

SEMINARIO DIDATTICO

IL DIRITTO VIVENTE TRA LEGGE E GIURISPRUDENZA

Raccolta di giurisprudenza

I. OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

RIFLESSIONI IN MATERIA DI USURA

(*Relatore: Emanuele Lucchini Guastalla*)

Cass., 31 Gennaio 2017, n. 2484

La I Sezione della Corte di cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, la questione riguardante la possibilità di predicare la nullità sopravvenuta, seppure con effetto *ex nunc*, dei contratti di mutuo a tasso fisso conclusi in epoca antecedente all'entrata in vigore della L. 7 marzo 1996, n. 108, allorché il tasso di interesse, pure non usurario al momento della stipula, risulti, in un qualsiasi momento dell'attuazione del rapporto, superiore alla soglia usura come determinata ai sensi del criterio di calcolo disciplinato dall'art. 2 della predetta legge.

FATTO

Eurofinanziaria ha convenuto in giudizio Monte dei Paschi di Siena chiedendo la ripetizione degli importi pagati in violazione della L. n. 108 del 1996, in virtù di un contratto di mutuo fondiario stipulato il 17/1/1990 dell'importo di 14 miliardi di Lire con ammortamento in 10 anni e tasso d'interesse 7,75 semestrale, precisando che il Monte dei Paschi non aveva consentito la rinegoziazione del mutuo dopo l'entrata in vigore della normativa antiusura.

Il tribunale ha accolto la domanda di ripetizione dell'indebito all'esito dell'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, condannando il Monte Paschi di Siena al pagamento della somma di Euro 324.460 con interessi legali a far data dal giugno 1999. In particolare, il Tribunale ha escluso la natura di mutuo fondiario agevolato al contratto in questione ritenendo di conseguenza applicabile la normativa antiusura.

La Corte d'Appello su impugnazione della banca ha invece respinto la domanda proposta da Eurofinanziaria così argomentando:

il quadro probatorio induce univocamente ad affermare che il contratto posto in essere deve qualificarsi di mutuo fondiario agevolato regolato dal D.P.R. n. 7 del 1976.

Tale tipologia contrattuale è assoggettata a normativa speciale che prevale sul regime generale di cui all'art. 1815 c.c.. Ne consegue la legittimità dei tassi d'interesse applicati.

Le puntuali difese dell'appellante fondate sulla normativa dettata in materia di mutui fondiari (D.P.R. n. 7 del 1976, art. 14) sono rimaste prive di replica adeguata.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione Eurofinanziaria con cinque motivi. Ha resistito con controricorso il Monte Paschi di Siena. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

DIRITTO

Nel primo motivo viene dedotta sia sotto il profilo del vizio di violazione che *ex art. 360 c.p.c.*, n. 5, ante vigente la erroneità della qualificazione del contratto di mutuo in oggetto come fondiario. La Corte ha adottato un criterio meramente nominalistico. Nella specie non è stato raccolto il credito con obbligazioni garantite (ovvero mediante le cartelle di mutuo fondiario). Nel secondo motivo viene dedotta sia sotto il profilo del vizio della violazione di legge che *ex art. 360 c.p.c.*, n. 5, ante vigente l'erroneità della decisione della Corte d'Appello relativa all'inapplicabilità nella specie della normativa antiusura anche qualora il contratto fosse regolato dalla *lex specialis*.

Nel terzo motivo viene dedotto il vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine alla qualificazione del mutuo come "agevolato" senza alcuna giustificazione e con palese illegittimità delle conseguenze (inapplicabilità l. n. 108 del 1996) scaturenti da tale qualificazione, meramente affermate. La censura viene formulata al medesimo fine anche *ex art. 360 c.p.c.*, nn. 3 e 4.

L'esame dei primi due motivi deve essere congiunto per ragioni di connessione logica.

L'indagine da svolgere preliminarmente riguarda l'applicabilità della normativa antiusura al contratto dedotto in giudizio anche qualora fosse realmente qualificabile come mutuo fondiario, regolato *ratione temporis* dal D.P.R. 21 luglio 1976, n. 7.

Ritiene il Collegio che il regime derogatorio della disciplina legale imperativa relativa all'ambito di esplicazione dell'autonomia negoziale in ordine all'applicazione degli interessi passivi, moratori o compensativi, sia limitato alla non vigenza per contratti di mutuo fondiario del divieto di anatocismo. L'indice normativo dal quale si trae tale conclusione è dettato dall'art. 14, del D.P.R. sopra citato che così recita:

"Il pagamento delle rate di ammortamento dei prestiti non può essere ritardato da alcuna opposizione. Le somme dovute a tale titolo producono, di pieno diritto, interesse dal giorno della scadenza. La misura degli interessi di mora da corrispondersi dai mutuatari agli enti sulle somme dovute e non pagate, stabilita dal primo comma della L. 17 agosto 1974, n. 397, art. 2, può essere modificata con decreto del Ministro per il tesoro, sentito il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio".

