupposto di esigibilità per l'avvio del relativo procedimento. Da ciò consegue che non trova applicazione il termine biennale di decadenza previsto dall'art. 21, comma 2, ultima parte, del d.lgs. n. 546 del 1992, ma solo quello di prescrizione decennale ex art. 2946 c.c. In applicazione di

tale principio, la S.C. ha rigettato il ricorso dell'Amministrazione, che negava il rimborso invocando il termine decadenziale biennale, in quanto il credito del contribuente emergeva dalla dichiarazione dell'anno 2001, non contestata dall'Ufficio, sebbene non fosse stato riportato, per un mero errore di compilazione, nella dichiarazione annuale IVA dell'anno successivo.

Altra pronuncia che merita di essere segnalata è la Sez. T, n. 15017/2017, Iannello, Rv. 644695-01 intervenuta a seguito di ricorso dell'Agenzia dell'entrate nell'ambito di una controversia relativa all'impugnazione di avviso di fermo amministrativo, *ex art. 69*, sesto comma, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, del rimborso Iva richiesto per il primo trimestre 2008; ricorso proposto a seguito della sentenza della Commissione tributaria regionale che aveva rigettato l'appello dell'Ufficio, ritenendo tale norma inapplicabile in sede tributaria perché superata da una legge speciale, ossia dall'art. 48 *bis* d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, in vigore dal 1 dicembre 2007. La S.C., nell'accogliere il ricorso, ha affermato che il fermo amministrativo di cui all'art. 69 del r.d. n. 2440 del 1923 il quale prevede che “qualora un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo”, ha portata generale in quanto mira a garantire la certezza dei rapporti patrimoniali con lo Stato, mediante la concorrente estinzione delle poste reciproche (attive e passive), con la conseguente sua applicabilità anche ai rimborsi dell'I.V.A., fino al sopraggiungere dell'eventuale giudicato negativo circa la concorrente ragione di credito vantata dall'erario. In proposito la S.C. ha precisato che non osta a tale applicazione l'art. 48 *bis* del d.P.R. n. 602 del 1973, in quanto le norme in esame hanno presupposti, finalità e destinatari diversi, postulando tale ultima disposizione crediti tributari già iscritti a ruolo rafforzandone l'esecutività con la previsione che il contribuente moroso non possa incassare pagamenti da pubbliche amministrazioni, subendo, così, l'esecuzione da parte degli agenti della riscossione, ciò che esclude la compensabilità dei crediti iscritti a ruolo con quelli vantati dal soggetto moroso. L'art. 69, dal canto suo, si rivolge solo alle amministrazioni creditrici appartenenti allo Stato – e non a qualunque amministrazione debitrice – attribuendo loro la facoltà di chiedere ad altre amministrazioni dello Stato, che siano debtrici nei confronti di un contribuente, di sospendere i propri pagamenti quando le prime ritengano di avere verso il medesimo contribuente ragioni di credito, ancorché privo di certezza, liquidità, esigibilità, così

tutelando in via cautelare il credito dello Stato, che, quando accertato, sarà fatto valere in via di compensazione.

5. I regimi speciali.

5.1. La liquidazione dell'Iva di gruppo. La liquidazione Iva di gruppo è un particolare meccanismo di liquidazione dell'imposta dovuta nell'ambito dei gruppi societari. La procedura prevede che i versamenti periodici e il conguaglio di fine anno (nonché i relativi adempimenti) siano effettuati dalla società controllante; quest'ultima, infatti, determina l'Iva dovuta ovvero il credito del gruppo attraverso un sistema di compensazione interna dei crediti e dei debiti Iva emergenti dalle liquidazioni periodiche e dalle dichiarazioni annuali delle società del gruppo. Alla procedura si accede su opzione, esercitabile in presenza delle condizioni richieste dalla legge. La relativa disciplina è dettata dall'articolo 73, comma 3, del d.P.R. n. 633 del 1972 che prevede un più favorevole regime di liquidazione dell'“IVA di gruppo”, consentendo la possibilità di optare per la compensazione del credito di imposta di una società con gli importi dovuti a debito, per la medesima imposta, da altra società appartenente allo stesso gruppo.

Sul tema, la Sez. T, n. 12639/2017, Perrino, Rv. 644691-01 dopo aver premesso che tale meccanismo di liquidazione dell'imposta semplifica gli obblighi di dichiarazione e di versamento, ha precisato che di tale procedura è necessario che la contribuente dichiari di volersi avvalere con una dichiarazione espressa, rispetto alla quale non si dà l'equipollenza di alcun comportamento concludente, come espressamente prevede l'art. 4 del d.P.R. 10 novembre 1997 n. 442. Conseguendo da tale *iter* argomentativo che, nel caso in cui manchi l'opzione per la procedura semplificata, inevitabilmente la società, benché sia un'holding, dovrà dichiarare e versare l'IVA secondo le regole generali e, quindi, non potrà compensare le proprie ragioni di debito/credito con ragioni di debito/credito di altre società del gruppo, costituendo anche la tardiva presentazione della dichiarazione di opzione per il regime di liquidazione dell'iva di gruppo, rispetto al termine stabilito per legge, una violazione non meramente formale ma sostanziale in quanto essa è idonea a incidere sul versamento del tributo ed anche ad ostacolare l'esercizio dell'attività di controllo.

La Sez. T, n. 12645/2017, Perrino, Rv. 645302-01 ha, poi, precisato che nel caso di pagamento dell'IVA di gruppo, le eccedenze di credito emergenti dalle dichiarazioni delle controllate non possono essere utilizzate in compensazione cd. orizzontale dalla controllante

in ragione del combinato disposto ai sensi dell'art. 73, comma 3, del d.P.R. n. 633 del 1972 e dell'art. 8 del d.P.R. 14 ottobre 1999, n. 542. Tale affermazione si fonda sul fatto che la disponibilità delle eccedenze in esame è trasferita, per effetto dell'opzione per il regime di liquidazione dell'IVA di gruppo, alla capogruppo, che, in base all'art. 4, comma 4, del d.m. n. 11065 del 1979, le annota nei propri registri. La S.C. ha precisato che detta limitazione risulta coerente con la natura meramente endoprocedimentale della disciplina dell'IVA di gruppo, finalizzata unicamente a semplificare la liquidazione ed il versamento del tributo. In forza di detta natura procedimentale della disciplina le società controllate non perdono al loro soggettività ai fini fiscali, sicché la compensazione è ammissibile per i soli crediti che siano confluiti nella dichiarazione presentata dalla società controllante ed influenti sull'IVA complessivamente dovuta dalla capogruppo e dalle controllate, crediti che restano soggetti passivi d'imposta. Conclude la S.C. affermando che la compensazione indebitamente operata in simili casi comporta l'applicabilità della sanzione di cui all'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 471 del 1997 posto che il mancato versamento del tributo alle scadenze previste determina il ritardato incasso erariale, con *deficit* di cassa, sia pure transitorio, nel periodo infrannuale.

5.2. Il regime derogatorio del margine. Il cd. regime del margine è un regime speciale dell'I.V.A. previsto per il commercio di quei beni che, una volta fuoriusciti dal circuito del commercio, vi vengono reimmessi in quanto “usati”. La specialità, rispetto al regime ordinario, si concretizza sotto diversi profili. In primo luogo il sistema di calcolo dell'imposta non è quello “imposta da imposta” ma è quello “base da base”. Inoltre, di conseguenza, il calcolo della base imponibile su cui applicare l'I.V.A. deriva dalla differenza tra il prezzo di vendita e il prezzo di acquisto del bene (il margine). Per il calcolo di questo “margine”, infine, il legislatore, a seconda dei beni commercializzati, ha previsto tre diversi tipi di metodo (analitico, forfettario, globale), ai quali corrispondono differenti obblighi contabili a carico del contribuente.

Con riferimento a tale particolare regime Sez. U, n. 21105/2017, Virgilio, Rv. 645308-01, ha affermato che il regime del margine – previsto dall'art. 36 del decreto legge 23 febbraio 1995, n. 41, conv. con modif. in legge 22 marzo 1995, n. 85, per le cessioni da parte di rivenditori di beni d'occasione, di oggetti d'arte, da collezione o di antiquariato – costituendo un regime speciale in favore del contribuente, facoltativo e derogatorio rispetto al sistema normale

dell'imposta, deve essere applicato in modo rigoroso e restrittivo. Conseguendo da tale principio che, qualora l'Amministrazione contesti, in base ad elementi oggettivi e specifici, che il cessionario abbia indebitamente fruito di tale regime, spetta a quest'ultimo dimostrare la sua buona fede. Questa, nel caso di compravendita di auto storiche viene individuata dalla S.C. nel fatto che il contribuente-cessionario deve dimostrare la propria buona fede, intesa come comprensiva sia dell'assenza di consapevolezza che il suo acquisto si iscriveva nel contesto di un'evasione dell'IVA, sia dell'uso della necessaria diligenza, ossia di aver adottato tutte le misure ragionevolmente esigibili da parte di un operatore accorto, al fine di assicurarsi che una tale evenienza dovesse escludersi. In particolare, il caso di specie riguardava la compravendita di auto storiche di talché la S.C. ha rilevato che rientra nell'ambito delle precauzioni che si possono senz'altro richiedere ad un cessionario l'esame della storia del veicolo, quanto meno con riferimento all'individuazione dei precedenti intestatari del mezzo, risultanti dalla carta di circolazione, documento in possesso dell'acquirente in quanto indispensabile ai fini del perfezionamento dell'operazione. Altrettanto esigibile è l'accertamento relativo alle qualità di tali intestatari, anteriori cedenti, cioè verificare, eventualmente mediante l'acquisizione di ulteriori dati di rapido reperimento, se essi siano, o meno, soggetti legittimati ad esercitare, nel caso di specie, il diritto di detrazione dell'IVA. Nel caso di esito positivo della verifica, il diritto di applicare il regime del margine deve essere riconosciuto, anche quando l'amministrazione dimostri che, in realtà, l'imposta è stata detratta.

6. Le agevolazioni di aliquota. La Sez. T, n. 05943/2017, Lucioti, Rv. 643302-03 relativamente all'aliquota agevolata dell'IVA per l'acquisto della casa di abitazione ha premesso che in considerazione del fatto che è frequente nella pratica l'eventualità che, anteriormente alla stipula dell'atto di acquisto, vengano versati acconti del prezzo pattuito, il legislatore ha previsto che la dichiarazione da parte dell'acquirente possa essere resa, oltre che nello stesso atto di acquisto, anche in sede di contratto preliminare concluso ai sensi dell'art. 1351 del codice civile, ciò al fine di poter fruire dell'aliquota agevolata in relazione agli acconti corrisposti anteriormente alla stipulazione dell'atto di acquisto. Resta inteso che la dichiarazione eventualmente resa nell'atto preliminare deve essere comunque ripetuta nell'atto definitivo in quanto la nota II *bis* all'art. 1 della tariffa, parte prima, allegata al T.U. sull'imposta di registro subordina l'applicazione dell'aliquota agevolata alla sola circostanza

che la dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti necessari per usufruire dell'agevolazione sia resa nell'atto di acquisto e non richiede che tali requisiti sussistano anche al momento del pagamento degli acconti. Ha, poi, precisato la S.C. che con la circolare 2 marzo 1994 n 1/E del Ministero delle finanze si è anche previsto che, qualora la dichiarazione di possedere i requisiti per usufruire del beneficio "prima casa" non sia resa dall'acquirente nel contratto preliminare, ma esclusivamente nell'atto di acquisto, le fatture relative agli acconti, già emesse con l'aliquota del 10 per cento (applicabile alle cessioni di case di abitazione non di lusso ai sensi del n. 127 *undecies*) della Tabella A, parte terza allegata al d.P.R. n. 633 del 1972) potranno essere rettifiche ai sensi dell'art. 26 del dpr n. 633 del 1972, onde consentire l'applicazione dell'aliquota ridotta del 4% sull'intero corrispettivo. In ragione di tale esegesi normativa, la S.C. ha concluso che, laddove l'acquirente non abbia dichiarato, già nel contratto preliminare di volersi avvalere dell'agevolazione per l'acquisto della casa di abitazione non di lusso, le fatture già emesse per eventuali acconti possono essere rettifiche per consentire l'applicazione dell'aliquota ridotta sull'intero corrispettivo.

Sez. T, n. 19214/2017, Iannello, Rv. 645453-01, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto illegittimo l'avviso di liquidazione Iva e irrogazione di sanzioni afferente la compravendita di fabbricato stipulata il 18/6/1998 per la quale l'acquirente aveva fruito dell'aliquota Iva agevolata del 4% – revocata per effetto della modifica del comma 4 della nota II *bis* all'art. 1 della Tariffa, parte I, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, ad opera dell'art. 41 *bis*, comma 5, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni in legge 24 novembre 2003, n. 326 – avendo l'acquirente medesimo proceduto a rivendere l'immobile prima del decorso dei cinque anni previsti dalla legge, senza provvedere al riacquisto, entro il successivo anno, di altro immobile da adibire a prima casa. La sentenza in esame si fonda sul principio di diritto secondo il quale occorre muovere dalla *ratio* della novella normativa che è quella di consentire il subingresso dell'Agenzia delle entrate, a decorrere dal 1 gennaio 2001 (secondo il disposto dell'art. 1 d.m. 28 dicembre 2000) in tutti i rapporti giuridici, i poteri e le competenze in materia tributaria facenti capo al Ministero dell'economia e delle finanze (art. 57, comma 1, d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300), ivi compresa la gestione dei rapporti giuridici tributari pendenti in cui era parte l'Amministrazione statale (con subentro dell'Agenzia fiscale *ex lege*, a titolo di speciale successione particolare), anche con l'avvertita esigenza di equiparare, sotto il profilo delle conseguenze della revoca

dell'agevolazione, gli atti soggetti a Iva e quelli soggetti a imposta proporzionale di registro. In sostanza, precisa la S.C. che in ragione di esigenze di interpretazione sistematica legate all'effettiva *ratio* dell'intervento riformatore, comporta che il mutamento degli elementi normativi testuali nella nuova previsione dia luogo ad una mera ridefinizione formale delle conseguenze derivanti dalla revoca dell'agevolazione fiscale "prima casa", con la conseguenza che, con riguardo alle fattispecie di diritto intertemporale, non può ravvisarsi alcuna violazione del principio del *favor rei* sancito dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 472 del 1997, ove l'amministrazione fiscale abbia provveduto a liquidare la differenza d'imposta e ad applicare la sanzione del 30% piuttosto che ad applicare una sanzione pari alla differenza di imposta maggiorata dal 30% (alla stregua della normativa vigente *ratione temporis*).

7. I depositi fiscali e la disciplina doganale. La disciplina nazionale delle operazioni relative a scambi con Paesi che si trovino fuori del territorio dell'Unione Europea, come configurata dal d.P.R. n. 633 del 1972, art. 8, è ispirata al principio della detassazione dei beni "in uscita" dal territorio comunitario, e dell'applicazione dell'IVA italiana a quelli "in entrata". Tuttavia, al fine di conciliare l'esenzione da IVA delle operazioni di cessione di beni destinati al consumo all'estero, e non in territorio nazionale, ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. n. 633 del 1972, con il diritto – essenziale nel sistema comunitario dell'IVA – alla detrazione dell'imposta sugli acquisti, il legislatore ha introdotto talune operazioni concretamente non imponibili, sebbene astrattamente assoggettabili ad imposta.

Giova, però, evidenziare che le operazioni escluse dall'IVA per difetto di territorialità non devono essere confuse con le operazioni non imponibili – tra le quali, le cessioni all'esportazione – soggette al presupposto territoriale e agli obblighi formali di fatturazione, dichiarazione e così via.

La Sez. T, n. 12231/2017, Bielli, Rv. 644127-01 ha affermato che l'Amministrazione finanziaria non può pretendere il pagamento dell'imposta sul valore aggiunto all'importazione dal soggetto passivo che, non avendo materialmente immesso i beni nel deposito fiscale, si è illegittimamente avvalso del regime di sospensione di cui all'art. 50 *bis*, comma 4, lett. b), del d.l. n. 331 del 1993, conv., con modif., dalla l. n. 427 del 1993, qualora costui abbia già provveduto all'adempimento, sebbene tardivo, dell'obbligazione tributaria nell'ambito del meccanismo dell'inversione contabile mediante un'autofatturazione ed una registrazione nel registro degli acquisti e

delle vendite. Tali conclusioni tengono conto del fatto che la violazione del sistema del versamento dell'IVA, realizzata dall'importatore per effetto dell'immissione solo virtuale della merce nel deposito, ha natura formale e non incide, pertanto, sul suo diritto alla detrazione, come chiarito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 17 luglio 2014, in C-272/13. Con tale pronuncia si è, infatti, precisato che la violazione in esame può essere punita, in relazione allo scarto temporale tra la dichiarazione e l'autofatturazione, con una specifica sanzione per il ritardo – non fissa e che può consistere anche nel computo degli interessi di mora, purché sia rispettato il principio di proporzionalità – la cui adeguata determinazione, implicando un accertamento di fatto, compete al giudice di merito.

CAPITOLO XXVII

L'IMPOSTA DI REGISTRO E DI SUCCESSIONE

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. L'imposta di registro e le modalità calcolo in casi particolari. – 2. L'imposta di registro sugli atti dell'autorità giudiziaria. – 3. Il rimborso d'imposta. – 4. Le agevolazioni prima casa. – 5. I requisiti e presupposti per usufruire del beneficio. – 6. Il trasferimento di residenza e la forza maggiore. – 7. L'abitazione di lusso: parametri e modalità di accertamento. – 8. La decadenza dal beneficio. – 9. L'imposta sulle successioni e donazioni. – 10. La revisione del titolo di tassazione.

1. L'imposta di registro e le modalità di calcolo in casi particolari. L'imposta di registro si caratterizza per il fatto di essere una "imposta d'atto" che deriva dall'esistenza di determinati atti giuridici, i quali devono o possono essere oggetto di registrazione. Il d.P.R. n. 131 del 26 aprile 1986 definisce l'ambito oggettivo di applicazione dell'imposta di registro facendo riferimento alle formalità di registrazione cui l'atto è soggetto. Sono sottoposte a prelievo diverse categorie di atti (art. 1) gli atti soggetti a registrazione obbligatoria; gli atti volontariamente presenti per la registrazione.

L'imposta di registro è caratterizzata dal principio di alternatività rispetto all'IVA. In sostanza, laddove l'operazione sia soggetta a IVA è esclusa l'applicazione dell'imposta proporzionale di registro.

La Sez. T, n. 24134/2017, Giordano, Rv. 645909-01 ha affrontato il tema dell'aliquota agevolata dell'imposta di registro per il trasferimento di immobili di interesse storico, artistico o archeologico culturale. In proposito la S.C. ha affermato che il riconoscimento della stessa nella misura del 3%, presuppone che l'acquirente presenti, contestualmente all'atto da registrare e qualora il vincolo non sia stato ancora imposto, una attestazione rilasciata dalla Soprintendenza competente da cui risulti che è in corso il relativo procedimento, dovendo, entro il termine di due anni decorrenti dalla registrazione dell'atto, documentare l'avvenuta sottoposizione, pena la revoca dell'agevolazione. Nel caso di specie la S.C. ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale l'amministrazione aveva recuperato l'imposta di registro non versata all'atto della registrazione, non avendo l'acquirente dichiarato alcunché in ordine alla procedura di sottoposizione del bene al vincolo e non avendo prodotto la documentazione comprovante detta sottoposizione nel termine dei due anni.

La Sez. T, n. 19543/2017, Fasano, Rv. 645122-01, con riferimento ai trasferimenti di immobili compresi nei piani di recupero (d'iniziativa pubblica o privata, purché convenzionati), ha affermato che le agevolazioni *ex art.* 5 della l. n. 168 del 1982 è applicabile anche nel caso in cui di tale agevolazione abbia già usufruito il precedente acquirente, purché il fabbricato necessiti di un intervento di risanamento ulteriore rispetto a quello già realizzato e il nuovo intervento sia eseguito in attuazione del piano di recupero indicato nell'atto di trasferimento e sia conforme al cd. piano di recupero generale, adottato dal comune in conformità ai presupposti indicati dalla legge 5 agosto 1978, n. 457.

Ed ancora, sempre in tema di cessioni e locazioni di immobili a destinazione abitativa o di loro frazioni, la Sez. T, n. 17783/2017, Fasano, Rv. 645013-01, ha precisato che l'art. 10, comma 4, lett. c), del d.l. n. 323 del 1996, inserendo nell'art. 10 del d.P.R. n. 633 del 1972 il n. 8 *bis*, ha previsto per tali atti e in favore dell'impresa che ha come oggetto esclusivo o principale l'attività di rivendita di fabbricati – per tale dovendosi intendere quella che, oltre che per espressa previsione contenuta negli atti societari, svolga effettivamente, in modo esclusivo o prevalente, operazioni di vendita di fabbricati precedentemente acquistati o costruiti – il regime di esenzioni dell'imposta sul valore aggiunto essendo essi assoggettati all'imposta di registro in misura proporzionale.

La Sez. T, n. 16560/2017, Nocera Rv. 644895-01, si è occupata delle vendite di beni acquistati al pubblico incanto e della relativa determinazione della base imponibile su cui calcolare l'imposta di registro. In proposito la S.C. ha precisato che l'art. 44, comma 1, del d.P.R. n. 131 del 1986, nel prevedere che “per la vendita di beni mobili e immobili fatta all'incanto in sede di espropriazione forzata o comunque all'asta pubblica e per i contratti stipulati o aggiudicati a seguito di pubblico incanto, la base imponibile è costituita dal prezzo di aggiudicazione” non trova applicazione per le successive vendite del bene. Conseguente da tale affermazione, secondo la pronuncia in esame, che è legittima la rettifica operata dall'Ufficio del registro dei valori dichiarati nell'atto di vendita, anche quando l'immobile sia pervenuto ai venditori secondo le modalità sopra indicate e, dunque, a seguito di aggiudicazione intervenuta nel triennio precedente la vendita, se questi sono ritenuti non conformi a quelli venali dei beni in comune commercio, potendo, a tale fine, utilizzarsi il criterio più opportuno fra quelli consentiti dall'art. 51 del d.P.R. n. 131 cit., ed indicando, quale motivazione necessaria e sufficiente dell'atto impositivo, il criterio od i criteri effettivamente utilizzati.

Sempre ai fini della determinazione dell'imposta di registro applicabile al singolo negozio, la S.C. ha precisato che assume rilievo la causa reale e, quindi, l'obiettivo economico perseguito delle parti, con la conseguenza che si è in presenza di una cessione d'azienda nel caso di distinte cessioni di beni aziendali, essendo irrilevante che le rimanenze di merci siano state escluse dal negozio traslativo e solo in seguito acquistate separatamente dalla medesima cessionaria, in parte direttamente, in parte mediante l'interposizione di una controllata (Sez. T, n. 21767/2017, Fuochi Tinarelli, Rv. 645463-01).

Sempre sulla scia della rilevanza della causa concreta dei negozi ai fini dell'individuazione dell'imposta di registro a cui essi devono essere sottoposti e dei conseguenziali poteri interpretativi facenti capo all'Amministrazione dell'assetto di interessi perseguito dai privati, la S.C. ha precisato che quest'ultima, seppur non è tenuta a conformarsi alla qualificazione attribuita dalle parti al contratto, non può travalicare lo schema negoziale tipico in cui l'atto risulta inquadrabile, salva la prova da parte della stessa, sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione ed alterazione degli schemi negoziali classici posto in essere dai contraenti. Tali principi generali sono stati ritenuti applicabili dalla S.C. anche nell'ipotesi di cessione dell'intera partecipazione societaria, giuridicamente diversa dalla cessione di azienda e, dunque, nella fattispecie concreta la S.C. nel confermare la sentenza impugnata ha escluso il collegamento negoziale e la conseguente configurabilità di un'unica cessione di azienda nell'ipotesi di conferimento, da parte della contribuente, di due distinti rami d'azienda in due neo-costituite società e di successiva cessione delle relative partecipazioni ad una terza società (Sez. 5 n. 02054/2017, D'Isa, Rv. 642530-01).

La Sez. T, n. 27290/2017, Fuochi Tinarelli, in corso di massimazione, ha affermato che ai fini della qualificazione di un negozio quale cessione di azienda, assoggettabile pertanto ad imposta di registro anziché ad IVA, non occorre che il complesso ceduto permetta l'esercizio attuale dell'attività di impresa, essendo all'uopo sufficiente la sua attitudine potenziale a poter essere destinato a tale esercizio. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto di non poter qualificare come cessione di azienda il negozio avente ad oggetto la cessione di alcune centrali idroelettriche in quanto esso non poteva trasferire le relative concessioni amministrative di derivazione idrica.

In una controversia avente ad oggetto l'avviso di liquidazione con recupero a tassazione delle imposte di registro, ipotecarie e catastali applicate in misura fissa piuttosto che proporzionale ad un

atto di risoluzione consensuale di pregresso atto di compravendita immobiliare *inter partes*, la S.C., confermando il proprio orientamento, ha evidenziato che solo quando la risoluzione del contratto dipende da clausola risolutiva l'atto resta soggetto ad imposta in misura fissa, mentre, nel caso di specie, laddove lo scioglimento si ha per mutuo consenso, l'effetto è rappresentato dal nuovo trasferimento di proprietà, seppure con efficacia *ex tunc*, applicandosi, pertanto, l'imposta in misura proporzionale (Sez. T, 15403/2017, Vella, Rv. 644714-01).

Con riferimento alle agevolazioni previste a favore dei coltivatori diretti in materia di imposta di registro, *ex art 9 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601*, essa deve essere riconosciuta nel caso in cui l'acquirente risulta avere la suddetta qualità che sussiste senza la necessità che egli eserciti in via esclusiva o prevalente l'attività di coltivatore diretto rispetto ad altre eventualmente esercitate. Queste ultime assumono rilevanza solo nel caso in cui il loro esercizio si pone in termini di incompatibilità con l'attività di coltivatore diretto. In applicazione di tale principio la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva negato l'esercizio abituale e diretto della coltivazione da parte del contribuente, in quanto precluso dallo svolgimento, ad opera del contribuente, dell'attività di assessore comunale e di gestione di società da cui, peraltro, aveva tratto redditi di ben dieci volte superiori a quelli di provenienza agricola. (Sez. T, 11642/2017, Stalla, Rv. 644106-01).

Con riferimento al cd *leasing* traslativo, la S.C. ha affermato che esso è soggetto, quanto all'imposta di registro, al regime della vendita con riserva di proprietà venendo in rilievo la sua funzione economica che non si limita a consentire il godimento temporaneo del bene, ma è rivolta al suo trasferimento che viene differito nel tempo con la rateizzazione del prezzo (Sez. T, n. 08110/2017, Carbone, Rv. 643609-01).

Nel caso di contratto di permuta di cosa presente (terreno) con cosa futura (manufatto edilizio da costruire sull'area edificabile a cura e con i mezzi dell'acquirente) assume rilievo, ai fini dell'individuazione dell'imposta di registro dovuta, il momento traslativo che si ha al termine del processo edificatorio nelle sue componenti essenziali, essendo all'uopo irrilevante la circostanza che nel contratto le parti abbiano dichiarato che il trasferimento del bene immobile avviene con effetto *ex tunc* (Sez. T, n. 06171/2017, Fasano, Rv. 643459-01).

La Sez. T, n. 10099/2017, Carbone, Rv. 644097-01 ha affermato che la sottoposizione di un atto ad una determinata

tassazione, ai fini dell'imposta di registro, con il trattamento agevolato richiesto o comunque accettato dal contribuente, comporta, in caso di decadenza dal beneficio, l'impossibilità di invocare altra agevolazione, in quanto i poteri di accertamento e valutazione del tributo si esauriscono nel momento in cui l'atto viene sottoposto a tassazione e non possono rivivere. Conseguenza da ciò che la decadenza dell'agevolazione concessa in quel momento (nella specie, in favore della piccola proprietà contadina) preclude qualsiasi altro accertamento sulla base di altri presupposti normativi o di fatto.

Sempre con riferimento alla quantificazione dell'imposta di registro dovuta, la S.C. ha affermato che per i contratti a titolo oneroso traslativi o costitutivi di diritti reali la base imponibile dell'imposta di registro è costituita dal valore del bene o del diritto alla data dell'atto e che la registrazione attesta l'esistenza degli atti ed attribuisce ad essi data certa di fronte ai terzi e, dunque, anche nei confronti dell'Amministrazione, a norma dell'art. 2704 del codice civile. Alla luce di tali principi la S.C. ha, poi, precisato che nella valutazione dei beni trasferiti con scrittura privata non autenticata deve farsi riferimento al momento in cui la scrittura privata ha acquistato data certa e, quindi, alla data della sua registrazione e non a quella della sottoscrizione, data certa che, però, può essere opposta al terzo (e dunque anche all'Amministrazione Finanziaria) mediante l'autenticazione della sottoscrizione (in cui la data dell'autentica costituisce la data certa della scrittura); dal giorno della morte o della sopravvenuta impossibilità fisica di colui o di uno di coloro che l'hanno sottoscritta; dal giorno in cui il contenuto della scrittura è riprodotto in atti pubblici o, infine, dal giorno in cui si verifica un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento. Nella specie la S.C. ha individuato quale data certa opponibile all'Amministrazione quella della morte del soggetto che aveva sottoscritto la scrittura privata con la quale si era disposto il trasferimento del bene (Sez. T, n. 07621/2017, Aceto, Rv. 643472-02).

2. L'imposta di registro sugli atti dell'autorità giudiziaria.

Con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali soggetti all'imposta di registro la S.C. ha affermato che la sentenza che, a seguito di giudizio di opposizione, ammette al passivo di una liquidazione coatta amministrativa un credito in precedenza escluso, deve essere soggetta all'imposta proporzionale dell'uno per cento, prevista dall'art. 8, lett. c), della Tariffa, parte prima, di cui all'allegato A al d.P.R. n. 131 del 1986. Tale principio tiene conto del fatto che una simile pronuncia

viene adottata all'esito ad un giudizio contenzioso che ha l'effetto di consentire al contribuente la partecipazione al concorso dei creditori, con possibile soddisfazione in sede di riparto dell'attivo, non assumendo rilievo l'individuazione della natura del credito, dato che la tariffa agevolata, prevista nella nota II in calce al sopra menzionato art. 8, si applica nei soli casi di cui alla lett. b) del medesimo art. 8 (in virtù del principio di alternatività con l'IVA, ex art. 40 del d.P.R. n. 131 del 1986) ed è norma di stretta interpretazione (Sez. T, n. 22502/2017, De Masi, Rv. 645641-01).

Con altra pronuncia (Sez. T, n. 20818/2017, Zoso, Rv. 645456-01) si è affermato che anche la sentenza che, all'esito del giudizio di scioglimento di comunione ereditaria, dispone la condanna al pagamento di denaro quale effetto della collazione per imputazione di un bene immobile oggetto di donazione, è soggetta all'imposta di registro, in quanto quest'ultima è dovuta quale costo per la fruizione del servizio pubblico dell'amministrazione della giustizia a nulla rilevando che il trasferimento di somme per effetto della collazione per imputazione sia esente dall'imposta sulle successioni.

Sempre la Sez. T, n. 19815/2017, Fasano, Rv. 645124-01, si è occupata del caso di un notaio che aveva impugnato l'avviso di liquidazione ed irrogazione di sanzioni dell'Agenzia delle Entrate, per omessa registrazione della sentenza del tribunale, in quanto egli riteneva che, seppure formalmente citato, non era tenuto al pagamento dell'imposta, in quanto il giudizio civile si era definito con l'affermazione della sua estraneità ad ogni responsabilità. La S.C., ha rilevato che l'obbligo solidale del pagamento delle spese di registrazione della sentenza è posto a carico delle parti del processo in applicazione della speciale normativa tributaria che lo prevede, a prescindere dall'esito favorevole o meno di esso per quella incisa, la quale semmai ha il diritto di regresso nei rapporti interni e nel rispetto della disposizione dell'art. 1298 u.c. c.c., secondo cui le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente. Nel provvedimento in esame si è, poi, affermato il principio di diritto secondo il quale il notaio convenuto con l'azione di responsabilità professionale in un giudizio con più parti, che si sia costituito e abbia resistito con eccezioni aventi rilievo nel processo, anche nel caso in cui risulti vincitore, è obbligato in solido con le altre parti al pagamento dell'imposta dovuta per la registrazione della sentenza, ai sensi dell'art. 57 del d.P.R. n. 131 del 1986, non potendo ritenersi estraneo al rapporto sostanziale in essa regolato, che costituisce l'indice della capacità contributiva assoggettata ad imposta.

La Sez. T, n. 17808/2017, Giordano, Rv. 645015-01, ha affermato che i decreti ingiuntivi esecutivi sono sottoposti ad imposizione nella misura proporzionale del 3% (salvo conguaglio in base a successiva sentenza passata in giudicato), indipendentemente dal rapporto giuridico ad essi sottostante.

In relazione al verbale di conciliazione giudiziale, la S.C. ne ha rilevato l'equiparazione alla sentenza passata in giudicato *ex* art. 37 del d.P.R. n. 131 del 1986 e, pertanto, esso deve essere tassato con l'imposta di registro adeguata al contenuto causale dell'accordo ivi recepito. Nella fattispecie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto il verbale di conciliazione soggetto ad imposta di registro fissa, *ex* art. 4 Tariffa, Parte I, del d.P.R. n. 131 del 1986, e non proporzionale, ai sensi dell'art. 8 della medesima Tariffa, trattandosi di un atto di assegnazione della titolarità aziendale ad un socio e non già di pagamento di somme di denaro (Sez. T, n. 17511/2017, Carbone, Rv. 644906-01).

Nei casi di sentenza di condanna la P.A. al risarcimento del danno per occupazione illegittima acquisitiva di un immobile, non è applicabile la disciplina prevista dall'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 131 del 1986 prevista per l'espropriazione per pubblica utilità e gli altri atti della pubblica autorità traslativi o costitutivi della proprietà, in quanto, pur essendo comuni gli effetti traslativi è diverso il titolo in base al quale il proprietario del fondo subisce la privazione del proprio diritto al quale, nel primo caso, le somme attribuite sono destinate a risarcire la perdita patrimoniale conseguente ad una attività illecita della P.A. con la conseguenza che tale sentenza ha natura meramente patrimoniale ed è soggetta ad imposta secondo la disciplina stabilita per tali atti dalla tariffa allegata al citato d.P.R. n. 131 del 1986, con responsabilità solidale delle parti in causa.

La S.C. ha escluso, invece, la tassazione dell'atto giudiziario quando esso sia frutto di un equivoco in cui è incorso il giudice. La fattispecie esaminata dalla S.C. aveva in oggetto il procedimento monitorio e, precisamente, la S.C. ha affermato che non si può confondere il ricorso per decreto ingiuntivo con il provvedimento monitorio vero e proprio. Mentre nel primo caso vi è un'istanza di parte rivolta al giudice, nel secondo caso vi è stato l'intervento dell'autorità giudiziaria e l'atto è perfezionato e dunque suscettibile di assolvere le funzioni riconosciute dall'ordinamento giuridico. Solo nel secondo caso trova applicazione l'art. 37 DPR n. 131 del 1986. Fatte tali premesse la S.C. ha escluso la registrazione nella specie, avendo il ricorrente dimostrato di aver rinunciato al ricorso prima dell'emissione del decreto, sicché la sottoposizione del ricorso al

giudice da parte del cancelliere è stato frutto di un equivoco (Sez. T, n. 08118/2017, Mocci, Rv. 643635-01).

Nel caso di sentenza dichiarativa di intervenuta usucapione la S.C. (Sez. 2, n. 00473/2017, Giusti, Rv. 642213-01, ha affermato che qualora la parte nei cui confronti è stato giudizialmente pronunciato l'acquisto della proprietà a tale titolo originario abbia provveduto a pagare l'imposta di registro afferente il trasferimento immobiliare, non può successivamente agire in regresso nei confronti delle altre parti processuali condebitrici solidali nei confronti dell'amministrazione finanziaria, *ex art.* 57 del d.P.R. n. 131 del 1986, a ciò ostando la l'art. 1298 c.c., norma applicabile anche alle obbligazioni solidali sorte *ex lege*, in quanto si è in presenza di obbligazione tributaria assunta nell'esclusivo interesse di chi ha usucapito. Precisa, altresì, la S.C. che tale solidarietà non è invocabile neanche in ragione dell'eventuale compensazione giudiziale delle spese di lite che non riguarda gli esborsi ancora da erogare, come quelle di registrazione della sentenza.

3. Il rimborso d'imposta. La Sez. T, n. 16532/2017, Scarcella, Rv. 644884-01 ha affrontato il tema della compensazione tra diverse obbligazioni tributarie. In proposito la S.C. ha negato che il contribuente, che aveva corrisposto una somma a titolo di IVA in ragione di un acquisto immobiliare successivamente risultato assoggettabile solo all'imposta di registro, poteva vantare un diritto al conguaglio tra le due somme ed al rimborso dell'eccedenza corrisposta a titolo di IVA. Tale pronuncia si fonda sul disposto di cui all'art. 17, decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, vigente all'epoca dei fatti, che non contemplava l'applicazione del meccanismo della compensazione in relazione all'imposta di registro. Rileva la S.C. che solo dopo l'entrata in vigore del d.m. 8 novembre 2011, il meccanismo compensativo è stato esteso all'imposta di registro, meccanismo che non può applicarsi retroattivamente per effetto del disposto dell'art. 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del contribuente).

4. Le agevolazioni prima casa. Con l'ordinanza Sez. T, n. 18421/2017, Bruschetta, Rv. 645281-01 la S.C. ha affermato che nel caso di acquisto della prima casa, l'art. 10, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 23 del 2011 – che, nel sostituire l'art. 1, comma 2, della tariffa, parte 1, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, ha identificato gli immobili non di lusso, cui applicare l'imposta di registro agevolata, in base al classamento catastale e non più alla stregua dei parametri di cui al

d.m. 2 agosto 1969 – non ha inciso retroattivamente sulla norma sostituita, la quale, in forza della norma di diritto intertemporale di cui all'art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 23 cit., continua a regolare ai fini sanzionatori, i rapporti sorti sotto la sua vigenza, senza che assuma rilievo il principio del *favor rei* che, invece, presuppone l'abrogazione della norma precetto. La sentenza in esame riconosce la debenza delle sanzioni irrogate a seguito della revoca dell'agevolazione “prima casa”, avvenuta in relazione ad un trasferimento anteriore al 1 gennaio 2014, alla stregua del regime tributario sostanziale allora applicabile. La pronuncia in esame si fonda sull'iter argomentativo secondo il quale in tema di illeciti tributari connessi all'accertamento ed alla riscossione di un'imposta, può configurarsi un'*abolitio criminis* solo quando la stessa venga radicalmente meno e non possa essere più pretesa neppure in riferimento alle annualità pregresse, mentre, qualora la legge istitutiva di un tributo venga abrogata a decorrere da una data, permanendo l'obbligo a carico del contribuente per il periodo anteriore, non sono abrogate le norme sanzionatorie che assistono tale obbligazione tributaria.

5. I requisiti e presupposti per usufruire del beneficio.

Nell'analisi dei requisiti legittimanti per accedere al beneficio “prima casa” Sez. T, n. 09030/2017, Mocci, Rv. 643647-01, ha chiarito che anche nel caso di più contemporanei acquisti di diverse unità immobiliari destinate a costituire una unica abitazione, sussistono i presupposti per usufruire dei benefici per l'acquisto della prima casa a condizione che l'acquirente proceda alla unificazione effettiva e reale dei suddetti immobili entro tre anni dalla data di registrazione dell'atto e l'alloggio frutto di tale unione rientri, per superficie, numero di vani ed altre caratteristiche specificate dall'art. 13 della legge 2 luglio 1949, n. 408, nella tipologia degli immobili non di lusso.

Fattispecie importante in cui la S.C., sempre con riferimento alla sussistenza dei presupposti per godere dell'agevolazione in esame, ha affermato che essi non vengono meno nel caso in cui il contribuente abbia trasferito l'immobile, a favore dell'altro coniuge, prima del decorso dei cinque anni in conseguenza dell'accordo concluso in esecuzione della modifica delle condizioni di separazione tra gli stessi coniugi. In tale occasione la S.C. ha affermato che non si versa in una ipotesi di decadenza dal beneficio fiscale seppure l'accordo in esame non possa farsi rientrare nel concetto di forza maggiore e ciò in ragione della *ratio* dell'art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, che è quella di favorire la complessiva sistemazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi, escludendo

che derivino ripercussioni fiscali sfavorevoli dagli accordi intervenuti in tale sede (Sez. T, n. 08104/2017, Zoso, Rv. 643608-01).

La S.C. ha accolto il ricorso proposto dall'Agenzia dell'entrate contro la sentenza di merito che aveva annullato un avviso di liquidazione relativo all'imposta di registro dovuta per una sentenza che riconosceva l'usucapione di cespiti immobiliari. Nella sentenza impugnata i giudici hanno affermato che il Tribunale aveva verificato la sussistenza dei requisiti per l'usucapione, compresa l'effettiva occupazione dell'immobile, laddove la mancata domanda di agevolazione fiscale sarebbe stato un errore scusabile, stante l'intervenuto accertamento giudiziale dell'effettiva occupazione. A fronte di tale pronuncia la ricorrente rilevava che la verifica dei requisiti per godere dell'agevolazione – ai sensi delle lettere a), b) e c) della nota II *bis* dell'art. 1 della tariffa – non era stata compiuta in sede civile, perché non richiesta, e neppure in sede tributaria, nonostante il termine ultimo per la dichiarazione di possesso fosse quello della registrazione. La S.C. ha rilevato che il godimento dei benefici fiscali connessi all'acquisto della prima casa presuppone, tra l'altro, che il contribuente manifesti la volontà di fruirne nell'atto di acquisto dell'immobile, dichiarando espressamente pena l'inapplicabilità dei benefici stessi: a) di volersi stabilire nel Comune dove si trova l'immobile; b) di non godere di altri diritti reali immobiliari siti nello stesso comune; c) di non avere già fruito dei medesimi benefici, secondo quanto prescritto dalla Nota 2 *bis* della Tariffa allegata al D.P.R. n. 131 del 1986 (nel testo vigente *ratione temporis*). Alla luce di tale ricostruzione del quadro normativo la S.C. ha affermato che la prescritta necessità di collaborazione da parte del contribuente per il godimento dell'agevolazione, ricorre anche nel caso di acquisto a titolo originario, come nel caso di usucapione, dovendo egli provvedere a rendere le anzidette dichiarazioni prima della registrazione del provvedimento di trasferimento (sentenza o decreto) del giudice, che costituisce l'atto al quale va riconosciuta efficacia traslativa della proprietà del bene. (Sez. T, n. 00635/2017, Mocchi, Rv. 642436-01).

6. Il trasferimento di residenza e la forza maggiore. Con riferimento alla decadenza dei benefici fiscali relativi alla “prima casa” per omesso trasferimento della residenza nel termine di diciotto mesi dall'acquisto e, più precisamente, alla nozione di forza maggiore quale causa ostativa di tale trasferimento, la Sez. 6–T, n. 17225/2017, Vella, Rv. 644938-01 ne ha definito i caratteri precisando che quest'ultima è idonea ad impedire la decadenza dell'acquirente che non abbia

trasferito la propria residenza nel comune ove è situato l'immobile entro diciotto mesi dall'acquisto, qualora essa sia sopravvenuta, imprevedibile e non addebitabile al contribuente. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale il giudice di merito aveva ritenuto che integrassero la forza maggiore le gravi condizioni di salute del contribuente, in quanto circostanze esistenti già al momento del rogito e, pertanto, prive dei caratteri della posteriorità e della imprevedibilità.

Altra ipotesi in cui la S.C. ha ritenuto sussistere il requisito della forza maggiore idoneo a non far venir meno il godimento dei benefici legati all'acquisto della prima casa è quello relativo al trasferimento, da parte dell'acquirente, dell'immobile prima di cinque anni dalla data del suo acquisto e del successivo acquisto di altro alloggio, da adibire a propria abitazione principale, avvenuto oltre il termine di un anno dal predetto trasferimento. Ebbene, la S.C. ha ritenuto che tale superamento del termine annuale sia inquadrabile nel concetto di forza maggiore e, dunque, dovuto a circostanza non imputabile, inevitabile e imprevedibile, nel caso in cui essa sia dovuta all'adozione del decreto di trasferimento del bene espropriato, ai sensi dell'art. 586 c.p.c., con un ritardo di sette giorni rispetto alla scadenza dell'anno, nonostante il versamento del prezzo, da parte del contribuente aggiudicatario, in epoca ben anteriore. (Sez. T, n. 06076/2017, Vella, Rv. 643331-01).

7. L'abitazione di lusso: parametri e modalità di accertamento. La S.C. ha precisato ed evidenziato i criteri interpretativi e i riferimenti normativi necessari a definire le abitazioni che possono materialmente usufruire dell'agevolazione prima casa, secondo la disciplina anteriore alle recenti modifiche legislative di cui al d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, che ha ancorato il beneficio fiscale alla classificazione catastale e non alla qualificazione di abitazione non di lusso.

In particolare Sez. T, n. 08421/2017, Stalla, Rv. 643477-01 ha precisato che per stabilire se un'abitazione sia di lusso e, quindi, in quanto tale esclusa dall'agevolazione per l'acquisto della "prima casa" – ex art. 1, comma 3, tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, nella formulazione *ratione temporis* vigente – occorre avere riguardo alla nozione di superficie utile complessiva di cui all'art. 6 del d.m. 2 agosto 1969, pari a quella che residua una volta detratta, dall'estensione globale riportata nell'atto di acquisto, la superficie di balconi, terrazze, cantine, soffitte, scale e posto macchina. In tale ultima nozione la S.C., interpretando il dato normativo, ha affermato

rientra non soltanto il posto aperto e delimitato in area comune, ma anche al box-auto; senza con ciò contravvenire, stante l'ampiezza letterale della formula normativa e l'identità di *ratio*, al dettame generale di tassatività e stretta interpretazione delle ipotesi agevolative.

È da ritenersi abitazione di lusso l'immobile sito in zona qualificata dallo strumento urbanistico comunale come destinata a "ville con giardino" ai sensi dell'art. 1 del d.m. Lavori pubblici 2 agosto 1969, ciò indipendentemente da una valutazione delle sue caratteristiche intrinseche costruttive. La S.C. ha, infatti, affermato che ciò che rileva non sono le caratteristiche di lusso intrinseche all'edificio qualificato come "villa", ma la collocazione urbanistica, la quale costituisce indice di particolare prestigio, e risulta, quindi, caratteristica idonea, di per sé, a qualificare l'immobile come "di lusso" (Sez. T, n. 15553/2017, Iofrida, Rv. 644720-01).

8. La decadenza dal beneficio. Con riferimento alla revoca dei benefici per l'acquisto della prima casa, la Sez. T, n. 02889/2017, De Masi, Rv. 642891-02, ha affermato che sussiste la responsabilità solidale del venditore, ai sensi dell'art. 57, comma 1, del d.P.R. n. 131 del 1986, qualora essa sia dovuta a circostanze non imputabili in via esclusiva ad un determinato comportamento dell'acquirente, come una dichiarazione mendace sulla sussistenza di presupposti per fruire del trattamento agevolato, ma ad elementi oggettivi del contratto stipulato tra le parti (ad esempio, l'aver l'immobile caratteristiche di lusso).

La Sez. T, n. 13850/2017, Iofrida, Rv. 644588-01, conformandosi all'orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, ha affermato che il beneficio fiscale relativo all'acquisto della prima casa, prevede che il contribuente deve invocare, a pena di decadenza, al momento della registrazione dell'atto di acquisto, alternativamente, il criterio della residenza o quello della sede effettiva di lavoro, laddove nel primo caso la spettanza del beneficio deve valutarsi sulla base alle risultanze delle certificazioni anagrafiche e, nel secondo, alla stregua dell'effettiva sede di lavoro. Da tali principi consegue che decade dall'agevolazione il contribuente che non abbia indicato, nell'atto notarile, di volere utilizzare l'abitazione in luogo di lavoro diverso dal comune di residenza.

Nel caso di vendita dell'immobile entro il quinquennio con conseguente decadenza dal beneficio, la S.C. ha precisato che, ai sensi del comma 4, ultimo periodo, della nota II *bis* all'art. 1 della Tariffa, Parte 1, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, la suddetta decadenza è

evitata se il contribuente, pur avendo trasferito l'immobile acquistato con i benefici prima del decorso del termine di cinque anni dall'acquisto stesso, entro un anno dall'alienazione ne acquisti un altro che adibisce ad abitazione principale. Conseguendo da ciò, prosegue la S.C., che il *dies a quo* della decorrenza del termine triennale di decadenza del potere dell'Ufficio di recuperare l'imposta nella misura ordinaria va individuato nel giorno di scadenza dell'anno successivo all'alienazione, poiché solo allo spirare di tale termine senza avere effettuato un nuovo acquisto il contribuente perde, in via definitiva, il diritto all'agevolazione, provvisoriamente goduta sul primo acquisto (Sez. T, n. 09495/2017, Botta, Rv. 643772-01).

La Sez. T n. 08103/2017, Zoso, Rv. 643474-01, ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittima la revoca dei benefici prima casa in quanto l'acquirente non aveva trasferito la residenza nel comune ove era sito l'immobile entro 18 mesi dall'acquisto, contravvenendo all'impegno preso all'atto della richiesta di beneficiare delle agevolazioni, essendo all'uopo irrilevante il fatto che con il ricorso il contribuente avesse affermato e documentato che sussisteva comunque il presupposto per l'agevolazione in quanto esercitava attività lavorativa nel comune ove si trovava il fabbricato. Ebbene la S.C. ha fondato la propria pronuncia sul principio secondo il quale qualora il contribuente acquirente dichiarò, nell'atto di acquisto, la sussistenza di uno specifico presupposto, che si riveli successivamente inesistente, il beneficio non può essere riconosciuto sulla base di un presupposto differente, essendo subordinato alla formulazione di una specifica ed inequivoca istanza, che ha contenuto di dichiarazione non di mera scienza, ma di volontà, in quanto orientata all'esercizio di un diritto soggettivo e dovendo, inoltre, l'Amministrazione finanziaria essere posta in condizione di verificare la sussistenza dei relativi presupposti, quali dichiarati nell'atto prima della sua registrazione.

Merita di essere riportata la sentenza che, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto un caso di decadenza dal beneficio dalle agevolazioni "prima casa", ha definito la natura della liquidazione della maggiore imposta. In proposito, la ricorrente aveva proposto ricorso avverso la decisione di merito che aveva ritenuto legittimo l'avviso di liquidazione ed irrogazione di sanzioni notificato a titolo di decadenza dalle agevolazioni "prima casa" fruite sull'acquisto di un immobile reputato di lusso, non essendo l'amministrazione finanziaria decaduta dalla potestà di revoca, applicandosi non già il termine biennale di cui all'articolo 76, comma 1 *bis*, d.P.R. n. 131 del 1986, bensì quello triennale di cui al secondo comma della medesima

disposizione (stante il rilascio in atto di dichiarazioni mendaci sulle caratteristiche non di lusso dell'immobile compravenduto). La ricorrente lamentava che il termine triennale di decadenza doveva, *ex lege*, riferirsi unicamente al caso di mendacità delle dichiarazioni concernenti aspetti (residenza nel comune di ubicazione dell'immobile acquistato con l'agevolazione; assenza di altri immobili in proprietà; mancata pregressa fruizione dell'agevolazione; intento di destinazione abitativa) diversi da quello oggetto di contestazione (immobile di lusso). La S.C. nel confermare sul punto la sentenza impugnata ha affermato che, secondo l'art. 42, comma 1, del d.P.R. n. 131 del 1986, l'imposta di registro liquidata dall'ufficio a seguito dell'accertata insussistenza dei presupposti del trattamento agevolato previsto dal decreto legge 7 febbraio 1985, n. 12, in relazione all'acquisto della "prima casa", applicato al momento della registrazione dell'atto di trasferimento della proprietà di un bene immobile (nella specie, la natura di abitazione non di lusso dell'immobile trasferito), va qualificata come imposta "complementare", non rientrando nelle altre specie, positivamente definite, dell'imposta "principale" (in quanto applicata in un momento successivo alla registrazione) e dell'imposta "suppletiva" (in quanto, rivedendo *a posteriori* il criterio di liquidazione in precedenza seguito, non è rivolta ad emendare errori od omissioni commessi dall'ufficio in sede di registrazione). Le conclusioni di tale *iter* logico argomentativo hanno portato la S.C. ad affermare che, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del d.P.R. n. 131 del 1986, la pretesa oggetto di giudizio deve essere fatta valere con apposito atto di imposizione tributaria entro il termine di decadenza di tre anni, da ritenere decorrente – in applicazione del principio generale desumibile dall'art. 2964 c.c. – dalla data della registrazione, a partire dalla quale l'ufficio del registro ha la facoltà di contestare al contribuente la perdita del trattamento agevolato.

9. L'imposta sulle successioni e donazioni. La Sez. T, n. 19122/2017, Mocci, Rv. 645327-01, dopo aver premesso che in tema di imposta di successione, il contribuente può procedere alla rettifica di errori di qualsiasi genere, contenuti nella dichiarazione, anche dopo la scadenza del termine per la presentazione, di cui all'art. 31 del d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, salva l'applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 50 e s., e con effetti diversi, a seconda che la modifica abbia luogo prima della notificazione dell'avviso di liquidazione della maggiore imposta, ovvero successivamente alla stessa, ha, poi, precisato che il limite stabilito dall'art 34, comma 5, del d.lgs. n. 346 del 1990, che

prevede il criterio di valutazione automatica degli immobili, presuppone che il contribuente non sia incorso in errore.

Sempre in tema di imposta di successione, la S.C. ha ribadito che, ai fini della determinazione dell'imposta di successione, l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario non implica alcuna deducibilità delle passività diversa da quella ordinaria prevista per l'accettazione pura e semplice dagli artt. 20 e seguenti del d.lgs. n. 346 del 1990, ma rileva in sede di riscossione dell'imposta, essendo la responsabilità dell'erede (o del coerede) beneficiario, ai sensi dall'art. 36, secondo comma, del d.lgs. citato, contenuta "nel limite del valore della propria quota ereditaria". Da ciò consegue che solo nel momento della riscossione dell'imposta le risultanze dello stato di graduazione civilistico, divenuto definitivo, possono assumere rilevanza per determinare il valore dei beni concretamente ed effettivamente pervenuti al predetto erede, nel rispetto del limite della sua responsabilità per l'imposta di successione, determinata secondo le regole fiscali ordinarie. Nella stessa pronuncia la S.C. ha precisato che il regime di deducibilità dei debiti della massa ereditaria – disciplinato dagli articoli da 20 a 24 del d.lgs. n. 346 del 1990 – va ricostruito nel senso che tali debiti sono deducibili, purché sussistano le condizioni previste dall'art. 21 e subordinatamente alle dimostrazioni, integranti sistema di prova legale, prescritte dall'art. 23.

Alla luce dei principi sopra riportati, la S.C. ha accolto il ricorso proposto dall'Agenzia delle entrate relativa all'inidoneità della documentazione prodotta (verbale di inventario redatto dal cancelliere del Tribunale) a supporto delle dedotte passività, non risultando tale documentazione tra quella analiticamente e specificamente indicata dall'art. 23 del d.lgs. n. 346 del 1990 (Sez. T, n. 04564/2017, Scrima, Rv. 643106-01).

Con specifico riferimento all'imposta sulle donazioni, la Sez. T, n. 15144/2017, Vella, Rv. 644712-01 ha affermato che il presupposto per l'applicabilità dell'imposta sulle donazioni va individuato, ex art. 1 del d.lgs. n. 346 del 1990, nel trasferimento per scopo di liberalità di un diritto o della titolarità di un bene, non assumendo alcun rilievo l'inosservanza della forma dell'atto pubblico, richiesta a pena di nullità dall'art. 782 c.c. per l'atto di donazione e la sua accettazione. Con la pronuncia in esame la S.C. ha precisato che, un diverso criterio di applicazione dell'imposta si presterebbe a prassi elusive, contrarie al principio di effettività dell'imposizione in ragione delle capacità contributive, ai sensi dell'art. 53 Cost.

10. La revisione del titolo di tassazione. La Sez. T, n. 21811/2017, Fasano, Rv. 645626-01 ha precisato che decorso del termine di tre anni dalla data della registrazione dell'atto, previsto dall'art. 75 del d.P.R. n. 131 del 1986 (ora 77 del t.u. approvato con d.P.R. n. 131 del 1986), si prescrive la possibilità di ottenere una revisione del titolo di tassazione, non potendo all'uopo l'amministrazione e il contribuente, invocare diritti che presuppongono la modificazione del predetto titolo, mettendo in discussione il criterio di tassazione adottato in relazione alla natura dell'atto. Nella fattispecie, la S.C. ha rigettato il ricorso del contribuente che, dopo più di tre anni dalla registrazione di un atto di compravendita, aveva impugnato il provvedimento con cui l'Agenzia delle Entrate aveva recuperato maggiori imposte di registro, ipotecaria e catastale a seguito della revoca delle agevolazioni di cui all'art. 33, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, senza contestare tale revoca, ma allegando che l'atto doveva essere assoggettato ad I.V.A.

CAPITOLO XXVIII

I TRIBUTI LOCALI

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. La TARSU e gli enti comunali. – 1.1. Le esenzioni. – 1.2. La TARI. – 2. L'ICI e l'obbligo di denuncia – 2.1. Le esenzioni e le agevolazioni. – 2.2. L'ICI e le aree demaniali. – 2.3. ICI e strumenti urbanistici.

1. La TARSU e gli enti comunali. In tema di TARSU, come è noto, l'imposta è dovuta, ai sensi dell'art. 62, comma 1, del decreto legislativo 15 novembre 1993, n. 507 per la disponibilità dell'area produttrice di rifiuti e, quindi, unicamente per il fatto di occupare o detenere locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti, ad eccezione di quelle pertinenziali o accessorie ad abitazione.

Con riferimento specifico alla competenza in ordine alla quantificazione della TARSU, la S.C. (Sez. T, n. 22532/2017, Di Geronimo, Rv. 645643-01) ha accolto il ricorso proposto da un Comune avverso la sentenza di merito che aveva disapplicato la delibera di determinazione delle tariffe, adottata dal Commissario straordinario, ritenendola priva di motivazione, nonché viziata in quanto emessa dal Commissario nell'esercizio dei poteri della Giunta comunale, anziché del Consiglio comunale. In particolare, il ricorrente deduceva che il Commissario straordinario, avendo assunto i poteri di entrambi gli organi comunali, aveva il potere di deliberare in merito alla tariffa TARSU, essendo irrilevante che in concreto abbia dichiarato di agire in sostituzione dell'uno o dell'altro organo comunale. La S.C. pur accogliendo il ricorso ha chiarito che i poteri della Giunta vanno distinti da quelli del Consiglio a seconda del contenuto dell'atto assunto in materia di imposizione fiscale con la conseguenza che, in tema di TARSU, nella vigenza dell'art. 32, comma 2, lett. g), della legge 8 giugno 1990, n. 142, la concreta determinazione delle aliquote delle tariffe per la fruizione di beni e servizi (nella specie, tariffe di diversificazione tra esercizi alberghieri e locali adibiti a uso abitazione) è di competenza della giunta e non del consiglio comunale poiché il riferimento letterale alla "disciplina generale delle tariffe" contenuto nella disposizione, contrapposto alle parole "istituzione e ordinamento" adoperato per i tributi, rimanda alla mera individuazione dei criteri economici sulla base dei quali si deve procedere alla loro determinazione. Evidenzia, ancora, la S.C. che i provvedimenti in materia di tariffe non sono espressione della potestà impositiva dell'ente, ma sono funzionali all'individuazione del

corrispettivo del servizio da erogare, muovendosi così in un'ottica di diretta correlazione economica tra soggetto erogante ed utenza, estranea alla materia tributaria. Tali conclusioni, precisa la S.C., vanno confermate anche a seguito dell'introduzione del TUEL, atteso che l'art. 42, comma 2, lett. f), decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, contiene una disposizione sostanzialmente sovrapponibile a quella previgente, la norma in esame, infatti, riserva al Consiglio solo la «istituzione e ordinamento dei tributi, con esclusione della determinazione delle relative aliquote».

Tra i compiti attribuiti dalla legge ai Comuni in materia di TARSU vi è anche quello di poter individuare categorie di attività produttive di rifiuti speciali cui applicare una percentuale di riduzione, potere che esige tuttavia uno specifico esercizio regolamentare, in difetto restando le superfici esenti da tassazione. In particolare, la S.C., dopo aver rilevato che l'esonero da tassazione previsto dall'art. 62, comma 3, d.lgs. n. 507 del 1993 per le superfici di formazione di rifiuti speciali smaltiti in proprio integra un'eccezione, ha affermato che la facoltà dei Comuni individuare categorie di attività produttive di rifiuti speciali cui applicare una percentuale di riduzione esige uno specifico esercizio regolamentare, in difetto restando le superfici esenti da tassazione. Ciò premesso, nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto la suddetta facoltà non correttamente esercitata in quanto il regolamento comunale si limitava a prevedere un limite quantitativo di riduzione applicabile indistintamente a tutte le attività produttive, occorrendo, invece, la specificazione delle categorie di attività produttive dei predetti rifiuti (le cui superfici sono altrimenti esenti da tassazione) assimilabili a quelle produttive di rifiuti ordinari (Sez. T, n. 10548/2017, Carbone, Rv. 643934-01).

1.1. Le esenzioni. Nel corso del 2017 la S.C. ha affrontato il tema circa la sussistenza o meno del presupposto impositivo di cui agli artt. 38 e 39 del d.lgs. n. 507 del 1993 in capo ad una società appaltatrice di un Comune per il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani relativamente al suolo pubblico da essa occupato per svolgere il suindicato servizio e, dunque, in presenza di un interesse dello stesso Comune e per ragioni di igiene e sanità pubblica a tutela della collettività. Nel corso del relativo giudizio la società ricorrente invocava l'operatività dell'esenzione di cui all'art. 49, lett. a) del d.lgs. n. 507 del 1993, applicabile laddove l'attività sia realizzata "per finalità specifiche di assistenza, previdenza, sanità, educazione, cultura e ricerca scientifica".

La S.C. (Sez. T, n. 22489/2017, Fasano, Rv. 645898-01) ha negato l'esistenza di una causa di esenzione dal pagamento del tributo rilevando, preliminarmente, che le previsioni degli articoli 38 e 39 del d.lgs. n. 507 del 1993 coprono qualunque tipo di occupazione delle strade e degli altri beni demaniali. L'art. 38, infatti, stabilisce che sono soggette alla tassa in maniera generalizzata "le occupazioni di qualsiasi natura, anche senza titolo, di strade e beni demaniali", mentre l'art. 39 dispone che ogni tipo di occupante (anche quello di fatto o abusivo) riveste la qualifica di soggetto passivo. La S.C. ha, poi, rilevato che quanto all'esenzione di cui all'art. 49 evocato dal ricorrente è norma eccezionale rispetto alla regola generale della sottoposizione a tassazione e deve essere interpretata, quindi, in maniera rigorosa. Conclude la S.C. che la norma in esame prevede in maniera tassativa una serie di esenzioni tra le quali non è possibile fare entrare l'attività che il privato svolge, in ragione di un contratto di appalto stipulato con la pubblica amministrazione, utilizzando dei cassonetti, per la raccolta di rifiuti solidi urbani, anche se questa attività viene svolta nell'interesse del Comune e della collettività. In particolare, non può applicarsi l'esenzione prevista dalla lettera e) sia perché nella specie non c'è una concessione, ma un contratto di appalto, e sia perché, nel caso di specie, non risulta la devoluzione gratuita in favore del Comune degli impianti alla fine del rapporto. Prosegue la S.C. affermando che non può, neanche, applicarsi l'esenzione prevista dalla lettera a) poiché essa è configurabile quando ad effettuare l'occupazione è direttamente uno degli Enti ivi indicati, e ricorra, tra le altre, una finalità sanitaria. Precisa, infine la S.C. che oltre alla insussistenza di finalità sanitarie, nella fattispecie non era ravvisabile una occupazione effettuata direttamente dal Comune, ma una occupazione conseguente alla esecuzione, per conto dell'ente pubblico nelle forme dell'appalto, del servizio di raccolta dei rifiuti; pertanto, la strada non costituisce l'oggetto dell'intervento appaltato, ma viene occupata per l'esercizio di tale attività.

La Sez. T, n. 17293/2017, Zoso, Rv. 644902-01 ha, poi, precisato che ai fini della determinazione della superficie tassabile, ai sensi del D.lgs. n. 507 del 1993, art. 62, comma 3, devono essere escluse le porzioni di aree dove, per specifiche caratteristiche strutturali e per destinazione, si formano, di regola, rifiuti speciali, tossici o nocivi, ivi compresi quelli derivanti da lavorazioni industriali (del d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915, art. 2) – allo smaltimento dei quali sono tenuti a provvedere a proprie spese i produttori dei rifiuti stessi in base alle norme vigenti – ma non anche i locali e le aree destinati all'immagazzinamento dei prodotti finiti, i quali rientrano

nella previsione di generale tassabilità, a qualunque uso siano adibiti, posta dall'art. 62, comma 1, prima parte. Precisa, poi, la S.C. che ai fini della tassazione in esame non assume rilievo il collegamento funzionale con l'area produttiva, destinata alla lavorazione industriale, delle aree destinate all'immagazzinamento dei prodotti finiti, come di tutte le altre aree di uno stabilimento industriale, tra cui quelle adibite a parcheggio, a mensa e ad uffici, non essendo stato previsto tale collegamento funzionale fra aree come causa di esclusione dalla tassazione neanche dalla legislazione precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 507 del 1993. La S.C. ha anche precisato che l'onere della prova circa l'esistenza e la delimitazione delle zone anzidette, esentate dalla tassa, spetta a chi ritiene di averne diritto, costituendo le esenzioni, anche parziali, eccezione alla regola generale di pagamento del tributo da parte di tutti coloro che occupano o detengono immobili nelle zone del territorio comunale in cui il servizio è istituito ed attivato.

In piena assonanza con le affermazioni sopra riportate e, in particolare, con quanto attiene all'onere probatorio relativo alla indicazione di circostanze che permettono di esentare alcune zone dal pagamento della tassa in esame, la Sez. T, n. 21250/2017, De Masi, Rv. 645459-01, ha affermato che spetta al contribuente l'onere di fornire all'amministrazione comunale i dati relativi all'esistenza e alla delimitazione delle aree in cui vengono prodotti rifiuti speciali non assimilabili a quelli urbani (da lui smaltiti direttamente, essendo esclusi dal normale circuito di raccolta) che, pertanto, non concorrono alla quantificazione della superficie imponibile, in applicazione dell'art. 62, comma 3, del d.lgs. n. 507 del 1993. Precisa la S.C. che pur operando anche nella materia in esame il principio secondo il quale spetta all'amministrazione provare i fatti che costituiscono fonte dell'obbligazione tributaria (nella specie, l'occupazione di aree nel territorio comunale), per quanto attiene alla quantificazione del tributo, grava sull'interessato (oltre all'obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 70 del d.lgs. n. 507 del 1993) un onere d'informazione, al fine di ottenere l'esclusione delle aree sopra descritte dalla superficie tassabile, ponendosi tale esclusione come eccezione alla regola generale, secondo cui al pagamento del tributo sono astrattamente tenuti tutti coloro che occupano o detengono immobili nel territorio comunale.

La S.C. ha, poi, escluso dall'esenzione al pagamento della tassa gli immobili adibiti a sede di un seminario, in quanto l'art. 16 della legge 20 maggio 1985, n. 222 (cd. Trattato lateranense) – nell'equiparare l'attività di formazione del clero a quella di culto e

religione, indicando gli immobili esentati da tributi ordinari e straordinari – ha natura di norma programmatica che, in quanto tale, necessita di una disposizione di attuazione che con riferimento alla tassa per la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani non risulta essere stata adottata. La esenzione in esame non può fondarsi neanche sull'applicazione analogica dell'art. 7, comma 1, lett. I) del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504 che, avendo natura agevolativa ed essendo dettata in materia di ICI è norma di stretta interpretazione.

1.2. La TARI. La Tassa rifiuti (TARI) ha sostituito, a decorrere dal 1 gennaio 2014, i preesistenti tributi dovuti ai comuni dai cittadini, enti ed imprese quale pagamento del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti (noti in precedenza con gli acronimi di TARSU e, successivamente, di TIA e TARES), conservandone, peraltro, la medesima natura tributaria.

L'imposta è dovuta, ai sensi della legge 27 dicembre 2013, n. 147, per la disponibilità dell'area produttrice di rifiuti e, dunque, unicamente per il fatto di occupare o detenere locali ed aree scoperte a qualsiasi uso adibiti, mentre le deroghe indicate e le riduzioni delle tariffe non operano in via automatica in base alla mera sussistenza delle previste situazioni di fatto, dovendo il contribuente dedurre e provare i relativi presupposti.

Ai sensi dell'art. 1, comma 649, l. n. 147 del 2013, nella determinazione della superficie assoggettabile alla TARI non si tiene conto di quella parte di essa ove si formano, in via continuativa e prevalente, rifiuti speciali, al cui smaltimento sono tenuti a provvedere a proprie spese i relativi produttori, a condizione che ne dimostrino l'avvenuto trattamento in conformità alla normativa vigente. Per i produttori di rifiuti speciali assimilati agli urbani, nella determinazione della TARI, il Comune con proprio regolamento può prevedere riduzioni della parte variabile proporzionali alle quantità che i produttori stessi dimostrino di avere avviato al recupero.

Stante il sostanziale rapporto di continuità tra le tasse sopra indicate la S.C. ha ribadito, anche con riferimento alla TARI, il principio più volte affermato con riferimento alla TARSU circa l'onere probatorio posto a carico del contribuente nel caso in cui egli voglia godere di esenzioni o di riduzioni della superficie tassabile (Sez. T, n. 22130/2017, Fasano, Rv. 645621-01). Nel caso di specie, la S.C. ha rigettato il ricorso del contribuente – che assumeva di non essere tenuto al pagamento dell'imposta sul presupposto che l'area da lui occupata era adibita a deposito di materiali e merci – non potendo

escludersi che l'area fosse suscettibile di produrre rifiuti e non ricorrendo ipotesi di esenzione.

2. L'ICI e l'obbligo di denuncia. È preliminarmente da rilevare che il regime dell'ICI e delle relative esenzioni non può essere ricavato dalla disciplina normativa regolante l'imposizione diretta, e quindi essenzialmente dal d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (T.U.I.R.), bensì dalle disposizioni specificamente inerenti alla stessa imposta comunale sugli immobili. Inoltre, va osservato che l'Imposta Comunale sugli Immobili – istituita (con decorrenza "dall'anno 1993") dal d.lgs. n. 504 del 1992 –, per le sue caratteristiche strutturali, in base alle tradizionali classificazioni dottrinarie, può essere definita come un'imposta territoriale (in considerazione della identica natura dell'ente pubblico impositore "ciascun comune"), diretta (perché colpisce una immediata manifestazione di capacità contributiva) e reale siccome considera, come "base imponibile", il valore in sé del bene immobile, a prescindere, in linea generale, da qualsivoglia condizione personale del titolare del diritto reale sullo stesso considerato dalle afferenti norme (salvo, ex articolo 7, che ai fini dell'"esenzione"). Presupposto dell'imposta, come stabilito dall'articolo 1, comma 2 del d.lgs. istitutivo, è il possesso (a) di "fabbricati", (b) di "aree fabbricabili", (e) di "terreni agricoli", siti nel territorio dello Stato, "a qualsiasi uso destinati, ivi compresi quelli strumentali o alla cui produzione o scambio è diretta l'attività dell'impresa". Per il n. 1 del successivo articolo 2, poi, per "fabbricato" si intende l'unità immobiliare iscritta o che deve essere iscritta nel catasto edilizio urbano...". Ogni "unità immobiliare" già iscritta o che, per le sue caratteristiche, deve essere iscritta nel catasto edilizio urbano, quindi, costituisce, per definizione della legge in esame, "fabbricato" assoggettato all'imposta, con la conseguenza che il "possesso" di una "unità immobiliare" da considerare come "fabbricato" (perché iscritta o da iscrivere nel catasto detto) fa sorgere in capo al "soggetto passivo" (articolo 3) l'obbligo di corrispondere l'ICI afferente. Per i fabbricati iscritti in catasto, prosegue l'articolo 5, il "valore" costituente la "base imponibile" è determinato "applicando all'ammontare delle rendite risultanti in catasto, vigenti al 1 gennaio dell'anno di imposizione, i moltiplicatori determinati con i criteri e le modalità previsti dall'articolo 52, u.c., primo periodo del citato testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, approvato con d.P.R. 26 aprile 1986 n. 131.

Fatte tali premesse, gli interventi della S.C. nel 2017 hanno riguardato vari aspetti dell'istituto, sia con riferimento alla

determinazione della base imponibile, sia all'individuazione del soggetto passivo e sia, infine, in relazione all'applicazione dell'imposta in fattispecie peculiari.

Con riferimento all'individuazione della base imponibile essa è individuata dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 504 del 1992 mediante una stretta ed imprescindibile relazione tra iscrizione (o necessaria ascrivibilità) in catasto di una unità immobiliare e rendita vigente al primo gennaio dell'anno di imposizione, sicché i dati del singolo fabbricato, quali risultanti dal catasto, costituiscono un fatto oggettivo ai fini dell'assoggettamento all'imposta e della determinazione del *quantum* dovuto, non contestabile, neppure in via incidentale, da nessuna delle parti (comune e contribuente) del rapporto obbligatorio concernente l'imposta, fatta salva la facoltà del contribuente di chiedere la modifica (eventualmente in via di autotutela), ovvero di impugnare (in sede giurisdizionale) l'atto di accatastamento e/o di attribuzione della rendita, con naturale ripercussione (ed effetto vincolante per le parti del rapporto ICI) sul provvedimento definitivo (Sez. T, n. 14114/2017, Scarcella, Rv. 644420-01).

La Sez. T, n. 14111/2017, Zoso, Rv. 644419-01, sempre con relativamente all'individuazione della base imponibile, ha affermato che nel caso in cui un fabbricato è oggetto di interventi di ristrutturazione edilizia a norma dell'art. 31, comma 1, lett. d della legge 5 agosto 1978, n. 457 (intendendosi per tali quelli rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, la eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti) la base imponibile dell'Ici deve essere calcolata a norma dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 504 del 1992 secondo cui “in caso di utilizzazione edificatoria dell'area, di demolizione di fabbricato, di interventi di recupero a norma dell'articolo 31, comma 1, lettere c), d) ed e), della l. n. 457 del 1978, la base imponibile è costituita dal valore dell'area, la quale è considerata fabbricabile anche in deroga a quanto stabilito nell'articolo 2, senza computare il valore del fabbricato in corso d'opera, fino alla data di ultimazione dei lavori di costruzione, ricostruzione o ristrutturazione ovvero, se antecedente, fino alla data in cui il fabbricato costruito, ricostruito o ristrutturato è comunque utilizzato”.

Merita di essere menzionata la Sez. T, n. 12273/2017, Botta, Rv. 644138-01, che, con riferimento all'individuazione del valore

imponibile del bene al fine di determinare l'imposta, ha precisato che è indispensabile che la misura del valore venale in comune commercio sia ricavata in base ai parametri vincolanti previsti dall'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 504 del 1992, che, per le aree fabbricabili, devono avere riguardo alla zona territoriale di ubicazione, all'indice di edificabilità, alla destinazione d'uso consentita, agli oneri per gli eventuali lavori di adattamento del terreno necessari per la costruzione, ai prezzi medi rilevati sul mercato della vendita di aree aventi analoghe caratteristiche; criteri che devono considerarsi tassativi e rispetto ai quali non assume alcun rilievo il prezzo indicato nella compravendita, non indicato tra i parametri di cui all'art. 5 citato. Nella specie la S.C. ha affermato l'irrilevanza del prezzo di aggiudicazione in sede di asta il quale, peraltro, è ben possibile che sconti ribassi correlati alla necessità di vendere, così da non costituire base sufficiente per esprimere l'effettivo valore del bene che ne costituisce oggetto.

Con riferimento all'individuazione del soggetto passivo tenuto al pagamento dell'ICI, la Sez. T, n. 14119/2017, Scarcella, Rv. 644422-01, dopo aver premesso che dalla lettura combinata degli artt. 1 e 3 del d.lgs. n. 504 del 1992 si evince che esso deve individuarsi soltanto nel proprietario o nel titolare di un diritto reale di godimento sull'immobile, ha, poi, affermato che in applicazione di tale principio non può ritenersi soggetto passivo dell'imposta il promissario acquirente sulla base del contratto preliminare ad effetti anticipati, in quanto egli si può qualificare come mero detentore qualificato, essendo unico tenuto al pagamento dell'imposta è il proprietario dell'immobile compromesso in vendita.

La Sez. T, n. 23833/2017, Stalla, Rv. 645970-01 ha riconosciuto la qualifica di soggetto passivo in capo ai consorzi di bonifica in quanto ad essi non è estensibile l'esenzione prevista dall'art. 7, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 504 del 1992, norma che ha ad oggetto gli immobili posseduti dallo Stato e dagli altri enti pubblici ivi elencati, tra cui non sono compresi i suddetti consorzi e che non può avere una interpretazione estensiva stante la sua natura derogatoria di previsioni impositive generali.

Ai fini della prova dell'esistenza dei diritti reali posti a fondamento della legittimità dell'imposizione e dunque della presenza del presupposto impositivo, l'ente impositore può anche avvalersi delle annotazioni risultanti dai registri catastali i quali, però, non hanno valore di prova assoluta potendo il contribuente disconoscere l'esistenza di qualsivoglia diritto sul bene ma è suo onere fornire la prova contraria. In proposito la S.C., dopo aver

premessi che il catasto è preordinato a fini essenzialmente fiscali e che i dati in esso contenuti hanno valore di semplici indizi, ha affermato che, tuttavia, l'intestazione di un immobile ad un determinato soggetto fa sorgere comunque una presunzione *de facto* sulla veridicità di tali risultanze ponendo a carico del contribuente l'onere di fornire la prova contraria potendo, quindi, il Comune legittimamente chiedere il pagamento dell'imposta, ove quest'ultimo non vinca il valore indiziario dei dati contenuti nei registri catastali, dando adeguata dimostrazione di quanto diversamente sostenuto al riguardo (Sez. T, n. 13061/2017, De Masi, Rv. 644245-01).

La Sez. T, n. 21222/2017, Fasano, Rv. 645305-01 ha, poi, riconosciuto la qualità di soggetto passivo qualità in capo all'ATER che aveva impugnato l'avviso di liquidazione dell'imposta ICI, sostenendo la non imponibilità dei beni immobili per inesistenza di qualsivoglia diritto reale ed evidenziando la sussistenza dell'esenzione *ex art. 7 lett. i) d.lgs. n. 504 del 1992 e 87, comma 1, lett. c) del d.P.R. n. 917 del 1986*, atteso che gli immobili non erano utilizzati per finalità commerciali. Nel rigettare il ricorso la S.C. ha osservato che il d.lgs. n. 504 del 1992, stabilisce all'art. 1 che presupposto dell'imposta comunale sugli immobili è il possesso di fabbricati e di aree fabbricabili siti nel territorio dello Stato, a qualsiasi uso destinati, ed all'art. 3 che soggetti passivi dell'imposta sono il proprietario degli immobili, ovvero il titolare del diritto reale di usufrutto, uso, abitazione, enfiteusi, superficie sugli stessi. Ed ancora, nella concessione di aree espropriate dai Comuni (o in nome e per conto dei Comuni) per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica, in base all'art. 10 della l. n. 167 del 1962, come sostituito dall'art. 35 della l. n. 865 del 1971, l'ente territoriale concede il diritto di superficie per la costruzione di case di tipo economico popolare e dei relativi servizi urbani. Alla luce di tale quadro normativo la S.C. ha rilevato che nello schema tipico della concessione di aree ai sensi dell'art. 35 della l. n. 865 del 1971, intervenuta fra il Comune e la ricorrente sussisteva l'attribuzione del diritto di superficie, ovvero di facoltà riconducibili al diritto di superficie, sulle aree su cui il concessionario costruisce gli alloggi di edilizia economica e popolare e rende, quindi, l'ATER era soggetto passivo dell'imposta, *ex art. 3 del d.lgs. n. 504 del 1992*, non occorrendo, a tale fine, un ulteriore atto costitutivo del diritto di superficie, in quanto l'incontro delle volontà dei due soggetti rileva su un diverso piano. In sostanza, la S.C. ha precisato che, a tal fine, non occorre un ulteriore atto costitutivo del diritto di superficie, da redigersi in forma scritta, ai sensi dell'art. 1350 cod. civ., in quanto, una volta realizzati, gli

immobili da destinare ad alloggi economici e popolari, questi non tornano in disponibilità del Comune concedente, ma restano in proprietà dell'ATER che li ha edificati fino al momento della traslazione definitiva del diritto dominicale in favore dei singoli acquirenti. Conclude la sentenza in esame che nella fattispecie il Comune non si era limitato a concedere un mero diritto personale di godimento a favore dell'azienda, ma piuttosto attribuiva un diritto reale di superficie dal quale consegue, pertanto, l'acquisto a favore dell'ATER della proprietà dell'immobile costruito sull'area concessa in superficie.

Quanto all'applicazione dell'imposta in riferimento a casi particolari la S.C. ha affermato l'esenzione dal pagamento dell'imposta prevista a favore della PA opera anche nel caso in quest'ultima ha realizzato un'opera pubblica sul fondo occupato in virtù della cd. accessione invertita. Sul punto la S.C. ha rilevato che la realizzazione di un'opera pubblica su un fondo oggetto di legittima occupazione costituisce un mero fatto che non è in grado di assurgere a titolo dell'acquisto ed è, come tale, inidonea, da sé sola, a determinare il trasferimento della proprietà in favore della P.A., in tal senso deponendo la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha affermato la contrarietà alla Convenzione dell'istituto della cosiddetta "espropriazione indiretta" e negato la possibilità di individuare sistemi di acquisizione diversi da quello consensuale del contratto e da quello autoritativo del procedimento ablatorio. Nel caso di specie la S.C. rilevava, poi, che la Regione solo con atto notarile del 24 gennaio 2008 era divenuta proprietaria del fondo a seguito del riconoscimento dell'avvenuta acquisizione della proprietà di terreni dopo la costruzione del Centro Direzionale Pilota per il Turismo, opera pubblica di interesse regionale, e la contestuale definizione transattiva dei relativi rapporti economico-patrimoniali con la controparte, con la conseguenza fino a tale data l'ente territoriale era mero detentore del fondo e non già titolare del diritto reale di usufrutto, uso o superficie e, dunque, non era legittimata passiva Ici ai sensi dell'art. 3 del d. lgs. n. 504 del 1992 (Sez. T, n. 19572/2017, Zoso, Rv. 645294-01).

Quanto all'obbligo di denuncia posto a carico del contribuente, la S.C. ha affermato che esso, secondo quanto previsto dall'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 504 del 1992, in tema di obbligo di dichiarare il possesso degli immobili (o di denunciare le variazioni di quelli già dichiarati), non cessa allo scadere del termine stabilito dal legislatore con riferimento all'inizio del possesso (o, per gli immobili posseduti all'1 gennaio 1993, del termine per la presentazione della

dichiarazione dei redditi relativa all'anno 1992) ma permane finché la dichiarazione (o la denuncia di variazione) sia presentata, configurandosi, in caso di inosservanza, un'autonoma violazione per ogni anno d'imposta punibile ai sensi dell'art. 14, comma 1, del citato decreto. Ha precisato la S.C. che ciò consegue al fatto che la presentazione della dichiarazione produce effetto (in mancanza di variazioni) anche per gli anni successivi e tale effetto può ovviamente verificarsi solo in presenza e non in assenza di una dichiarazione, di talché la violazione del relativo obbligo non ha natura istantanea e non si esaurisce con la mera violazione del primo termine fissato dal legislatore, con l'ulteriore conseguenza che ove la dichiarazione sia stata omessa in relazione ad un'annualità d'imposta, l'obbligo non viene meno in relazione all'annualità successiva ed ogni annualità deve essere sanzionata ex art. 14, comma 1. (Sez. T, n. 14399/2017, De Masi, Rv. 644430-01).

2.1. Le esenzioni e le agevolazioni. La S.C. è intervenuta a disciplinare l'ambito applicativo delle esenzioni in tema di imposta comunale sugli immobili, stabilendo che ai fini del trattamento esonerativo rileva, tra l'altro, l'oggettiva classificazione catastale dell'immobile.

In particolare, la S.C. (Sez. T, n. 26617/2017, Napolitano L., in corso di massimazione) nel confermare il principio sopra enunciato circa il presupposto della iscrizione in catasto con la qualifica di "rurale" al fine di ottenerne l'esenzione dall'ICI, ha precisato che da ciò consegue che è onere di chi richiede il riconoscimento del suddetto requisito quello di impugnare il diverso classamento, non potendosi ritenersi all'uopo sufficiente a determinare la variazione catastale, nei limiti del quinquennio anteriore, la mera autocertificazione secondo le modalità di cui all'art. 7, comma 2 *bis*, del d.l. n. 70 del 2011, conv., con modif., dalla l. n. 106 del 2011, e delle norme successive, se il relativo procedimento non si è concluso con la relativa annotazione in atti. La S.C. ha, sul punto, richiamato anche la sentenza della Corte cost. (18 giugno 2015, n. 115) che ha ritenuto che il quadro normativo, ivi comprese le disposizioni regolamentari di cui al d.m. 26 luglio 2012, esclude l'automaticità del riconoscimento della ruralità per effetto della mera autocertificazione.

Altra tipologia di immobile per la quale la S.C. ha riconosciuto l'esenzione al pagamento dell'ICI è quella dei fabbricati accatastati come unità collabente. In proposito la Sez. T, n. 23801/2017, Carbone, Rv. 645967-01 ha escluso dall'imposta comunale in esame

venendo in rilievo nel caso di specie l'accatastamento come unità collabente (categoria F/2), precisando che esso, oltre a non essere tassabile come fabbricato, in quanto privo di rendita, non è tassabile neppure come area edificabile e ciò sino a quanto l'eventuale demolizione restituisca autonomia all'area fabbricabile la quale, solo da allora, sarà sottoposta a imposizione come tale e fino al subentro della imposta sul nuovo fabbricato ricostruito.

Altra ipotesi di detrazione è quella afferente all'abitazione principale. La S.C. ha affermato che questa è riferibile, *ex art.* 8 del d.lgs. n. 504 del 1992, esclusivamente all'immobile che ha come requisito quello di essere la dimora abituale. A tali fini si intende, salvo prova contraria, quella di residenza anagrafica, dovendo il contribuente provare che tale abitazione costituisce dimora abituale non solo propria, ma anche dei suoi familiari, non potendo sorgere il diritto alla detrazione ove tale requisito sia riscontrabile solo per il primo. (Sez. T, n. 15444/2017, Napolitano, Rv. 645041-01).

Le aree pertinenziali sono escluse da autonoma tassabilità purché vi sia un accertamento rigoroso dei presupposti di cui all'art. 817 cod. civ., desumibili da concreti segni esteriori dimostrativi della volontà del titolare, consistenti nel fatto oggettivo che il bene sia effettivamente posto, da parte del proprietario del fabbricato principale, a servizio (o ad ornamento) di quest'ultimo e che non sia possibile una diversa destinazione senza radicale trasformazione. Diversamente, afferma la S.C., sarebbe agevole per il proprietario al mero fine di godere dell'esenzione creare una destinazione pertinenziale che facilmente possa cessare senza determinare una radicale trasformazione dell'immobile stesso. Nel caso di specie, la S.C. ha disconosciuto l'esistenza del rapporto di pertinenzialità in quanto l'immobile che il contribuente dichiara di aver asservito ad altro di sua proprietà era un garage sito in un Comune diverso da quello dell'abitazione principale, pertanto, la distanza degli immobili era tale che la durezza del vincolo pertinenziale era suscettibile di essere rimosso secondo la convenienza del contribuente, senza necessità di "radicali trasformazioni" per una diversa destinazione, essendo rimessa la possibilità di fruire dell'agevolazione alla mera scelta del contribuente e ciò in chiaro contrasto con il principio di capacità contributiva (Sez. T, n. 15668/2017, Solaini, Rv. 644723-01).

Oltre alle ipotesi di esenzione dal pagamento dell'imposta sopra riportate, il legislatore ha previsto dei casi in cui al contribuente vengono attribuite delle specifiche agevolazioni.

In particolare, la Sez. T, n. 13745/2017, Chindemi, Rv. 644361-01, nel ribadire un principio ormai consolidato nella

giurisprudenza di legittimità, secondo cui il trattamento agevolato previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 504 del 1992 per i terreni agricoli posseduti da coltivatori diretti o da imprenditori agricoli a titolo principale spetta solo a quanti traggono dal lavoro agricolo la loro esclusiva fonte di reddito e non va, quindi, riconosciuto, a chi sia titolare di pensione, avendo ottenuto la cancellazione dall'elenco dei coltivatori diretti, ha precisato, con altra pronuncia (Sez. T, n. 13261/2017, Solaini, Rv. 644374-01) che, nel caso in cui un terreno è interamente posseduto e condotto da un soggetto che ne è comproprietario e che possiede i requisiti di cui al comma 1 dell'art. 9 del d.lgs. n. 504 del 1992 e che vi esercita pacificamente attività agricola, l'agevolazione fiscale, essendo correlata a un requisito, lo svolgimento della suddetta attività agricola, incompatibile con la possibilità di sfruttamento edificatorio dell'area, si estende anche a favore degli altri comproprietari stante il suo carattere oggettivo.

La Sez. T, n. 12304/2017, Criscuolo, Rv. 644143-01, ha riconosciuto l'applicazione dell'aliquota agevolata per gli immobili adibiti a negozi o botteghe direttamente utilizzati dal soggetto passivo di imposta anche nel caso in cui il regolamento comunale ICI subordina la fruizione dell'agevolazione alla presentazione di una comunicazione attestante il possesso dei relativi requisiti soggettivi e oggettivi e il contribuente non abbia presentato la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi necessari per il suo godimento ma di essi l'ente territoriale era già a conoscenza in quanto in suo possesso. Tale pronuncia si fonda sul principio di buona fede che deve caratterizzare il rapporto contribuente ente impositore.

2.2. L'ICI e le aree demaniali. La S.C. (Sez. T, n. 10031/2017, Solaini, Rv. 643809-01) è intervenuta nell'ambito di una controversia concerne l'impugnazione di un avviso d'accertamento emesso dal Comune di Genova per l'anno 2006 per il pagamento dell'ICI relativamente ad aree demaniali marittime coperte e scoperte. In particolare, la Commissione tributaria provinciale aveva accolto parzialmente il ricorso della società contribuente, dichiarando non soggette al tributo le aree scoperte, mentre dovevano considerarsi ad esso soggette i fabbricati. In sede di appello, proposto dall'ente locale che aveva evidenziato la capacità di produrre reddito proprio di tali aree, veniva confermata la sentenza impugnata e rilevato che non si era in presenza di aree autonome, ma di aree assegnate unitamente all'intera concessione rilasciata per il servizio pubblico espletato; pertanto, poiché tali aree andavano considerate strettamente interdipendenti con gli immobili della società esse ne consentivano il

servizio di pubblica utilità andavano ricomprese nella categoria E/1. La S.C. ha accolto il ricorso. In via preliminare, con la sentenza in esame si è osservato che la l. n. 84 del 1994 ha eliminato la riserva, a favore delle compagnie portuali e dei gruppi portuali, delle operazioni di sbarco, di imbarco e di maneggio delle merci, in attuazione sia del principio della libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., comma 1, sia del principio comunitario di libera concorrenza, imponendo la loro trasformazione in società per l'esercizio in condizioni di concorrenza delle operazioni portuali. Da tali premesse la S.C. ha affermato che consegue la natura privata, esercitata in forma concorrenziale, dell'attività dei concessionari dei beni demaniali portuali, per la quale essi sono assoggettabili al pagamento dei tributi anche in tema di ICI, per l'utilizzo delle aree scoperte senza le quali non potrebbero svolgere la propria attività commerciale. Precisa, ancora, la S.C. che non possono essere classificati in categoria E, ossia esenti da ICI, gli immobili destinati ad un uso commerciale, industriale, ad ufficio privato ovvero ad usi diversi, qualora gli stessi presentino autonomia funzionale e reddituale. Nel caso di specie, conclude la S.C., le aree cd. "scoperte" risultano indispensabili al concessionario del bene demaniale per svolgere la propria attività imprenditoriale; infatti, ciò che conta ai fini ICI è che ogni area sia suscettibile di costituire un'autonoma unità immobiliare, potenzialmente produttiva di reddito e pertanto, anche tali aree devono essere sottoposte all'imposta.

2.3. ICI e strumenti urbanistici. La pronuncia Sez. T, n. 25774/2017, Napolitano, in corso di massimazione ha affrontato il tema dell'imposizione per le aree edificabili dell'ICI e, in particolare, ha affermato che tali non possono essere considerate quelle inserite dallo strumento urbanistico in zona di risanamento conservativo per la quale la normativa comunale preveda solo interventi edilizi di recupero.

La Sez. T, n. 12308/2017, Criscuolo, Rv. 644145-01 ha precisato che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 11 *quaterdecies*, comma 16, del d.l. n. 203 del 2005, conv., con modif., dalla l. n. 248 del 2005, e dell'art. 36, comma 2, del d.l. n. 223 del 2006, conv., con modif., dalla l. n. 248 del 2006, che hanno fornito l'interpretazione autentica dell'art. 2, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 504 del 1992, la nozione di un'area come edificabile ai fini dell'applicabilità del criterio di determinazione della base imponibile fondato sul valore venale, si evince dalla qualificazione ad essa attribuita nel piano regolatore generale adottato dal Comune senza che assuma rilievo

l'approvazione dello stesso da parte della Regione competente e l'adozione di strumenti urbanistici attuativi. La S.C. ha, altresì, precisato che ai fini sopra indicati non rileva neanche, quando non risulti in concreto pregiudicata la difesa del contribuente, che l'Amministrazione, in violazione dell'art. 31, comma 20, della l. n. 289 del 2002, non abbia dato comunicazione al proprietario dell'attribuzione della natura di area fabbricabile ad un terreno, non essendo specificamente sanzionata l'inosservanza.

CAPITOLO XXIX

LE AGEVOLAZIONI TRIBUTARIE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le c.d. agevolazioni “prima casa”. – 3. Le c.d. agevolazioni “prima casa” ed il d.lgs. n. 23 del 2011: diritto intertemporale e contrasto in merito al regime sanzionatorio. – 4. I crediti d’imposta ex artt. 7 ed 8 della l. n. 388 del 2000. – 5. L’art. 33, comma 3, della l. n. 388 del 2000. 6. Le ONLUS. – 7. Le fondazioni bancarie. – 8. La piccola proprietà contadina. – 9. I beni di interesse storico, artistico, archeologico o architettonico. – 10. Le zone terremotate. – 11. Recupero degli aiuti di Stato.

1. Premessa. Nel corso del 2017 sono state diverse le statuizioni della S.C. in materia di agevolazioni fiscali, soprattutto in ordine a quelle inerenti la “prima casa”, ove si è peraltro registrato un attuale contrasto circa il connesso regime sanzionatorio.

In termini generali, poi, sempre circa le agevolazioni, Sez. 6-T, n. 23228/2017, Manzon, in corso di massimazione, ha avuto modo di chiarire che chi vuole fare valere una forma di esenzione o di agevolazione qualsiasi deve provare, quando sul punto vi è contestazione, i presupposti che ne legittimano la richiesta. Nella specie, è stata cassata la sentenza di merito che aveva onerato l’Agenzia delle entrate di provare il mancato rispetto delle regole normative di “democrazia interna” prescritte per il regime fiscale agevolato delle associazioni sportive dilettantistiche, nonostante dichiarazioni confessorie riguardanti la disapplicazione di fatto delle norme statutarie inerenti l’esercizio dei diritti partecipativi degli associati minorenni, comunque rappresentati *ex lege* dai genitori.

Sempre in termini generali, con riferimento all’oggetto che ci occupa, la S.C. è intervenuta in materia di crediti d’imposta e di decadenza dal beneficio.

È stato in particolare precisato che il superamento del limite massimo dei crediti d’imposta compensabili equivale al mancato versamento di parte del tributo alle scadenze previste, che è sanzionato dall’art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, così come accade ogniqualvolta sia utilizzata la compensazione in assenza dei relativi presupposti (Sez. T, n. 18080/2017, Fuochi Tinarelli, Rv. 645020-01).

La sottoposizione di un atto ad una determinata tassazione (ai fini dell’imposta di registro) con il trattamento agevolato richiesto o comunque accettato dal contribuente, comporta, invece, in caso di

decadenza dal beneficio, l'impossibilità di invocare altra agevolazione. Per Sez. T, n. 10099/2017, Carbone, Rv. 644097-01, ciò deriva dalla circostanza per la quale i poteri di accertamento e valutazione del tributo si esauriscono nel momento in cui l'atto viene sottoposto a tassazione e non possono rivivere. Sicché, la decadenza dall'agevolazione concessa in quel momento (nella specie, in favore della piccola proprietà contadina) preclude qualsiasi altro accertamento sulla base di altri presupposti normativi o di fatto.

2. Le c.d. agevolazioni “prima casa”. In tema di benefici fiscali per l'acquisto della prima casa, l'immobile sito in zona qualificata dallo strumento urbanistico comunale come destinata a “ville con giardino” deve essere ritenuto abitazione di lusso, ai sensi dell'art. 1 del d.m. Lavori pubblici 2 agosto 1969, indipendentemente da una valutazione delle sue caratteristiche intrinseche costruttive.

Come ha chiarito Sez. 6-T, n. 15553/2017, Iofrida, Rv. 644720-01, ai fini di cui innanzi rilevano difatti non già le caratteristiche di lusso intrinseche all'edificio, qualificato come “villa”, bensì la collocazione urbanistica, la quale costituisce indice di particolare prestigio e risulta, quindi, caratteristica idonea, di per sé, a qualificare l'immobile come “di lusso”.

Parimenti, per stabilire se un'abitazione sia di lusso e, quindi, esclusa dall'agevolazione per l'acquisto della “prima casa”, di cui all'art. 1, comma 3, tariffa allegata al d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (nella formulazione *ratione temporis* vigente), occorre avere riguardo alla nozione di superficie utile complessiva di cui all'art. 6 del d.m. 2 agosto 1969. Essa è pari a quella che residua una volta detratta, dall'estensione globale riportata nell'atto di acquisto, la superficie di balconi, terrazze, cantine, soffitte, scale e posto macchina. Quest'ultimo da intendersi non soltanto quale posto aperto e delimitato in area comune ma anche come autorimessa, attesa l'ampiezza della formula usata e l'identità di *ratio* (Sez. T, n. 08421/2017, Stalla, Rv. 643477-01).

In caso di acquisto contemporaneo di più unità immobiliari destinate a costituire un'unica unità abitativa, in presenza di taluni presupposti, possono operare le agevolazioni di cui innanzi, previste dall'art. 2 del d.l. 7 febbraio 1985, n. 12 (conv. dalla l. 5 aprile 1985, n. 118). L'acquirente, in particolare, deve aver proceduto alla effettiva unificazione degli immobili entro tre anni dalla data di registrazione dell'atto. L'alloggio così realizzato deve altresì rientrare, per superficie, numero di vani ed altre caratteristiche specificate dall'art.

13 della l. 2 luglio 1949, n. 408, nella tipologia degli immobili non di lusso (Sez. 6-T, n. 09030/2017, Mocci, Rv. 643647-01).

Il contribuente, per usufruire dei benefici in oggetto, deve invocare, a pena di decadenza, al momento della registrazione dell'atto di acquisto, alternativamente, il criterio della residenza o quello della sede effettiva di lavoro, dovendosi valutare la spettanza del beneficio, nel primo caso, in base alle risultanze delle certificazioni anagrafiche e, nel secondo, alla stregua dell'effettiva sede di lavoro. Ne consegue che decade dall'agevolazione il contribuente che non abbia indicato, nell'atto notarile, di volere utilizzare l'abitazione in luogo di lavoro diverso dal comune di residenza (Sez. 6-T, n. 13850/2017, Iofrida, Rv. 644588-01).

Sez. 6-T, n. 00635/2017, Mocci, Rv. 642436-01, ha chiarito che le manifestazioni di volontà prescritte dall'art. 1, nota II *bis*, della tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986 vanno rese sempre prima della registrazione del provvedimento del giudice, anche ove l'acquisto sia avvenuto a titolo originario per usucapione. Ciò in ragione del carattere necessario della collaborazione del contribuente, che integra un presupposto del beneficio e costituisce un'eccezione al principio generale secondo cui un'agevolazione non richiesta al momento della imposizione non è perduta, potendosi rimediare, nei previsti limiti temporali, all'erroneità di quest'ultima.

Qualora il contribuente acquirente dichiarerà, nell'atto di acquisto, la sussistenza di uno specifico presupposto, che si riveli successivamente inesistente, il beneficio non può essere riconosciuto sulla base di un presupposto differente. Esso, difatti, è subordinato ad una specifica ed inequivoca istanza che ha contenuto di dichiarazione non di scienza ma di volontà, in quanto orientata all'esercizio di un diritto soggettivo. L'Amministrazione finanziaria deve inoltre essere posta in condizione di verificare la sussistenza dei relativi presupposti, quali dichiarati nell'atto prima della sua registrazione (Sez. T, n. 08103/2017, Zoso, Rv. 643474-01).

Nel corso del 2017 la S.C. è intervenuta a più riprese in merito alla decadenza dalle agevolazioni "prima casa".

Nell'ipotesi di accertata insussistenza dei presupposti del trattamento agevolato previsto dall'art. 12 del citato d.l. n. 12 del 1985, in base all'art. 42, comma 1, del d.P.R. n. 131 del 1986, applicato al momento della registrazione dell'atto di trasferimento della proprietà di un bene immobile, l'imposta di registro liquidata dall'Ufficio, va qualificata come imposta "complementare". Essa non rientra difatti nelle altre specie, positivamente definite, dell'imposta "principale", in quanto applicata in un momento successivo alla

registrazione, e dell'imposta "suppletiva", in quanto, rivedendo *a posteriori* il criterio di liquidazione in precedenza seguito, non è rivolta ad emendare errori od omissioni commessi dall'Ufficio in sede di registrazione.

Ne consegue, per Sez. T, n. 02400/2017, Campanile, Rv. 642536-01, che, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del d.P.R. n. 131 del 1986, la pretesa in questione deve essere fatta valere con apposito atto di imposizione tributaria entro il termine di decadenza di tre anni. Esso decorre, in applicazione del principio generale desumibile dall'art. 2964 c.c., dalla data della registrazione, a partire dalla quale l'Ufficio del registro ha la facoltà di contestare al contribuente la perdita del trattamento agevolato.

Le argomentazioni di cui innanzi hanno rilevato anche in merito alla conseguente responsabilità professionale.

Per il caso di disconoscimento di agevolazione applicata al momento della registrazione dell'atto, con conseguente liquidazione da parte dell'Ufficio dell'imposta di registro, Sez. T, n. 12257/2017, Stella, Rv. 644133-01, ha difatti escluso la responsabilità del notaio rogante. Essa ha infatti argomentato dall'art. 57 del d.P.R. n. 131 del 1986 che limita la detta responsabilità al pagamento della sola imposta principale, mentre, nell'ipotesi suddetta, l'imposta va qualificata come "complementare".

La revoca dei benefici in oggetto comporta comunque la responsabilità solidale del venditore, ai sensi del comma 1 del citato art. 57, qualora sia dovuta a circostanze non imputabili in via esclusiva ad un determinato comportamento dell'acquirente, come una dichiarazione mendace sulla sussistenza di presupposti per fruire del trattamento agevolato, ma ad elementi oggettivi del contratto stipulato tra le parti, ad esempio, l'aver l'immobile caratteristiche di lusso (Sez. T, n. 02889/2017, De Masi, Rv. 642891-01).

Qualora l'acquirente trasferisca l'immobile prima di cinque anni dalla data del suo acquisto, procedendo poi ad acquistarne un altro, da adibire a propria abitazione principale, oltre il termine di un anno dal predetto trasferimento, la decadenza dal beneficio fiscale resta impedita ove ciò sia dovuto ad una causa di forza maggiore, da intendersi come un impedimento oggettivo caratterizzato dalla non imputabilità, inevitabilità e imprevedibilità dell'evento.

In applicazione del principio, la Sez. 6-T, n. 06076/2017, Vella, Rv. 643331-01, ha ravvisato forza maggiore nell'adozione del decreto di trasferimento del bene espropriato, ai sensi dell'art. 586 c.p.c., con un ritardo di sette giorni rispetto alla scadenza dell'anno, nonostante

il versamento del prezzo, da parte del contribuente aggiudicatario, in epoca ben anteriore.

Ai sensi del comma 4, ultimo periodo, della nota II *bis* all'art. 1 della Tariffa, Parte 1, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, la relativa decadenza dalle agevolazioni è evitata se il contribuente, pur avendo trasferito l'immobile acquistato con i detti benefici prima del decorso del termine di cinque anni dall'acquisto stesso, entro un anno dall'alienazione ne acquisti un altro, da adibire ad abitazione principale.

Da quanto innanzi evidenziato Sez. T, n. 09495/2017, Botta, Rv. 643772-01, ne ha fatto derivare che il *dies a quo* della decorrenza del termine triennale di decadenza del potere dell'Ufficio di recuperare l'imposta nella misura ordinaria va individuato nel giorno di scadenza dell'anno successivo all'alienazione. Ciò in quanto solo allo spirare di tale termine senza avere effettuato un nuovo acquisto il contribuente perde, in via definitiva, il diritto all'agevolazione, provvisoriamente goduta sul primo acquisto.

Il trasferimento dell'immobile prima del decorso del termine di cinque anni dall'acquisto, se effettuato in favore del coniuge in virtù di una modifica delle condizioni di separazione, pur non essendo riconducibile alla forza maggiore, non comporta la decadenza dai benefici fiscali. Ciò è stato argomentato dalla *ratio* dell'art. 19 della l. 6 marzo 1987, n. 74, che è quella di favorire la complessiva sistemazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi, escludendo che derivino ripercussioni fiscali sfavorevoli dagli accordi intervenuti in tale sede (Sez. T, n. 08104/2017, Zoso, Rv. 643608-01).

La causa di forza maggiore idonea ad impedire la decadenza dell'acquirente che non abbia trasferito la propria residenza nel comune ove è situato l'immobile entro diciotto mesi dall'acquisto, deve essere però sopravvenuta, imprevedibile e non addebitabile al contribuente. Sicché, Sez. 6-T, n. 17225/2017, Vella, Rv. 644938-01, ha cassato la sentenza con la quale il giudice di merito aveva ritenuto che integrassero forza maggiore, ostativa al trasferimento della residenza nel termine di legge, le gravi condizioni di salute del contribuente, in quanto circostanze esistenti già al momento del rogito e, pertanto, prive dei caratteri della posteriorità e della imprevedibilità.

In contribuente che non voglia perdere il beneficio, pur avendo venduto l'immobile entro cinque anni dall'acquisto, deve procedere entro un anno dall'alienazione all'acquisto di altro immobile, ex art. 1, nota II *bis*, comma 4, parte I, della tariffa allegata

al d.P.R. n. 131 del 1986. Ai detti fini, il requisito della destinazione del nuovo immobile ad abitazione principale deve intendersi riferito al dato anagrafico e non meramente fattuale, per cui non può desumersi dalla produzione di documenti di spesa (nelle specie, spese condominiali e per utenze) in luogo della certificazione anagrafica (Sez. 6-T, n. 03713/2017, Vella, Rv. 643208-01).

Alla stregua del citato art. 1 (nota II *bis*, comma 1, lett. a), il mancato trasferimento della propria residenza, da parte dell'acquirente a titolo oneroso di una casa non di lusso, nel comune ove è ubicato l'immobile, entro diciotto mesi dall'acquisto, comporta la decadenza dai suddetti benefici. In tal caso, a carico dell'Amministrazione finanziaria, il termine triennale per l'emissione dell'avviso di liquidazione dell'imposta ordinaria e connessa soprattassa, di cui all'art. 76, comma 2, del menzionato d.P.R. n. 131 del 1986, decorre non dalla registrazione dell'atto ma dal momento in cui l'invocato proposito di trasferimento della residenza, inizialmente attuabile, sia successivamente rimasto ineseguito o ineseguibile, e, dunque, al più tardi, dal diciottesimo mese successivo alla registrazione dell'atto (Sez. 6-T, n. 02527/2017, Iacobellis, Rv. 629739).

L'avviso di liquidazione con aliquota ordinaria e soprattassa, a carico del compratore di un immobile abitativo che abbia indebitamente goduto del trattamento agevolato di cui all'art. 1, comma 6, della l. 22 aprile 1982, n. 168, come detto, è soggetto a termine triennale di decadenza, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del d.P.R. n. 131 del 1986. Esso decorre dalla data in cui l'atto impositivo può essere emesso, cioè, dallo stesso giorno della registrazione del contratto, se il beneficio già originariamente non spettava per falsa dichiarazione del contribuente o per l'enunciazione, nel contratto stesso, del proposito di utilizzare il bene direttamente a fini abitativi, smentito da circostanze in atto. Solo se detto proposito, inizialmente attuabile, sia rimasto successivamente ineseguito e sia divenuto irrealizzabile, il *dies a quo* coincide con il giorno in cui si è verificata tale situazione.

In applicazione del principio, la S.C. ha rigettato l'appello dell'Amministrazione che aveva ritenuto l'avviso tempestivo, nonostante fosse decorso oltre un triennio dalla registrazione del contratto con cui il contribuente aveva acquistato l'immobile, dichiarandone mendacemente l'utilizzo a fini abitativi ma rivendendolo il medesimo giorno (Sez. 6-T, n. 02275/2017, Mocci, Rv. 643147-01).

Circa le agevolazioni IVA in merito all'acquisto della "prima casa", la modifica normativa del comma 4 della nota II *bis* all'art. 1 della Tariffa, parte I, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, per effetto dell'art. 41 *bis*, comma 5, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv., con modif., dalla l. n. 326 del 2003), in ragione di esigenze di interpretazione sistematica legate all'effettiva *ratio* dell'intervento riformatore, comporta che il mutamento degli elementi normativi testuali nella nuova previsione dia luogo ad una mera ridefinizione formale delle conseguenze derivanti dalla revoca dell'agevolazione fiscale in oggetto.

Sez. T, n. 19214/2017, Iannello, Rv. 645453-01, ne ha fatto conseguire che, con riguardo alle fattispecie di diritto intertemporale, non può ravvisarsi alcuna violazione del principio del *favor rei* sancito dall'art. 3, comma 3, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, ove l'amministrazione fiscale abbia provveduto a liquidare la differenza d'imposta e ad applicare la sanzione del 30% piuttosto che ad applicare una sanzione pari alla differenza di imposta maggiorata dal 30% (alla stregua della normativa vigente *ratione temporis*).

Nel caso in cui l'acquirente non abbia dichiarato, già nel contratto preliminare, di volersi avvalere dell'agevolazione per l'acquisto della casa di abitazione non di lusso, di cui al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, tabella A, parte II, n. 21, come possibile, ferma restando la necessità di ripetere la dichiarazione nel definitivo, le fatture già emesse per eventuali acconti possono essere rettificate per consentire l'applicazione dell'aliquota ridotta sull'intero corrispettivo. (Sez. T, n. 05943/2017, Luciotti, Rv. 643302-03).

3. Le c.d. agevolazioni "prima casa" ed il d.lgs. n. 23 del 2011: diritto intertemporale e contrasto in merito al regime sanzionatorio. In tema d'imposta di registro per l'acquisto della prima casa, l'art. 10, comma 1, lett. a), del d.lgs. 11 marzo 2011, n. 23, che, nel sostituire l'art. 1, comma 2, della tariffa, parte 1, allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, ha identificato gli immobili non di lusso, cui applicare l'imposta agevolata, in base al classamento catastale e non più alla stregua dei parametri di cui al d.m. 2 agosto 1969, non ha inciso retroattivamente sulla norma sostituita. Essa, in forza della norma di diritto intertemporale di cui all'art. 10, comma 5, del citato d.lgs. n. 23, continua a regolare ai fini sanzionatori i rapporti sorti sotto la sua vigenza, senza che assuma rilievo il principio del *favor rei* che, invece, presuppone l'abrogazione della norma precetto (Sez. T, n. 18421/2017, Bruschetta, Rv. 645281-01).

Come già evidenziato da questo Ufficio con segnalazione di contrasto n. 159 del 15 novembre 2017, l'arresto di legittimità di cui innanzi ha ritenuto che non solo il regime sostanziale ma anche quello sanzionatorio si sottragga alla disciplina di nuova genesi, per soggiacere al regime pregresso, dovendosi segnatamente escludere che la punibilità della fattispecie ricadente nel sistema previgente in base ad esso, ancorché divenuta "inoffensiva" in quello attuale, sia sottoposta all'applicazione dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 472 del 1997. In forza di tale norma, in materia di sanzioni amministrative per violazioni tributarie "salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile".

Secondo l'impostazione di cui innanzi, quindi, non importa sul piano sanzionatorio che l'illecito non rilevi più come tale per l'ordinamento per effetto della modifica normativa, non essendo valsa, quest'ultima, ad abolire, con riferimento alla condotta/omissione del contribuente, né l'imposizione, né le conseguenze sanzionatorie correlate alla fattispecie "in essere" al momento del trasferimento e alla disciplina *ratione temporis* applicabile. Il *favor rei* postulerebbe infatti l'abrogazione della norma precetto, invece non riscontrabile nella fattispecie.

La citata Sez. T, n. 18421/2017, Bruschetta, Rv. 645281-01, in assenza di precedenti conformi specifici, evoca in motivazione l'orientamento generale, espresso esemplificativamente Sez. T, n. 25754/2014, Olivieri, Rv. 633462-01. Per esso, in tema di illeciti tributari, connessi all'accertamento ed alla riscossione di un'imposta, può configurarsi una *abolitio* solo quando la stessa venga radicalmente meno e non possa essere più pretesa neppure in riferimento alle annualità pregresse. Nella differente ipotesi nella quale la legge istitutiva di un tributo venisse abrogata a decorrere da una data, permanendo l'obbligo a carico del contribuente per il periodo anteriore, non verrebbero invece abrogate le norme sanzionatorie inerenti tale obbligazione tributaria.

L'orientamento in esame è però in contrasto con altro arresto sempre del 2017 per il quale il citato art. 10, pur non potendo trovare applicazione, quanto alla debenza del tributo, con riguardo agli atti negoziali anteriori alla data della sua entrata in vigore (7 aprile 2011), può tuttavia spiegare effetti ai fini sanzionatori, in applicazione del principio del *favor rei*, posto che, proprio in ragione della più favorevole disposizione sopravvenuta, la condotta mendace, che prima integrava una violazione fiscale, non costituisce più il presupposto per l'irrogazione della sanzione.

In questi precisi termini ha statuito Sez. T, n. 02889/2017, De Masi, Rv. 642891-02. Essa, come peraltro innanzi evidenziato, ha inoltre chiarito che la revoca dei benefici in oggetto comporta la responsabilità solidale del venditore, ai sensi dell'art. 57, comma 1, del d.P.R. n. 131 del 1986, qualora sia dovuta a circostanze non imputabili in via esclusiva ad un determinato comportamento dell'acquirente, come una dichiarazione mendace sulla sussistenza di presupposti per fruire del trattamento agevolato, ma ad elementi oggettivi del contratto stipulato tra le parti (ad esempio, l'avere l'immobile caratteristiche di lusso).

In senso analogo, circa il regime sanzionatorio, si è altresì espressa Sez. T, n. 09492/2017, Botta, Rv. 643919-01, per la quale in tema di sanzioni amministrative per violazioni tributarie, a seguito di *ius superveniens* che modifichi l'originaria previsione, pur rimanendo fermo, per le violazioni commesse nella vigenza della precedente normativa, il pregresso regime impositivo sostanziale, in base ai principi del *favor rei* e di legalità, deve ritenersi applicabile l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 472 del 1997. Ne consegue il divieto di assoggettare a sanzione il contribuente per un fatto che non costituisca più elemento normativo della fattispecie sanzionata. In applicazione del principio, la S.C. ha escluso l'applicabilità delle sanzioni previste in tema di agevolazioni "prima casa" in virtù del regime sanzionatorio sopravvenuto ex art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2011.

In quest'ottica, quindi, anche se la modifica normativa non ha abolito né l'imposizione (che resta dovuta in misura ordinaria in assenza delle condizioni agevolative) né le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla falsa dichiarazione (tesa ad escludere che l'immobile abbia caratteristiche di lusso), l'oggetto di quest'ultima, costituente precetto normativo della fattispecie, è stato comunque espunto dall'ordinamento. Ne conseguirebbe l'inapplicabilità delle sanzioni originarie con effetti anche sul contenzioso pendente, stante l'applicabilità d'ufficio dell'esplicitato principio, in ogni stato e grado del giudizio.

4. I crediti d'imposta ex artt. 7 ed 8 della l. n. 388 del 2000.

In tema di agevolazioni fiscali per le aree svantaggiate, il beneficio del credito d'imposta di cui all'art. 8 della l. 23 dicembre 2000, n. 388, in quanto volto a promuovere nuovi investimenti produttivi, può essere riconosciuto anche laddove il processo di acquisizione del manufatto, strumentale e nuovo, si articoli attraverso l'acquisto del terreno in relazione al quale sia già stata rilasciata la concessione *ad aedificandum* e sul quale, eventualmente, sia già iniziata l'edificazione, una volta che

la costruzione venga portata a termine, dopo l'acquisto del terreno, dal contribuente acquirente, che utilizza nella propria attività di impresa il bene nuovo e, come tale, ammortizzabile (Sez. T, n. 23802/2017, Zoso, Rv. 645968-01).

Il carattere di "novità" del bene strumentale acquisito, richiesto per il credito in esame, è escluso nell'ipotesi di ristrutturazione di un immobile non proprio.

In merito Sez. 6-T, n. 15979/2017, Vella, Rv. 644926-01, ha in particolare chiarito che l'agevolazione si applica solo in caso di acquisizione di un nuovo bene strumentale e tale non può ritenersi, di per sé, la ristrutturazione di un immobile, pur nell'ipotesi in cui il fatturato sia prodotto nei locali (di proprietà di terzi) oggetto dell'investimento, a meno che sussista il requisito della "amovibilità" dei beni oggetto del nuovo investimento, in quanto suscettibili di rimozione ed utilizzazione separata da parte dell'investitore.

Il credito, per i soggetti titolari di reddito d'impresa che, nel periodo indicato dal citato art. 8, abbiano effettuato nuovi investimenti, spetta per i beni strumentali, materiali e immateriali, che siano nuovi e fiscalmente ammortizzabili ai sensi degli artt. 67 e 68 (oggi 103 e 104) del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Sicché le spese incrementative relative ad un immobile (nella specie detenuto, all'epoca dell'utilizzo dell'agevolazione fiscale, a titolo locatizio) rilevano, ai fini del credito d'imposta suddetto, solo se il contribuente dimostri che i relativi costi possano essere contabilizzati in bilancio tra le "immobilizzazioni materiali". Trattandosi difatti di opere aventi una loro autonoma funzionalità ed individualità, a prescindere dal bene altrui cui accedono, possono essere, al termine della locazione, rimossi ed utilizzati separatamente dall'investitore. Ciò a differenza delle spese incrementative riguardanti opere prive di tali caratteristiche rispetto al bene cui accedono, da classificarsi nell'attivo dello stato patrimoniale tra le "altre immobilizzazioni immateriali", che non costituiscono beni autonomi ma meri costi deducibili, stante l'accessione su beni di terzi.

Sez. T, n. 20814/2017, Zoso, Rv. 645304-01, in applicazione del principio, ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto la deducibilità dei costi di ristrutturazione dell'immobile condotto in locazione dalla società ricorrente, a cagione della non rimovibilità delle opere al termine della locazione.

La natura strumentale rispetto all'esercizio dell'impresa deve essere valutata in applicazione del criterio del rapporto di inerenza previsto dagli artt. 109 e 164 (già 75 e 121 *bis*) del d.P.R. n. 917 del 1986.

Ne consegue, per Sez. T, n. 05887/2017, Greco, Rv. 643298-01, che il relativo credito d'imposta va riconosciuto in caso di acquisto di biancheria avvenuto nell'esercizio di attività di lavanderia industriale, consistente nella pulizia e nel noleggio della stessa a strutture alberghiere e di ristorazione, non potendo, peraltro, escludersi la configurabilità della biancheria quale bene strumentale ammortizzabile in base alla tabella di cui al d.m. 31 dicembre 1988, che, al contrario, espressamente la contempla come tale, sebbene rispetto ad altri gruppi di attività.

La decadenza dal beneficio in esame, che può essere utilizzato in compensazione solo ai fini del pagamento di imposte effettivamente dovute e non ai fini del pagamento di anticipazioni o acconti non corrispondenti ad effettivi debiti fiscali (Sez. T, n. 23814/2017, Lucioti, Rv. 645905-01), deriva esclusivamente dalla tardiva messa in funzione del bene, oltre il biennio dalla sua acquisizione o ultimazione. Ai detti fini è invece irrilevante che i lavori per la sua realizzazione siano conclusi oltre il termine di cui all'art. 62, comma 1, lett. f) e g), della l. 27 dicembre 2002, n. 289, dettato ai soli fini delle modalità di fruizione dello stesso credito d'imposta, consentita, nel rispetto dei limiti stabiliti, entro il secondo anno successivo a quello di presentazione dell'istanza (Sez. T, n. 08086/2017, Stalla, Rv. 643605-01).

Le Sez. U. sono intervenute nel 2017 in merito al credito d'imposta di cui all'art. 7 della medesima l. n. 388 del 2000. Esse hanno chiarito che nel caso di cessione del ramo d'azienda, durante il periodo di un anno che la legge prende in considerazione per valutare se vi sia stato l'incremento occupazionale che dà diritto al predetto beneficio, la prosecuzione dei rapporti lavorativi, alle dipendenze del cessionario, afferenti il ramo ceduto (costituente effetto naturale di tale trasferimento), inciderebbe sul computo della media occupazionale del cedente nell'intero periodo di riferimento suddetto e non già soltanto nella frazione di esso precedente la cessione (Sez. U., n. 16692/2017, Perrino, Rv. 644800-02).

È stata invece ritenuta illegittima la disapplicazione, da parte del giudice nazionale, dell'art. 63, comma 1, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, nella parte in cui, rinnovando il regime di incentivi alle assunzioni, mantiene ferma la disposizione di cui all'art. 7, comma 10, della l. n. 388 del 2000, che circoscrive il riconoscimento del credito di imposta nei limiti della regola *de minimis*, cioè nell'importo di Euro 100.000 nel triennio, quale limite quantitativo al di sotto del quale gli aiuti di Stato non incorrono nel divieto di cui all'art. 92 (poi 87) del Trattato CE. Ciò sul presupposto che il beneficio in questione non

configuri un aiuto di Stato ed in quanto il legislatore incorre nella violazione della normativa comunitaria soltanto se concede aiuti di Stato in misura eccedente alla regola *de minimis* e non se circoscrive, nell'ambito dei suoi legittimi poteri discrezionali, benefici fiscali entro soglie predefinite, anche individuate per *relationem* rispetto a norme dell'ordinamento comunitario (Sez. T, n. 15688/2017, Fasano, Rv. 644696-01).

5. L'art. 33, comma 3, della l. n. 388 del 2000. Le agevolazioni di cui all'art. 33, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, consistenti in aliquote agevolate delle imposte di registro, ipotecarie e catastali, operano con riferimento ai trasferimenti di beni immobili compresi in aree soggette a piani urbanistici particolareggiati, a condizione che l'utilizzazione edificatoria dell'area avvenga entro cinque anni dal trasferimento. Esse si applicano anche nel caso in cui al momento della registrazione dell'atto di trasferimento, pur sussistendo l'inserimento dell'immobile in un piano particolareggiato, non sia stata ancora stipulata la convenzione attuativa con il comune, come indicato dall'art. 2 della l. 24 dicembre 2003, n. 350, sempreché sia rispettato il termine quinquennale di cui innanzi (Sez. 6-T, n. 29453/2017, Conti R., in corso di massimazione).

I relativi benefici operano in favore dell'acquirente che provveda all'edificazione nel termine sopra indicato, anche se stipula, per ottenere liquidità, un contratto con il quale vende il bene ad una società di *leasing* e contemporaneamente conduce in locazione il medesimo, prevedendo il successivo riscatto al termine della locazione finanziaria (*lease back*). Il beneficio di cui innanzi ha difatti lo scopo di incentivare lo sviluppo urbanistico in conformità ai parametri individuati nei piani territoriali e trova applicazione solo se ad eseguire le opere sia lo stesso acquirente agevolato, come avvenuto nel caso di specie, ove è quest'ultimo che, rimasto nella disponibilità del bene, realizza le potenzialità edificatorie dello stesso, anche se ne ha alienato la proprietà a scopo di garanzia (Sez. T, n. 21815/2017, Fasano, Rv. 645627-01).

La norma di cui innanzi non intende dare rilievo al riscontro formale dell'insistenza dell'immobile in area soggetta a piano particolareggiato ma al fatto che esso si trovi in un'area nella quale, come in quelle soggette a piano particolareggiato, sia possibile edificare, attesa la *ratio* di assicurare, a fronte di un intervento edilizio, una trasformazione organica e razionale del territorio, agevolando sul piano fiscale la tassazione di atti traslativi di immobili interessati

dall'intervento stesso. Ne consegue che l'agevolazione è applicabile tutte le volte in cui l'immobile si trovi in un'area soggetta ad uno strumento urbanistico che consenta, ai fini dell'edificabilità, gli stessi risultati del piano particolareggiato, non rilevando che si tratti di uno strumento di programmazione secondaria e non di uno strumento attuativo, essendo possibile che il piano regolatore generale esaurisca tutte le prescrizioni, fungendo anche da piano particolareggiato, e che, pertanto, non vi sia necessità di quest'ultimo.

In applicazione del principio, Sez. T, n. 27016/2017, Fasano, in corso di massimazione, ha ritenuto l'atto di cessione gratuita delle aree ed il collegato atto unilaterale d'obbligo strumenti attuativi, in forma privata, del piano regolatore, e quindi tali da produrre gli stessi risultati del piano particolareggiato, in termini di edificabilità e di connesse agevolazioni.

La fruizione del beneficio postula l'integrale realizzazione, entro il quinquennio dall'acquisto, delle potenzialità edificatorie dell'aria e quindi l'integrale realizzazione delle opere previste dal piano secondo le prescrizioni dell'intervento urbanistico, non essendo perciò applicabile laddove l'acquirente abbia realizzato solo parzialmente l'intervento edificatorio previsto.

Sez. 6-T, n. 30018/2017, Vella, in corso di massimazione, dopo aver confermato quanto innanzi, ha precisato che, in ragione della *ratio* sottesa al beneficio, volta a diminuire per l'acquirente edificatore il primo costo di edificazione, per la norma in esame, di stretta interpretazione perché riducendo il carico fiscale incide sui principi di uguaglianza, impositivo e di capacità contributiva, non è sufficiente il semplice avvio nel termine di cui innanzi dei lavori di costruzione con ottenimento delle relative autorizzazioni amministrative. Nonostante ciò il requisito di agevolazione può comunque individuarsi, in analogia con quanto disposto dall'art. 2645 *bis*, ultimo comma, c.c., anche quando l'edificio, ancorché non del tutto completo, sia stato comunque eseguito al rustico, con mura perimetrali e copertura. Così da assumere nitide caratteristiche funzionali e di reale trasformazione edificatoria del suolo, in verificabile conformità alle prescrizioni urbanistiche che hanno consentito l'intervento e giustificato l'agevolazione.

Il beneficio dell'assoggettamento all'imposta di registro nella misura dell'1 per cento ed alle imposte ipotecarie e catastali in misura fissa, previsto dall'art. 33, comma 3, della l. 23 dicembre 2000, n. 388, *ratione temporis* vigente, per i trasferimenti di immobili situati in aree soggette a piani urbanistici particolareggiati, comunque denominati, si applica a condizione che l'utilizzazione edificatoria avvenga ad

opera dello stesso soggetto acquirente ed entro cinque anni dall'acquisto. La disposizione agevolativa è difatti di stretta interpretazione e non può essere estesa all'attività edificatoria, sia pure tempestiva, di un successivo acquirente, in quanto ispirata alla *ratio* di favorire lo sviluppo equilibrato del territorio e diminuire per l'acquirente edificatore il primo costo di edificazione connesso all'acquisto dell'area.

Così argomentando, Sez. T, n. 01111/2017, Fasano, Rv. 642528-01, ha ritenuto legittima la revoca dell'agevolazione, essendo stata realizzata l'attività edificatoria non dalla società acquirente bensì da una sua partecipata, cui era stato ceduto il diritto di superficie, ossia da un soggetto giuridico diverso.

In particolare la revoca presuppone la verifica della mancata edificazione nel quinquennio, salvo che ciò sia derivato da forza maggiore, da intendersi come una causa esterna, imprevedibile e sopravvenuta non dipendente da un comportamento addebitabile al contribuente anche solo a titolo di colpa nei vari gradi o specie. Nella specie, Sez. T, n. 09851/2017, Zoso, Rv. 644040-01, ha escluso la forza maggiore nell'ipotesi di mancata edificazione dovuta a sequestro penale dell'immobile per il reato di smaltimento illecito di rifiuti, attesa la colpa dell'acquirente per omessa vigilanza sulla natura dei rifiuti conferiti nell'area.

L'agevolazione in esame, come ha chiarito Sez. 6-T, n. 03535/2017, Crucitti, Rv. 643202-01, si applica difatti anche qualora l'edificazione, che costituisce un obbligo di *facere* del contribuente, non sia realizzata nei termini di legge, purché tale esito derivi non da un comportamento direttamente o indirettamente ascrivibile all'acquirente, tempestivamente attivatosi, ma da una causa esterna imprevedibile ed inevitabile, tale da configurare la forza maggiore. Quest'ultima, nella specie, è stata ravvisata nella riprogettazione e revisione del PRG e gli atti collegati, con la conseguente necessità di rinnovo delle concessioni edilizie.

In tema di imposta di registro, decorso il termine di tre anni dalla data della registrazione dell'atto, ai sensi dell'art. 75 (ora 77) del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, si prescrive la possibilità di ottenere una revisione del titolo di tassazione, rimanendo preclusa, per l'Amministrazione come per il contribuente, l'invocabilità di diritti che presuppongano la modificazione del predetto titolo, mettendo in discussione il criterio di tassazione adottato in relazione alla natura dell'atto. In applicazione del principio, Sez. T, n. 21811/2017, Fasano, Rv. 645626-01, confermando le statuizioni del giudice di merito, ha rigettato il ricorso del contribuente che, dopo più di tre

anni dalla registrazione di un atto di compravendita, aveva impugnato il provvedimento con cui l'Agenzia delle Entrate aveva recuperato maggiori imposte di registro, ipotecaria e catastale a seguito della revoca delle agevolazioni di cui al citato art. 33, senza contestare tale revoca ma allegando che l'atto doveva essere assoggettato ad I.V.A.

L'agevolazione in oggetto postula, infine, l'integrale realizzazione di una nuova costruzione, dovendosi escludere la sufficienza dell'esecuzione di opere di urbanizzazione, sebbene oggetto di convenzione di lottizzazione (Sez. 6-T, n. 03533/2017, Crucitti, Rv. 643206-01).

6. Le ONLUS. Sono organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. 4 dicembre 1998, n. 460, le associazioni, i comitati, le fondazioni, le società cooperative e gli altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica, i cui statuti o atti costitutivi prevedano espressamente alcuni requisiti formali da ritenersi non surrogabili con il concreto accertamento della fattuale osservanza dei precetti della norma, sia per la non equivoca lettera di essa sia per il fatto che si tratta di norma di stretta interpretazione (Sez. T, n. 09828/2017, De Masi, Rv. 643630-01).

Sez. T, n. 09831/2017, De Masi, Rv. 644094-01, ha chiarito che ai fini dell'applicazione del regime tributario di favore previsto dal citato art. 10 rileva non la veste giuridica assunta dall'ente ma l'effettivo svolgimento di attività aventi natura solidaristica, quali la cessione di beni o la prestazioni di servizi riconducibili agli scopi associativi effettuati, verso corrispettivo, nei confronti di soggetti svantaggiati o anche non svantaggiati, purché non si travalichi il limite del reperimento di fondi per finanziare l'attività solidaristica concretando un'attività avente fine di lucro.

Il decorso dei termini di cui agli artt. 3 e 6 del d.m. n. 266 del 2003 comporta unicamente, secondo il meccanismo del silenzio assenso, l'effetto dell'iscrizione automatica dell'ente richiedente alla relativa anagrafe. Ciò però non priva l'Amministrazione del potere di far valere, anche all'esito di un controllo non eseguito entro i predetti termini, la mancanza dei requisiti formali di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 460 del 1997, anche ove risalente al momento dell'originaria iscrizione, facendo, in tal caso, venir meno, con effetto *ex tunc*, le agevolazioni fiscali fruite (Sez. T, n. 18486/2017, Iannello, Rv. 645115-01).

7. Le fondazioni bancarie. Gli enti di gestione delle partecipazioni bancarie, quali risultanti dal conferimento delle

aziende di credito in apposite società per azioni e gravati dall'obbligo di detenzione e conservazione della maggioranza del relativo capitale ai sensi della l. 30 luglio 1990, n. 218 ed in base all'art. 12 del d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356, a causa del particolare vincolo genetico che le univa alle aziende scorporate, non possono essere assimilati, ai fini della esenzione dal versamento della ritenuta d'acconto sugli utili, alle persone giuridiche di cui all'art. 10 *bis* della l. 20 dicembre 1962, n. 1745 (che perseguono esclusivamente scopi di beneficenza, educazione, istruzione, studio e ricerca scientifica). I detti enti di gestione non sono altresì assimilabili agli enti ed istituti di interesse generale aventi scopi esclusivamente culturali, di cui all'art. 6 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, ai fini del riconoscimento della riduzione a metà dell'aliquota sull'IRPEG.

Sez. T, n. 11648/2017, Tricomi L., Rv. 644108-01, premesso quanto innanzi, ha poi chiarito che la predetta discipline agevolativa non trova applicazione, quanto agli enti considerati, né in via analogica, trattandosi di disposizioni eccezionali, né in via estensiva, poiché la sua *ratio* va ricercata nell'esclusività e tipicità del fine sociale previsto per ciascun ente, individuato in maniera tassativa quale già esistente al momento dell'entrata in vigore delle predette norme.

La successiva disciplina di riforma del sistema creditizio, nell'attribuire ai detti enti di gestione, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 7 maggio 1999, n. 153 ed ove si siano adeguati alle nuove prescrizioni, la qualifica di fondazioni con personalità giuridica di diritto privato, così estendendo ad essi il regime tributario proprio degli enti non commerciali, ex art. 87, comma 1, lettera c), del T.U.I.R., non ha assunto valenza interpretativa, e quindi efficacia retroattiva, avendo essa previsto adempimenti collegati all'attuazione della riforma stessa, senza influenza sui periodi precedenti.

Ne consegue, per la citata sentenza, l'esistenza di una presunzione di esercizio di impresa bancaria in capo ai soggetti che, in relazione all'entità della partecipazione al capitale sociale, sono in grado di influire sull'attività dell'ente creditizio. Ne deriva altresì la possibile fruizione dei predetti benefici, per gli enti considerati, solo a seguito della dimostrazione, gravante a carico degli stessi secondo il comune regime della prova ex art. 2697 c.c., di aver in concreto svolto un'attività, per l'anno d'imposta rilevante, del tutto differente da quella prevista dal legislatore. Trattasi dunque di un'attività di prevalente o esclusiva promozione sociale e culturale anziché di controllo e governo delle partecipazioni bancarie. Ciò, però, sempre che il relativo tema sia stato introdotto nel giudizio secondo le regole proprie del processo tributario, ovvero sia mediante la proposizione

di specifiche questioni nel ricorso introduttivo, non incombendo sull'Amministrazione finanziaria l'onere di sollevare in proposito precise contestazioni.

Così argomentando Sez. T, n. 11648/2017, Tricomi L., Rv. 64410-01, ha confermato la sentenza impugnata sull'assunto che la fondazione ricorrente, tenuta per statuto ad assegnare almeno il 50% dei proventi derivanti dalla partecipazione ad una banca ad una apposita riserva destinata a finanziare gli aumenti di capitale della banca medesima, non aveva provato lo svolgimento in via prevalente di attività *no profit*.

8. La piccola proprietà contadina. Ai fini dell'applicazione delle agevolazioni tributarie inerenti l'imposta di registro per la piccola proprietà contadina, previste dall'art. 9 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601, l'acquirente deve rivestire la qualità di coltivatore diretto, senza che sia necessaria l'esclusività o la prevalenza di tale attività rispetto alle altre eventualmente esercitate, che, quindi, restano irrilevanti, a meno che da esse non si ricavi, sotto il profilo probatorio, l'impossibilità della coltivazione del fondo.

In applicazione di tale principio, Sez. T, n. 11642/2017, Stalla, Rv. 644106-01, ha confermato la sentenza impugnata che aveva negato l'esercizio abituale e diretto della coltivazione da parte del contribuente, reputato precluso dallo svolgimento, ad opera del medesimo, dell'attività di assessore comunale e di gestione di società da cui, peraltro, aveva tratto redditi di ben dieci volte superiori a quelli di provenienza agricola.

Parimenti le agevolazioni fiscali stabilite dalla l. 6 agosto del 1954, n. 604, il contribuente che non adempia l'obbligo di produrre all'Ufficio il certificato definitivo attestante la sua qualifica di imprenditore agricolo professionale, entro il termine decadenziale di tre anni dalla registrazione dell'atto, non perde il diritto ai benefici ove provi di aver diligentemente agito per conseguire la certificazione in tempo utile senza riuscire nello scopo per colpa degli Uffici competenti.

Sez. T, n. 09842/2017, Rv. 644095-01, oltre ad aver statuito quanto innanzi, ha altresì chiarito che la detta diligenza, che deve essere adeguata alle circostanze concrete, richiede al contribuente non solo di formulare tempestivamente l'istanza ma anche di seguirne l'iter, fornendo la documentazione mancante eventualmente richiesta dall'ufficio.

9. I beni di interesse storico, artistico, archeologico o architettonico. In tema di imposta di registro, il riconoscimento dell'aliquota agevolata del tre per cento, prevista per i trasferimenti di immobili di interesse storico, artistico o archeologico soggetti al vincolo di cui alla l. 1 giugno 1939, n. 1089, presuppone che l'acquirente presenti, contestualmente all'atto da registrare e qualora il vincolo non sia stato ancora imposto, un'attestazione rilasciata dalla Soprintendenza competente. Da essa deve in particolare risultare in corso il relativo procedimento, dovendo, entro il termine di due anni decorrenti dalla registrazione dell'atto, il contribuente documentare l'avvenuta sottoposizione, sotto pena di revoca dell'agevolazione.

In applicazione del principio, Sez. T, n. 24134/2017, Giordano, Rv. 645909-01, ha confermato la sentenza di rigetto dell'appello tributario avverso la pronuncia di primo grado che aveva ritenuto legittimo il provvedimento con il quale l'amministrazione aveva recuperato l'imposta non versata all'atto della registrazione, non avendo l'acquirente dichiarato alcunché in ordine alla procedura di sottoposizione del bene al vincolo e non avendo prodotto la documentazione comprovante detta sottoposizione nel termine dei due anni.

L'agevolazione, relativa all'imposta di registro, prevista per i trasferimenti di beni di interesse artistico, storico ed architettonico non può essere estesa alle imposte ipotecarie e catastali, non essendo sufficiente, per giustificare tale estensione, la previsione di una base imponibile comune (Sez. 6-T, n. 09324/2017, Iofrida, Rv. 643796-01).

Parimenti, in tema di imposta comunale sugli immobili (ICI), l'agevolazione prevista, per gli immobili qualificati di interesse storico-artistico dall'art. 2, comma 5, del d.l. 23 gennaio 1993, n. 16 (conv., con modif., dalla l. 24 marzo 1993, n. 75), è applicabile solo agli immobili sottoposti al vincolo diretto di cui all'art. 3 della l. n. 1089 del 1939 (richiamato dall'art. 2, comma 5, cit.), non essendo suscettibile di applicazione estensiva, salvo che non sia provato un nesso di pertinenzialità con l'immobile sottoposto al vincolo.

In applicazione del principio, Sez. 6-T, n. 10760/2017, Solaini, Rv. 643967-01, ha rigettato il ricorso, negando che fosse deducibile davanti a sé la questione, non precedentemente dedotta innanzi al giudice del merito, né oggetto di pronuncia da parte dello stesso, dell'esistenza di un nesso pertinenziale tra l'immobile assoggettato all'imposta ed un altro, ad esso limitrofo, vincolato ai sensi dell'art. 4 della l. n. 1089 del 1939, appartenente ad un diverso proprietario e suscettibile di essere oggetto di separati atti o rapporti giuridici.

10. Le zone terremotate. In tema di misure di sostegno in favore dei soggetti colpiti dal sisma del dicembre 1990 nelle province di Catania, Ragusa e Siracusa, prevista dall'art. 9, comma 17, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, è legittimato a richiedere all'Amministrazione finanziaria il rimborso di quanto già versato a titolo di imposte, negli anni 1990, 1991 e 1992, e ad impugnare l'eventuale rifiuto dinanzi al giudice tributario non solo il soggetto che ha effettuato il versamento (cd. sostituto d'imposta) ma anche colui che ha percepito le somme assoggettate a ritenuta (cd. sostituto d'imposta). Quest'ultimo è infatti il beneficiario diretto del provvedimento agevolativo in questione (Sez. 5, n. 17472/2017, Iannello, Rv. 644905-01).

Sez. 6-T, n. 29039/2017, Carbone, in corso di massimazione, nel ribadire il principio di cui innanzi con riferimento al rimborso di cui all'art. 1, comma 665, della l. 23 dicembre 2014, n. 190, ha chiarito altresì che la legittimazione del sostituto d'imposta ha trovato conferma nell'art. 16 *octies* del d.l. 20 giugno 2017, n. 91 (conv., con modif., dalla l. 3 agosto 2017, n. 123). Tale norma ha difatti testualmente incluso nel perimetro di godimento del beneficio i titolari di redditi di lavoro dipendente in relazione alle ritenute subite. Il limite introdotto dalla norma sopravvenuta nel 2017, laddove autorizza il rimborso fino a concorrenza dell'apposito stanziamento con riduzione del cinquanta per cento in ipotesi di eccedenza delle richieste, per l'ordinanza da ultimo citata, non incide sul titolo della ripetizione ma unicamente sull'esecuzione dello stesso, delineandosi come un *posterius* rispetto al giudizio in corso.

La S.C. ha altresì chiarito, in tema di accertamento e riscossione, che la sospensione dei termini prevista dall'ordinanza del Ministro per il coordinamento della protezione civile del 21 dicembre 1990, n. 2057, in occasione del detto sisma della Sicilia orientale, è un effetto conseguente alla sospensione dei termini, a carico del contribuente, per gli adempimenti e versamenti di natura tributaria. Quest'ultima non ha carattere automatico ma facoltativo, richiedendo un'apposita domanda, sicché l'Amministrazione, ove non fornisca la prova che il contribuente si sia avvalso della facoltà di fruire di tale beneficio, resta soggetta ai termini ordinari (Sez. T, n. 02434/2017, Locatelli, Rv. 642883-01).

11. Recupero degli aiuti di Stato. In tema di recupero di aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il mercato comune dalla decisione della Commissione Europea n. 2003/193/CE del 5 giugno

2002, l'Agenzia delle entrate, ai sensi dell'art. 1 del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 (conv., con modif., dalla l. 6 aprile 2007, n. 46), ha l'obbligo di procedere mediante ingiunzione al recupero delle imposte non versate in forza del regime agevolativo previsto dall'art. 66, comma 14, del d.l. 30 agosto del 1993, n. 331 (conv., con modif., dalla l. 29 ottobre 1993, n. 427) e dall'art. 3, comma 70, della l. 28 dicembre 1995, n. 549.

Sez. T, n. 02396/2017, Virgilio, Rv. 642534-01, ha chiarito che il meccanismo di cui innanzi opera anche nei confronti delle società *in house*, a partecipazione pubblica totalitaria, risultando irrilevante la composizione del capitale sociale rispetto all'obiettivo di evitare che le imprese pubbliche, beneficiarie del trattamento agevolato, possano concorrere nel mercato delle concessioni dei cd. servizi pubblici locali, che è un mercato aperto alla concorrenza comunitaria, in condizioni di vantaggio rispetto ai concorrenti.

Ai fini del recupero di cui innanzi, gli interessi vanno calcolati, ai sensi dell'art. 24 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 (conv., con modif., dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2), su base composta anche nell'ipotesi in cui la decisione che abbia dichiarato l'aiuto incompatibile con il mercato comune sia stata adottata prima dell'entrata in vigore del regolamento CE n. 794 del 2004 della Commissione. Opera però il (solo) limite, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, delle situazioni acquisite ovvero esaurite in cui, già anteriormente a tale data, l'aiuto sia stato recuperato o l'avviso di accertamento sia stato emesso (Sez. T, n. 16109/2017, Tricomi L., Rv. 644882-01).

La particolare procedura recuperatoria, infine, rileva ai fini della determinazione dell'aggio e non esclude l'applicabilità delle sanzioni previste, in generale, per le omissioni di dichiarazioni obbligatorie e per le omissioni di versamenti.

Ai sensi dell'art. 1 del citato d.l. n. 10 del 2007, trova difatti applicazione la procedura di autoliquidazione di cui l'art. 27 della l. 18 aprile 2005, n. 62, richiamato dal detto art.1, ai soli fini della quantificazione delle imposte da restituire, alla quale segue l'ingiunzione di pagamento e, nel caso di mancato versamento delle relative somme, l'iscrizione a ruolo ex art. 17, comma 1, del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112, richiamato dal medesimo art. 27.

Sicché, ha concluso Sez. T, n. 24536/2017, Tricomi L., in corso di massimazione, l'anno di riferimento per il computo dell'aggio, nel caso di riscossione coattiva, va determinato in considerazione del sorgere dell'"entrata" oggetto di autoliquidazione, coincidente con l'entrata in vigore delle l. 62 del 2005, e non del

sorgere originario dell'imposta oggetto della "moratoria fiscale", che, invece, individua solo il criterio di quantificazione dell'entrata.

In merito ai rapporti con il sistema sanzionatorio tributario, Sez. T, n. 25583/2017, Venegoni, in corso di massimazione, ha chiarito, con riferimento al recupero degli aiuti di Stato erogati ai sensi dell'art. 5 *sexies* d.l. 24 dicembre 2002, n. 282 (conv., con modif., dalla l. 21 febbraio 2003, n. 27), che in caso di mancata presentazione dell'attestazione di cui al comma 2 dell'art. 24 della l. 25 gennaio 2006, n. 29 e di mancato versamento dei relativi importi, previsto invece dal successivo comma 3 del medesimo articolo, sono applicabili le sanzioni per le omissioni di dichiarazioni obbligatorie e di versamenti (previste, rispettivamente, dagli artt. 11 e 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471). Sebbene il recupero in esame operi sulla base della decisione della Commissione europea n. 2005/315/CE, del 20 ottobre 2004, difatti, la relativa procedura, per quanto non disciplinata dal Regolamento n. 659 del 22 marzo 1999 del Consiglio (successivamente modificato e poi sostituito dal Regolamento n. 1589 del 13 luglio 2015 del Consiglio), è regolata dalla normativa nazionale, soggetta alla verifica della Commissione in ordine alla idoneità ed effettività della stessa. Sicché, ha concluso l'ordinanza da ultimo citata, le sanzioni di cui innanzi devono considerarsi in linea con la normativa dell'Unione in quanto volte a rendere effettivo il recupero in oggetto.

CAPITOLO XXX

LA RISCOSSIONE E IL RIMBORSO DELLE IMPOSTE

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Profili sostanziali. – 2. Profili procedurali. – 3. Profili processuali – 4. Notifica e contenuto della cartella esattoriale. – 5. Definitività della cartella e prescrizione. – 6. Il rimborso delle imposte. – 6.1. – Termine di decadenza e prescrizione. – 6.2. Contestazione del credito.

1. Profili sostanziali. La cartella esattoriale, qualora non sia stata preceduta da un avviso di accertamento, deve essere motivata in modo congruo, sufficiente ed intellegibile, derivando tale obbligo dai principi di carattere generale indicati, per ogni provvedimento amministrativo, dall'art. 3 della legge agosto 1990, n. 241 e recepiti, per la materia tributaria, dall'art. 7 della legge 27 luglio 2000, n. 212. Nel caso sottoposto alla S.C. la cartella era riferita al pagamento degli interessi e conteneva il solo riferimento alla sentenza n. 40/2/04 della CTP di Varese ma mancava qualsiasi riferimento al tasso ed alla decorrenza di talché i contribuenti non erano stati posti nella condizione di calcolare la correttezza del calcolo degli interessi operato dall'Agenzia sulla base della somma dovuta a titolo di imposta di successione secondo la sentenza in esame. (Sez. T, n. 09799/2017, Zoso, Rv. 643628-01).

La S.C. ha riconosciuto agli avvisi di recupero di crediti di imposta, oltre alla funzione loro propria di informativa relativa all'insorgenza di un debito tributario, anche quella di autonoma natura impositiva. Tale ultima funzione è direttamente collegata al fatto che tali elementi concorrono a determinare l'intero ammontare della pretesa dell'erario. Conseguenza da ciò che a tali avvisi è applicabile la procedura di accertamento con adesione di cui al d.lgs. n 218 del 1997 (Sez. T, n. 16761/2017, Tedesco, Rv. 644795-01).

La S.C. ha affermato la legittimità della cartella di pagamento emessa nei confronti di una società incorporata riferita ai redditi realizzati fino alla data della fusione, ferma restando la legittimazione passiva, in ordine alla notificazione della cartella, della società incorporante, subentrata a titolo universale nei rapporti sostanziali e processuali dell'incorporata. (Sez. T, n. 07591/2017, Mocci, Rv. 643488-01). In particolare, la S.C. ha precisato che in tema di dichiarazione annuale dei redditi, nel caso di fusione di società per incorporazione non viene meno l'imputazione alla società incorporata dei redditi realizzati fino alla data dell'incorporazione

stessa, con la conseguenza che è legittima l'inclusione della società stessa nel ruolo, in relazione alla frazione di esercizio anteriore alla sua estinzione, ai sensi dell'art. 12 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, nonché l'emissione della cartella esattoriale a suo nome, ferma restando la legittimazione passiva della società incorporante, subentrata a titolo universale nei rapporti sostanziali e processuali alla società estinta, in ordine alla notificazione della cartella stessa.

La S.C. ha, poi, affermato che costituisce principio generale nel diritto tributario che non si può attribuire al puro e semplice riconoscimento, esplicito o implicito, fatto dal contribuente d'essere tenuto al pagamento di un tributo e contenuto in atti della procedura di accertamento e di riscossione (denunce, adesioni, pagamenti, domande di rateizzazione o di altri benefici), l'effetto di precludere ogni contestazione in ordine *all'an debeat*, salvo che non siano scaduti i termini di impugnazione e non possa considerarsi estinto il rapporto tributario. Siffatto riconoscimento esula, infatti, da tale procedura, regolata rigidamente e inderogabilmente dalla legge, la quale non ammette che l'obbligazione tributaria trovi la sua base nella volontà del contribuente. Le manifestazioni di volontà del contribuente, pertanto, quando non esprimano una chiara rinuncia al diritto di contestare *l'an debeat*, debbono ritenersi giuridicamente rilevanti solo per ciò che concerne il *quantum debeat*, nel senso di vincolare il contribuente ai dati a tal fine forniti o accettati. Ciò non esclude che quest'ultimo possa validamente rinunciare a contestare la pretesa del fisco, ma, perché tale forma di acquiescenza si verifichi, è necessario il concorso dei requisiti indispensabili per la configurazione di una rinuncia, e cioè: 1) che una controversia tra contribuente e fisco sia già nata e risulti chiaramente nei suoi termini di diritto o, almeno, sia determinabile oggettivamente in base agli atti del procedimento; 2) che la rinuncia del contribuente sia manifestata con una dichiarazione espressa o con un comportamento sintomatico particolare, purché entrambi assolutamente inequivoci. Alla luce di tali principi la S.C. ha precisato che nel caso in cui il contribuente chiede la rateizzazione dell'importo richiesto dall'Amministrazione essa non costituisce acquiescenza (Sez. T, n. 03347/2017, Novik, Rv. 643209-02).

In tema di dazi di importazione e, più precisamente dell'individuazione dei soggetti obbligati al loro pagamento, la S.C. (Sez. T, n. 09433/2017, Crucitti, Rv. 644709-01), in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. 17 novembre 2011, causa C-454/10), ha ritenuto che l'art. 202, comma 3, del codice doganale comunitario di cui al Reg. (CEE) 12 ottobre 1992, n. 2913/92,

applicabile *ratione temporis*, qualifica come debitori per l'obbligazione doganale sorta in seguito all'irregolare introduzione di merce in ambito comunitario, oltre a colui o coloro che vi hanno proceduto anche le persone che ad essa hanno partecipato "sapendo o dovendo, secondo ragione, sapere che essa era irregolare", con la conseguenza che tali soggetti rispondono, solidalmente con questi, dell'obbligazione doganale, quando si possa ragionevolmente presumere che sapessero o dovessero ragionevolmente sapere che l'introduzione era irregolare. Nel caso di specie, la S.C. ha ritenuto esente da censura la sentenza di merito che aveva specificamente collegato la responsabilità del ricorrente all'operazione doganale, individuandolo come soggetto direttamente coinvolto nell'organizzazione transnazionale che, utilizzando *societas* di comodo, importava merci dalla Cina dichiarandone un valore nettamente inferiore a quello reale, realizzando poi i pagamenti effettivi attraverso altre società dislocate in Cina. Ancora, la S.C. ha poi specificamente indicato gli elementi dai quali ha tratto il convincimento che il ricorrente fosse impegnato nella gestione delle società di comodo che avevano effettuato l'importazione, individuandoli specificamente nel trasferimento del denaro all'estero necessario per pagare la merce giunta in Italia sulla base della documentazione bancaria sequestrata, documentazione dalla quale risultava il ruolo svolto all'interno dell'organizzazione del ricorrente, indicato col suo nome di battesimo, al quale erano riferibili le *societas* di comodo che eseguivano le operazioni di importazione.

2. Profili procedurali. La Sez. T, n. 15580/2017, Napolitano, Rv. 644722-01) ha affermato che non sussiste alcuna nullità della cartella esattoriale per difetto di motivazione qualora essa faccia rinvio ad altro atto costituente il presupposto dell'imposizione senza indicarne i relativi estremi di notificazione o di pubblicazione, allorché la cartella sia stata impugnata dal contribuente che in tal modo abbia dimostrato di avere piena conoscenza dei presupposti dell'imposizione, per averli puntualmente contestati.

La S.C. ha, poi, affermato che in tema di riscossione dei tributi, l'art. 14, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, relativo alla cessione di azienda conforme a legge, è norma speciale rispetto all'art. 2560, comma 2, c.c., e, per evitare che sia dispersa la garanzia patrimoniale del contribuente in pregiudizio dell'interesse pubblico, estende la responsabilità solidale e sussidiaria del cessionario anche alle imposte ed alle sanzioni riferibili alle violazioni commesse dal cedente nell'anno in cui è avvenuta la

cessione e nei due precedenti, nonché alle imposte ed alle sanzioni già irrogate e contestate nel medesimo periodo, anche se riferite a violazioni commesse in epoca anteriore, sempre che esse risultino dagli atti dell'Ufficio. La mancata richiesta del certificato di debenza da parte del cessionario, dunque, non comporta un'estensione della sua responsabilità rispetto a quella delineata dal combinato disposto dei commi 1 e 2 della citata norma, ma gli impedisce di avvalersi dell'eventuale effetto liberatorio anticipato. (Sez. T, n. 17264/2017, Tricomi L., Rv. 644899-01).

La Sez. T, n. 08049/2017, Fasano, Rv. 643601-01, dopo aver premesso che ogni atto impositivo deve essere emesso dall'organo territorialmente competente – individuandosi essa *ex* art. 31 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, con riferimento al domicilio fiscale del contribuente la cui variazione deve essere prontamente comunicata *ex* art. 58 del medesimo decreto, permanendo in caso contrario la competenza territoriale dell'Ufficio individuato in riferimento al precedente domicilio – ha affermato l'illegittimità del provvedimento di fermo emesso da soggetto carente di competenza territoriale (nella specie, l'atto era stato emesso dal Concessionario di Avellino, mentre la contribuente aveva il domicilio fiscale in provincia di Caserta).

La S.C. (Sez. T, n. 02864/2017, Taddei, Rv. 642887-01) ha, poi, precisato che è un principio cardine della disciplina della solidarietà dell'obbligazione tributaria, che caratterizza anche l'imposta di registro a norma dell'art. 57 del d.P.R. 26 aprile 1986, n.131, quello stabilito dal disposto dell'art. 1292 c.c. il quale prevede che ciascun coobbligato può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri. In ragione di tale principio l'amministrazione finanziaria creditrice, in quanto ha facoltà di scegliere l'obbligato al quale rivolgersi, validamente opera in tal senso senza alcun dovere di notificare l'avviso anche ai coobbligati i quali, dopo il pagamento ad opera del responsabile d'imposta, non possono chiedere il rimborso all'amministrazione finanziaria senza vanificare la facoltà di scelta del creditore di chiedere l'adempimento ad uno qualsiasi degli obbligati solidali. Tale impostazione viene ancorata dalla S.C. all'ulteriore rilievo che, se fosse consentito al coobbligato non destinatario dell'avviso di liquidazione, chiedere il rimborso del pagamento effettuato da altro coobbligato solidale, di fatto verrebbe svuotato di contenuto il precetto che attribuisce al creditore la facoltà di rivolgersi ad uno qualsiasi dei coobbligati. D'altra parte, precisa la S.C., che salvo prova contraria, nei rapporti con il creditore si presume che l'obbligato

intimato intanto abbia provveduto al pagamento, in quanto abbia avuto l'assenso da parte di tutti gli altri coobbligati, nei cui confronti, altrimenti, non potrebbe esercitare il diritto di regresso ex art. 1299 c.c. Pertanto, quando un avviso di liquidazione sia stato notificato soltanto ad uno dei coobbligati e questo abbia adempiuto per tutti, si presume che tutti gli altri coobbligati, esposti all'azione di regresso o rivalsa, siano stati informati ed abbiano deciso di non impugnare l'avviso stesso, con la ulteriore conseguenza che il rapporto tributario deve considerarsi definito senza vi sia la possibilità di richiedere il rimborso di quanto pagato.

3. Profili processuali. Sez. U, n. 13913/2017, Bielli, Rv. 644556-01, hanno affrontato il tema relativo al giudice competente a decidere in un giudizio di opposizione agli atti esecutivi e, in particolare, all'atto di pignoramento conseguente, tra l'altro, il mancato pagamento di tributi.

In particolare, la Commissione tributaria regionale della Puglia, in accoglimento dell'appello proposto dalla contribuente nei confronti della Equitalia Sud, quale agente della riscossione, avverso la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Bari, dichiarava la giurisdizione del giudice tributario, declinata dal giudice di primo grado in favore dell'autorità giudiziaria ordinaria, e rimetteva la causa alla suddetta commissione. In punto di fatto, i giudici di appello premettevano che: a) la contribuente aveva impugnato davanti al giudice di primo grado il verbale di pignoramento mobiliare eseguito dall'agente della riscossione in relazione a carichi di natura sia tributaria che non tributaria; b) l'impugnazione era argomentata, tra l'altro, con l'omessa previa notificazione dei titoli esecutivi posti a base del pignoramento; c) la CTP, in accoglimento dell'eccezione della resistente agente della riscossione (la quale aveva sottolineato, da un lato, che il pignoramento era atto dell'esecuzione forzata e, dall'altro, che alcuni crediti azionati non avevano natura tributaria), aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione; d) la società contribuente impugnava la decisione di primo grado. I giudici di appello osservavano che: a) la controversia verteva, nella sostanza, sulla dedotta inesistenza (o invalidità) delle notificazioni delle cartelle di pagamento poste a base del pignoramento e, quindi, sull'efficacia del titolo esecutivo azionato; b) in tale ipotesi, il pignoramento costituiva – secondo la prospettazione della contribuente – il primo atto di manifestazione esterna della pretesa tributaria; c) pertanto, nella specie, il controllo giudiziale si risolveva nel controllo delle cartelle di pagamento, configurabili come atti di riscossione (e non di

esecuzione forzata) delle pretese tributarie ad esse sottese; d) la cognizione dell'impugnazione del pignoramento era devoluta, dunque, alla giurisdizione del giudice tributario, alla stregua dei principi dettati dalle Sez. U con le sentenze n. 5994/2012 e n. 14667/2011, secondo le quali la giurisdizione del giudice tributario include anche la controversia relativa all'opposizione all'esecuzione quando oggetto del giudizio sia la fondatezza del titolo esecutivo relativo a pretese tributarie; e) la causa andava rimessa alla CTP per l'esame delle eccezioni riguardanti le cartelle di pagamento poste a base del pignoramento e, in particolare, per l'accertamento della correttezza della loro notificazione e per la dichiarazione della giurisdizione di altro giudice in relazione alle pretese non tributarie in esse contenute.

In ragione del quadro sopra riportato le Sez. U erano chiamate a decidere in ordine alla individuazione del giudice — ordinario o tributario — cui doveva essere devoluta la cognizione dell'opposizione proposta avverso un atto di pignoramento effettuato in forza di crediti tributari e basata sulla dedotta mancata o invalida previa notificazione della cartella di pagamento recante la suddetta pretesa creditoria (o comunque di un altro atto che deve precedere l'inizio dell'espropriazione).

In particolare, la S.C. ha preso atto che vi erano due opposti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, che, pure, partono dal condivisibile comune presupposto interpretativo secondo cui l'inammissibilità delle opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi stabilita dall'art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973 non va intesa (pena la violazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.) come assoluta esclusione della tutela giudiziale delle situazioni soggettive prese in considerazione da dette opposizioni. Gli orientamenti divergono, però, sull'individuazione del giudice da adire.

In base al primo di essi, l'opposizione agli atti esecutivi riguardante un atto di pignoramento, che il contribuente assume essere viziato da nullità derivata dall'omessa notificazione degli atti presupposti, si risolve nell'impugnazione del primo atto in cui viene manifestato al contribuente l'intento di procedere alla riscossione di una ben individuata pretesa tributaria: l'opposizione, pertanto, è ammissibile e va proposta davanti al giudice tributario (ai sensi degli artt. 2, comma 1, secondo periodo, e 19 — estensivamente interpretato — del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546).

In base al secondo e più recente orientamento, l'opposizione agli atti esecutivi riguardante un atto di pignoramento, che il contribuente assume essere viziato per nullità derivata dall'omessa

notificazione degli atti presupposti, è ammissibile e va proposta dinanzi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973 e degli artt. 617 e 9 c.p.c., perché la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria sussiste quando sia impugnato un atto dell'esecuzione forzata tributaria successivo alla notificazione della cartella di pagamento (come, appunto, un atto di pignoramento), restando irrilevante il vizio dedotto e, quindi, anche quando detto vizio venga indicato nella mancata notificazione della cartella di pagamento: in tale ipotesi, infatti, il giudice ordinario deve verificare solo se ricorre il denunciato difetto di notifica all'esclusivo fine di pronunciarsi sulla nullità del consequenziale pignoramento basato su crediti tributari.

Con la decisione in esame viene ritenuto preferibile il primo orientamento e affermato il principio di diritto secondo cui in materia di esecuzione forzata tributaria, l'opposizione agli atti esecutivi riguardante l'atto di pignoramento, che si assume viziato per l'omessa o invalida notificazione della cartella di pagamento (o degli altri atti presupposti dal pignoramento), è ammissibile e va proposta — ai sensi degli artt. 2, comma 1, secondo periodo, 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, 57 del d.P.R. n. 602 del 1973 e 617 cod. proc. civ. — davanti al giudice tributario.

Nel diverso caso di riscossione di un'entrata patrimoniale dell'ente locale a mezzo dei ruoli del servizio di riscossione dei tributi, legittimato passivo nel giudizio di opposizione avverso la cartella esattoriale emessa dal concessionario è soltanto il Comune e non anche il soggetto incaricato della riscossione, in quanto esclusivamente l'ente territoriale è titolare della situazione sostanziale dedotta in giudizio, mentre il concessionario può considerarsi un mero destinatario del pagamento, ma non è contitolare del diritto di credito, la cui inesistenza costituisce l'oggetto della domanda di accertamento (Sez. T, n. 18105/2017, Rv. 645023-01).

La Sez. T, n. 12244/2017, Riccardi, Rv. 644129-01 ha, poi, accolto il ricorso proposto dall'Agenzia delle entrate avverso la sentenza che non aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto da una società costruttrice avverso una cartella esattoriale emessa per il pagamento dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale, in relazione alla compravendita di un suolo edificatorio, non avendo questa dedotto vizi propri della cartella. In particolare, la CTR aveva accolto l'appello di una società di costruzione avverso la sentenza di primo grado che aveva dichiarato inammissibile il ricorso da questa proposto avverso la cartella esattoriale sopra indicata relativa alla compravendita di un suolo edificatorio in quanto non aveva dedotto

vizi propri della cartella. La sentenza di appello aveva ritenuto applicabile il principio di solidarietà del giudicato, sul rilievo del passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento del ricorso delle parti venditrici del suolo.

La S.C., nell'accogliere il ricorso, ha affermato che i giudici avevano esteso il giudicato favorevole formatosi sulla sentenza emessa nel diverso giudizio instaurato dai venditori, coobbligati solidali, senza esaminare la questione pregiudiziale dell'ammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, concernente la mancata deduzione di vizi propri della cartella esattoriale impugnata.

In tema di riscossione mediante ruoli straordinari, nel caso in cui nel corso del giudizio di cassazione riguardante la cartella di pagamento sopravvengono sentenze di appello favorevoli all'Amministrazione aventi ad oggetto l'impugnazione dell'avviso di accertamento posti a base della suddetta cartella, ciò non comporta la cessazione della materia del contendere poiché, ai sensi degli artt. 68 del d.lgs. n. 546 del 1992 e 18 del d.lgs. 472 del 1997, il tributo, gli interessi e le sanzioni vanno riscossi per intero in pendenza di giudizio solo una volta emesse le menzionate sentenze di appello, e non precedentemente, sicché resta in questione, nel giudizio di cassazione, la legittimità dell'emissione del ruolo straordinario e della correlativa cartella di pagamento in data anteriore alle stesse. (Sez. T n. 12239/2017, Bielli, Rv. 644128-01).

4. Notifica e contenuto della cartella esattoriale. La Sez. T, n. 10528/2017, De Masi, Rv. 644101-01 ha riaffermato il principio secondo cui il contribuente, qualora impugni una cartella esattoriale emessa dal concessionario per la riscossione per motivi che attengono alla mancata notifica degli atti impositivi presupposti, può agire indifferentemente nei confronti dell'ente impositore o del concessionario, senza che sia configurabile alcun litisconsorzio necessario, costituendo l'omessa notifica dell'atto presupposto vizio procedurale che comporta la nullità dell'atto successivo ed essendo rimessa al concessionario la facoltà di chiamare in giudizio l'ente impositore. In particolare, in tema di disciplina della riscossione delle imposte mediante iscrizione nei ruoli, nell'ipotesi di giudizio relativo a vizi dell'atto afferenti il procedimento di notifica della cartella, non sussiste litisconsorzio necessario tra l'Amministrazione finanziaria ed il Concessionario alla riscossione, né dal lato passivo, spettando la relativa legittimazione all'ente titolare del credito tributario con onere del concessionario, ove destinatario dell'impugnazione, di chiamare in giudizio il primo se non voglia rispondere delle conseguenze della

lite, né da quello attivo, dovendosi, peraltro, riconoscere ad entrambi il diritto all'impugnazione nei diversi gradi del processo tributario.

5. Definitività della cartella esattoriale e prescrizione. La Sez. T, n. 09076/2017, Petitti, Rv. 643623-01, ha affermato che il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per la violazione di norme tributarie, derivante da sentenza passata in giudicato, si prescrive entro il termine di dieci anni, per diretta applicazione dell'art. 2953 c.c., che disciplina specificamente ed in via generale la cosiddetta *actio indicati*, mentre, se la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile vale il termine di prescrizione di cinque anni, previsto dall'art. 20 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, atteso che il termine di prescrizione entro il quale deve essere fatta valere l'obbligazione tributaria principale e quella accessoria relativa alle sanzioni non può che essere di tipo unitario. Fermo tale principio, la S.C. ha, poi, precisato che in applicazione di esso il diritto alla riscossione di un'imposta, conseguente ad avviso di liquidazione divenuto definitivo, perché confermato con sentenza passata in giudicato, non è assoggettato ai termini di decadenza e prescrizione che scandiscono i tempi dell'azione amministrativo-tributaria, ma esclusivamente al termine di prescrizione generale previsto dall'art. 2953 c.c., in quanto il titolo sulla base del quale viene intrapresa la riscossione non è più l'atto amministrativo, ma la sentenza.

6. Il rimborso delle imposte.

6.1. Termine di decadenza e prescrizione. In materia di contenzioso tributario, la decadenza del contribuente per il mancato rispetto dei termini fissati per chiedere il rimborso del tributo indebitamente versato, essendo prevista in favore dell'amministrazione finanziaria ed attenendo a situazione non disponibile, può essere rilevata d'ufficio anche in secondo grado, purché emerga dagli elementi comunque acquisiti agli atti del giudizio; sicché essa è sottratta al regime delle eccezioni nuove, a maggior ragione con riguardo ai tributi armonizzati per i quali il profilo di indisponibilità è maggiormente accentuato, costituendo risorse proprie dell'Unione europea (Sez. T, n. 22399/2017, Conti, Rv. 646011-01).

La Sez. T, n. 12269/2017, Iannello, Rv. 644136-01, sempre in tema di rimborso delle imposte sui redditi, ha affermato che l'indebito tributario è soggetto ai termini di decadenza o prescrizione previsti dalle singole leggi di imposta, qualunque sia la ragione della

non debenza, quali l'erronea interpretazione o applicazione della legge fiscale, il contrasto con norme di diritto comunitario, ovvero uno *jus superveniens* con applicabilità retroattiva. A tal riguardo, il diritto al rimborso di un tributo non dovuto si qualifica come indebito oggettivo di diritto comune soltanto quando venga espunta dall'ordinamento o non debba essere applicata (per dichiarazione d'incostituzionalità o per contrasto col diritto comunitario) l'intera fattispecie del tributo. Pertanto, il regime speciale di decadenza previsto dalla legge d'imposta si applica anche ai casi – come quello di specie – di mero errore materiale commesso in sede di dichiarazione, con la conseguenza che deve trovare applicazione l'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973, nel testo vigente *ratione temporis*, e, perciò, il termine di decadenza di diciotto mesi, decorrente dal pagamento. Inoltre, qualora venga contestato in radice l'obbligo del pagamento del tributo in forza di un regime di esenzione soggettiva, la non debenza si configura anche in relazione al pagamento delle rate di acconto, non trattandosi di determinazione rilevabile soltanto in sede di pagamento del saldo, per cui il suddetto termine decadenziale deve farsi decorrere dai versamenti delle dette rate di acconto.

La Sez. T, n. 06921/2017, Tinarelli, Rv. 643596-01, ha, poi, precisato che in assenza di dichiarazione annuale e in presenza di quelle periodiche sussiste il diritto alla detrazione a favore del contribuente quando egli prova la sussistenza dei relativi requisiti sostanziali. In particolare, in tema di IVA, la S.C. ha rilevato che ove l'eccedenza di essa risulti dalle liquidazioni periodiche, ma sia stata omessa la dichiarazione annuale, il contribuente, per portarla in detrazione, deve provarne, anche esibendo i registri IVA e le relative liquidazioni, le fatture ed ogni altra documentazione ritenuta utile, i requisiti sostanziali, ossia che gli acquisti siano stati effettuati da un soggetto passivo, parimenti debitore dell'IVA agli stessi attinente, e che i beni di cui trattasi siano utilizzati ai fini di proprie operazioni imponibili, rivelandosi, altresì, tale situazione compatibile con il ricorso alla procedura automatizzata, atteso che l'assenza della dichiarazione annuale rappresenta una notizia che rileva come dato storico e fattuale e consente l'avvio di tale procedura, dovendo il fisco provvedere, in sede di controllo, sulla base dei dati e degli elementi direttamente desumibili dalle dichiarazioni fiscali presentate, o meno, e di quelli in possesso dell'anagrafe tributaria.

Con riferimento al rimborso di somme non dovute a titolo di ICI, la Sez. T, n. 12297/2017, De Masi, Rv. 644414-01, ha affermato che il termine di decadenza da tale diritto, fissato dall'art. 1, comma 164, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in cinque anni dal giorno

del versamento o da quello in cui è stato accertato il diritto alla restituzione, decorre dal passaggio in giudicato della sentenza determinativa della rendita catastale dell'immobile oggetto di imposizione. Sempre con riferimento al termine suddetto la S.C. ha avuto modi di affermare che il termine di tre anni dal giorno del pagamento o da quello in cui è stato definitivamente accertato il diritto alla restituzione di somme indebitamente versate a titolo di ICI, previsto, a pena di decadenza, dall'art. 13 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, per le richieste di rimborso del contribuente, non può ritenersi sostituito con quello quinquennale introdotto dall'art. 1, comma 164, della l. n. 296 del 2006, ove già maturato alla data di entrata in vigore della nuova disciplina (Sez. T, n. 02112/2017, Stalla, Rv. 642532-01).

In tema di IVA, invece, il diritto alla restituzione dell'imposta indebitamente versata è stato indicato dalla S.C. non in quello di cui alla disciplina dettata dall'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973 in materia di imposte dirette, bensì in quello previsto dagli artt. 30, 38 *bis*, 38 *bis* 1, 38 *bis* 2 e 38 *ter* del d.P.R. n. 633 del 1972 e, pertanto, è soggetto al termine decadenziale biennale ex art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, che decorre dal giorno in cui si è verificato il presupposto del rimborso, ossia dal giorno in cui è stato effettuato il pagamento che dà diritto alla restituzione del versato (Sez. T, n. 11652/2017, Lucioti, Rv. 641239-01).

Diversamente, in tema di IRAP, l'istanza di rimborso dell'imposta, ritenuta illegittimamente versata, va presentata dal contribuente entro il termine di decadenza previsto dall'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973, in quanto l'art. 25 del d.lgs. n. 446 del 1997, istitutivo del tributo, stabilisce che, fino a quando non abbiano effetto eventuali leggi regionali, "per le attività di controllo e rettifica delle dichiarazioni, per l'accertamento e per la riscossione dell'imposta regionale, nonché per il relativo contenzioso, si applicano le disposizioni in materia d'imposte sui redditi". Inoltre, l'art. 30, nel disciplinare la riscossione dell'imposta dovuta, prevede che quest'ultima "è riscossa mediante versamento del soggetto passivo da eseguire con le modalità e nei termini stabiliti per le imposte sui redditi" (comma 2) e che "la riscossione coattiva avviene mediante ruolo sulla base delle disposizioni che regolano la riscossione coattiva delle imposte sui redditi" (comma 6) (Sez. T, n. 09935/2017, Solaini, Rv. 643808-01).

6.2. Contestazione del credito. Le Sez. U, n. 16692/2017, Perrino, Rv. 644800-01 si sono occupate della possibilità

dell'Amministrazione di contestazione di crediti che il contribuente vanta in occasione dell'applicazione di norme sul condono. In proposito la S.C. ha chiarito che, in tema di cd. "condono tombale", l'Erario può accertare i crediti da agevolazione esposti dal contribuente nella dichiarazione, in quanto il condono – avendo come scopo il recupero di risorse finanziarie e la riduzione del contenzioso e non già l'accertamento dell'imponibile – elide in tutto o in parte, per sua natura, il debito fiscale, ma non opera sui crediti che il contribuente possa vantare nei confronti del fisco, che restano soggetti all'eventuale contestazione da parte dell'Ufficio. In proposito le Sez. U erano chiamate a stabilire se l'effetto preclusivo di ogni accertamento stabilito dalla combinazione dei commi 9 e 10 dell'art. 9 legge 27 dicembre 2002, n. 289 riguardava l'intera situazione tributaria e, quindi, non soltanto i debiti del contribuente verso il fisco, ma anche i crediti vantati nei confronti di esso, con particolare riguardo a quelli da agevolazioni. Le Sez. U, dopo aver riportato la normativa di riferimento, hanno rilevato che, secondo la tesi maggioritaria in seno alla Sez. T il c.d. condono tombale contemplato dall'art. 9 l. n. 289 del 2002 elide i debiti del contribuente verso l'Erario, ma non opera sugli eventuali crediti, in ragione del terzo periodo del comma 9 del suddetto art. 9 e non impedisce all'Erario di vagliarli, di contestarli e di recuperarne gli importi esposti in dichiarazione. A fronte di tale indirizzo, altra parte della giurisprudenza di legittimità ha rilevato che il condono di cui all'art. 9 l. n. 289 del 2002 elide sì i debiti del contribuente verso l'Erario, ma comporta altresì la preclusione nei confronti del dichiarante e dei soggetti coobbligati di ogni accertamento tributario, ivi compreso quello volto al recupero di crediti d'imposta. La S.C. ha aderito al primo dei due orientamenti illustrati assumendo rilievo la sentenza della Corte cost. 27 luglio 2005, n. 340, con la quale si è, tra l'altro, affermato che l'art. 9, comma 9, l. n. 289 del 2002 va inteso nel senso che il condono non influisce di per sé sull'ammontare delle somme chieste a rimborso, non impone al contribuente la rinuncia al credito e non impedisce all'erario di accogliere tali richieste, allorché la pretesa di rimborso sia riscontrata fondata. Il successivo comma 10 preclude l'accertamento dei debiti dei contribuenti che hanno ottenuto il condono, ma non quello dell'inesistenza dei crediti posti a base delle richieste di rimborso. Le Sez. U proseguono osservando che nelle diverse pronunce della Consulta riportate in motivazione assume rilievo la ricostruzione del condono che incide sui debiti tributari dei contribuenti e non sui loro crediti, in quanto si traduce in una forma atipica di definizione del rapporto tributario, nella

prospettiva di recuperare risorse finanziarie e di ridurre il contenzioso, non già in quella dell'accertamento dell'imponibile (cfr Corte cost. 13 luglio 1995, n. 321).

Altra pronuncia che merita di essere annotata è quella che ha affermato che l'Amministrazione finanziaria può contestare i fatti costitutivi del credito tributario per la prima volta anche nel corso del giudizio di appello in quanto la relativa eccezione non rientra nel divieto di cui all'art. 57, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, il quale concerne tutte le eccezioni in senso stretto, consistenti nei vizi d'invalidità dell'atto tributario o nei fatti modificativi, estintivi o impeditivi della pretesa fiscale, mentre non si estende alle eccezioni improprie o alle mere difese nelle quali rientra la contestazione delle censure del contribuente come quella sopra indicata che resta sempre deducibile. (Sez. T, n. 22105/2017, Perrino, Rv. 645639-01).

CAPITOLO XXXI

IL CONDONO

(DI LORENZO DELLI PRISCOLI)

SOMMARIO: 1. Gli effetti. – 3. I profili procedurali e processuali.

1. Gli effetti. Le Sez. U hanno stabilito che l'Erario può accertare i crediti da agevolazione esposti dal contribuente nella dichiarazione, in quanto il condono – avendo come scopo il recupero di risorse finanziarie e la riduzione del contenzioso e non già l'accertamento dell'imponibile – elide in tutto o in parte, per sua natura, il debito fiscale, ma non opera sui crediti che il contribuente possa vantare nei confronti del fisco, che restano soggetti all'eventuale contestazione da parte dell'Ufficio (Sez. U, n. 16692/2017 Perrino, Rv. 644800-01).

L'art. 8 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, nella parte in cui consente la definizione in via agevolata delle violazioni in materia di IVA (nella specie, sanzioni irrogate per omessa emissione di autofattura), va disapplicato perché in contrasto con gli obblighi di cui agli artt. 2 e 22 della Sesta direttiva n. 77/388/CEE del Consiglio del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relativamente all'IVA, secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia CE del 17 luglio 2008, in causa C-132/06 (Sez. T, n. 28586/2017 Luciotti, in corso di massimazione).

Il condono di cui all'art. 9 della l. n. 289 del 2002 invece elide i debiti del contribuente verso l'erario, comportando la preclusione nei confronti del dichiarante e dei soggetti coobbligati di ogni accertamento tributario.

Presupposto necessario per l'adesione al condono di cui all'art. 9 *bis* della legge n. 289 del 2002 è infatti, come spiega la chiara lettera della norma, il ritardo o l'omissione di pagamenti risultanti dalle dichiarazioni annuali, non anche il ritardo o l'omissione di pagamenti relativi ad altro e diverso condono (nella specie quello di cui all'art. 9 della l. n. 289 del 2002, cd. condono tombale). Né l'art. 9 *bis* citato può essere applicato in via analogica così da consentire la definizione dei ritardati od omessi pagamenti relativi ad altri e diversi condoni – in modo da permettere, come correttamente paventato dall'Avvocatura, un “condono di condono” – perché da un lato manca un vuoto normativo, presupposto indispensabile per l'applicazione in via analogica (in quanto l'ipotesi del ritardo nei

pagamenti dovuti in seguito al condono di cui all'art. 9 è compiutamente disciplinata, come sottolineato dal ricorrente, dal comma 12 dell'art. 9 stesso) e dall'altro (e soprattutto) manca quella identità di *ratio* che sola consente l'esercizio del potere di applicazione analogica da parte del giudice. Infatti, il procedimento di applicazione in via analogica, pur astrattamente possibile qualora si ammettesse che le norme in tema di condono abbiano natura non eccezionale ma speciale in quanto si armonizzano pur sempre con il resto dell'ordinamento giuridico e si giustificano per le esigenze di cui agli artt. 81 e 111 Cost., non si giustifica in ogni caso nel caso concreto.

Ratio del condono fiscale è infatti, come sottolineato da Cass. 29 novembre 2013, n. 26767 (secondo cui la disciplina del condono risponde all'esigenza di conseguire risorse per lo Stato entro i termini perentori connessi alla redazione del bilancio statale) e da Sez. U. n. 16692/2017, Perrino, Rv. 644800-01, quella di recuperare risorse finanziarie e di ridurre il contenzioso (così assecondando appunto i principi di parità del bilancio di cui all'art. 81 Cost. e di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.), nel rispetto però delle previsioni costituzionali di cui agli artt. 3 e 53, che conferiscono alle norme in tema di condono carattere di stretta interpretazione, in ragione della loro obiettiva deroga al principio di uguaglianza nel trattamento fiscale dei cittadini davanti al Fisco. Qualora infatti si consentisse di applicare le norme in tema di condono anche per debiti nei confronti dell'Erario derivanti da precedenti condoni, si sacrificerebbero eccessivamente i principi di uguaglianza davanti al Fisco, di ragionevolezza (espressione del principio di uguaglianza), di certezza del diritto (parimenti espressione del principio di uguaglianza: in questo senso Corte cost. 19 luglio 2013, n. 219) e del dovere di tutti di contribuire alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva, perché il contribuente verrebbe irragionevolmente ad usufruire due volte, per la stessa imposta, di un atto clementiale dettato da contingenti ed eccezionali esigenze finanziarie e di carico giudiziario, che verrebbero ad assumere un peso eccessivo nel delicato bilanciamento di valori con i citati artt. 3 e 53 Cost., oltretutto con un assai discutibile ed evanescente contributo proprio alle suddette esigenze finanziarie dello Stato (in ragione dell'esiguità della somma recuperata dal Fisco, falciata da un doppio condono) e della ragionevole durata dei processi (a causa del contenzioso relativo all'ammissibilità del "condono di condono"). Ritenere dunque ammissibile, in via interpretativa, un "condono di condono", determinerebbe l'introduzione, in via surrettizia e generalizzata, di nuova forma di condono, circostanza più volte

stigmatizzata dalla Corte cost. (25 ottobre 2017 n. 229, e 8 novembre 2017 n. 232; 19 novembre 2015, n. 233), la quale, proprio per la delicatezza della materia e la difficoltà di trovare il giusto equilibrio tra i diversi principi costituzionali, ha anche costantemente affermato la competenza esclusiva dello Stato in tema di condoni, proprio a voler sottolineare la centralità e l'esclusività del Parlamento nella decisione circa l'opportunità dei condoni, escludendo così implicitamente da tale decisione gli altri poteri dello Stato (non solo le Regioni, ma anche la Magistratura). In particolare, in altre pronunce la Consulta ha altresì affermato che va dichiarata illegittima una norma regionale che abbia l'effetto di estendere l'area del condono, ledendo l'affidamento dei consociati nella natura definitiva della normativa in questione, e con esso, in ultima analisi, la stessa certezza del diritto, che la Corte cost. ha espressamente individuato come un valore suscettibile di essere compromesso da ogni condono, così da fungere da criterio, unitamente ad altri, alla luce del quale valutare l'osservanza degli «stretti limiti» imposti al condono dal sistema costituzionale (27 febbraio 2009, n. 54, 28 giugno 2004, n. 196 e 31 marzo 1988, n. 369). È evidente pertanto che tale estensione dell'area del condono non può neppure avvenire in via di una irragionevole e forzata interpretazione della norma da parte del giudice.

Del resto, proprio in tema di condono tombale, la Corte cost. ha definito quest'ultimo disciplina eccezionale rispetto al principio dell'indisponibilità della pretesa erariale, con la conseguenza che «non costituisce fonte di discriminazione costituzionalmente rilevante il fatto che il legislatore abbia delimitato l'ambito di applicazione della norma, in quanto non è fonte di illegittimità costituzionale il limite alla estensione di norme che, come quella in esame, costituiscono deroghe a principi generali» (Corte cost. 20 marzo 2013, n. 49, 29 maggio 2013, n. 112 e 25 luglio 2014, n. 225).

Con riferimento alla speciale procedura prevista dall'art. 12 della l. n. 289 del 2002, per la definizione dei carichi inclusi in ruoli emessi da uffici statali ed affidati ai concessionari del servizio nazionale della riscossione fino al 31 dicembre 2000 – mediante il pagamento del 25% dell'importo iscritto a ruolo, oltre alle eventuali spese sostenute dal concessionario –, non è prescritta a carico dell'Agenzia delle entrate alcuna attestazione della regolarità del condono e del pagamento integrale di quanto dovuto, sicché occorre accertare la corrispondenza tra quanto versato ed il ruolo oggetto della controversia, gravando sul contribuente l'onere di provare che il versamento effettuato concerna la controversia in corso e che le somme pagate corrispondano al 25 per cento dell'importo iscritto a

ruolo (capitale, interessi e sanzioni), oltre le eventuali spese (Sez. T, n. 17283/2017, De Masi, Rv. 644901-01).

2. I profili procedurali e processuali. Sez. T, n. 25269/2017, De Masi, in corso di massimazione, ha sostenuto che la dichiarazione di estinzione del giudizio per chiusura della lite ai sensi dell'art. 16 della l. n. 289 del 2002, è subordinata, come previsto dal comma ottavo di tale disposizione, all'attestazione da parte dell'Ufficio della regolarità della domanda di definizione e del pagamento integrale di quanto dovuto, non assumendo alcun rilievo la produzione da parte del contribuente di documenti comprovanti l'avvenuta presentazione dell'istanza di condono ed il versamento della somma dovuta.

Presupposto per la definizione agevolata delle liti pendenti innanzi alla S.C., come prevista dall'art. 3, comma 2 *bis*, del d.l. n. 40 del 2010 conv., con modif., in l. n. 73 del 2010, è la soccombenza dell'Amministrazione finanziaria nei precedenti gradi di giudizio; il riferimento normativo ai "primi due gradi di giudizio" va, invero, interpretato con riguardo all'intera vicenda processuale, nella quale l'Ufficio tributario deve essere stato costantemente soccombente, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui il giudizio di cassazione sia stato preceduto – in applicazione del rito previgente – da tre gradi di giudizio, è necessario, ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di definizione, che si sia verificato un triplice esito sfavorevole per l'Amministrazione (come invece, nella specie, non avvenuto, avendo la Commissione tributaria centrale accolto il ricorso dell'Amministrazione), atteso che la *ratio* delle norme è quella di deflazionare il contenzioso pendente da oltre dieci anni, confidando sull'elevata probabilità di un esito sfavorevole in sede di legittimità (Sez. T, n. 23826/2017, Stalla, Rv. 645908-01).

La dichiarazione integrativa non è inficiata dalla presenza di errori materiali riconoscibili, che siano ritenuti tali dal giudice di merito con una valutazione incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivata (Sez. T, n. 22575/2017, Carbone, Rv. 645645-01).

CAPITOLO XXXII

LE SANZIONI IN MATERIA TRIBUTARIA

(DI LORENZO DELLI PRISCOLI)

SOMMARIO: 1. Principi generali. – 2. Applicazione della sanzione.

1. Principi generali. Le sanzioni tributarie amministrative sono regolate da un sistema organico di principi generali –paralleli a quelli del sistema penale –sulla personalità dell'illecito, sull'elemento soggettivo e l'errore, sul principio di specialità, del *favor rei* e della irretroattività della norma meno favorevole ecc.

La definizione agevolata a norma dell'art. 17, comma 2, del d.lgs. n. 472 del 1997 (effettuata mediante versamento di una somma notevolmente inferiore a quella concretamente irrogabile) definisce irrevocabilmente ogni questione inerente l'aspetto sanzionatorio del rapporto tributario in contestazione, precludendo all'amministrazione finanziaria di irrogare maggiori sanzioni e al contribuente di ripetere quanto già pagato (Sez. T, n. 25577/2017 Locatelli, in corso di massimazione).

Presupposto per la riduzione delle sanzioni amministrative tributarie, nella misura di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 462 del 1997, è la mancata iscrizione a ruolo dell'imposta dovuta, a seguito dell'omesso pagamento delle somme entro trenta giorni dal ricevimento della prescritta comunicazione (Sez. T, n. 25287/2017 Corbo, Rv. 645981-01).

Non è motivo di nullità della cartella di pagamento, emessa ai sensi dell'art. 36 *bis* del d.P.R. n. 600 del 1973 e dell'art. 54 *bis* del d.P.R. n.633 del 1972, l'omessa comunicazione al contribuente dell'esito dei controlli automatici disposti sulle dichiarazioni presentate ai fini dell'imposta sui redditi o di quella sul valore aggiunto (Sez. T, n. 25294/2017 De Masi, Rv. 645983-01).

2. Applicazione della sanzione. Con la sentenza Sez. T, n. 27067/2017, Fasano, in corso di massimazione, è stato affermato che la società contribuente *in bonis* – già soggetta alla procedura di amministrazione straordinaria – che abbia versato somme a titolo di sanzioni irrogate per il mancato versamento di ritenute operate dal sostituto di imposta in misura ridotta, ai sensi dell'art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 462 del 1997 e all'esito della c.d. comunicazione di irregolarità di cui all'art. 36 *bis* del d.P.R. n. 600 del 1973 e dell'art. 54 *bis* del d.P.R.

n. 633 del 1972, non può richiedere il rimborso delle somme e delle sanzioni pagate in virtù della definizione agevolata, perché in tal modo si verificherebbe un'inammissibile revoca della richiesta di definizione agevolata, per una causa sopravvenuta non espressamente prevista dalla legge.

Ha affermato Sez. T, 24144/2017 De Masi, Rv. 645911-01 che ai sensi dell'art. 16 della l. n. 289 del 2002, nel caso in cui il contribuente si avvalga della facoltà, prevista dal comma 2 di detta disposizione, di versare ratealmente l'importo dovuto, soltanto l'omesso versamento della prima rata comporta l'inefficacia dell'istanza di condono, con la conseguente perdita della possibilità di avvalersi della definizione agevolata, mentre in caso di mancato versamento delle rate successive, si procede ad iscrizione a ruolo (a titolo definitivo) dell'importo dovuto, ai sensi dell'art. 14, del d.P.R. n. 602 del 1973, con addebito di una sanzione amministrativa pari al 30 per cento delle somme non versate, ridotta alla metà in caso di versamento eseguito entro i trenta giorni successivi alla scadenza della rata, oltre agli interessi legali.