Tale deroga, peraltro non è più vigente così come evidenziato dalla pronuncia 22/5/2014 n. 11400 di questa Corte che si riproduce: "Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, (cosiddetto t.u.b.), secondo il quale qualsiasi ente bancario può esercitare operazioni di credito fondiario la cui provvista non è più fornita attraverso il sistema delle cartelle fondiarie, la struttura di tale forma di finanziamento ha perso quelle peculiarità nelle quali risiedevano le ragioni della sottrazione al divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c., rinvenibili nel carattere pubblicistico dell'attività svolta dai soggetti finanziatori (essenzialmente istituti di diritto

pubblico) e nella stretta connessione tra operazioni di impiego e operazioni di provvista, atteso che gli interessi corrisposti dai terzi mutuatari non costituivano il godimento di un capitale fornito dalla banca, ma il mezzo per consentire alla stessa di far fronte all'eguale importo di interessi passivi dovuto ai portatori delle cartelle fondiari (i quali, acquistandole, andavano a costituire la provvista per l'erogazione dei mutui). Ne consegue che l'avvenuta trasformazione del credito fondiario in un contratto di finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado su immobili, comporta l'applicazione delle limitazioni di cui al citato art. 1283 c.c., e che il mancato pagamento di una rata di mutuo non determina più l'obbligo (prima normativamente previsto) di corrispondere gli interessi di mora sull'intera rata, inclusa la parte rappresentata dagli interessi corrispettivi, dovendosi altresì escludere la vigenza di un uso normativo contrario". La applicazione *ratione temporis* del citato art. 4, non autorizza, tuttavia, a ritenere, in mancanza di qualsivoglia indicatore normativo proveniente dalla disciplina di settore e dal sistema legislativo di tutela penale e civile dall'usura, che, limitatamente ai contratti di mutuo fondiario, si possa eludere il divieto di applicazione di tassi usurari in ordine agli interessi corrispettivi dovuti in virtù dell'accensione di un mutuo. La natura del divieto, la sua inderogabilità assoluta, la sanzione penale che ne accompagna la violazione *ex art. 644 c.p.*, così come novellato dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 1, e la correlata sanzione civile della non debenza di alcun interesse in caso di superamento del tasso soglia *ex art. 1815 c.c.*, comma 2, così come novellato dalla L. n. 108 del 1996, art. 4, inducono univocamente a ritenere che il sistema antiusura abbia un'applicabilità generale (con riferimento alle tipologie contrattuali previste dalla L. n. 108 del 1996, art. 2) e non possa desumersene alcuna deroga in via interpretativa essendo necessaria un'espressa indicazione legislativa contraria.

- Stabilita l'applicabilità, in astratto ed in via generale, anche ai contratti di mutuo fondiario del sistema normativo antiusura contenuto nella citata L. n. 108 del 1996, occorre verificarne l'incidenza in concreto, ancorchè la questione non sia stata trattata dalla Corte d'Appello, dal momento che, ove se ne dovesse escludere l'applicabilità al contratto in oggetto, in quanto sorto anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996, si dovrebbe concludere il giudizio con una statuizione di rigetto con correzione della motivazione in diritto. Sull'efficacia della normativa antiusura sui contratti sorti anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996, ma che hanno avuto vigenza anche successivamente ad essa, è intervenuta la legge d'interpretazione d'autentica introdotta dal D.L. 29 settembre 2000, n. 394, art. 1, convertito nella L. 28 febbraio 2001, n. 24, stabilendo che "Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento". La norma è stata dichiarata costituzionalmente legittima dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 2002, nella quale si afferma "La norma denunciata trova giustificazione, sotto il profilo della ragionevolezza, nell'esistenza di tale obiettivo dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni "si fa dare (...) interessi (...1 usurari" e "facendo dare (...) un compenso usurario" di cui all'art. 644 c.p., in rapporto al tenore dell'art. 1815 c.c., comma 2, ("se sono convenuti interessi usurari") ed agli effetti correlativi sul rapporto di mutuo. Il D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, nel precisare che le sanzioni penali e civili di cui all'art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie, impone tra le tante astrattamente possibili un'interpretazione chiara e lineare delle

suddette norme codicistiche, come modificate dalla L. n. 108 del 1996, che non è soltanto pienamente compatibile con il tenore e *la ratio* della suddetta legge ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza. La fattispecie sottoposta vaglio della Corte Costituzionale è identica a quella sottoposta al presente giudizio.

- Deve, tuttavia, rilevarsi che anche dopo l'intervento legislativo d'interpretazione autentica e l'avallo della Corte Costituzionale gli orientamenti giurisprudenziali, ed in particolare quelli di questa Corte manifestano un netto contrasto.

- Una delle opzioni interpretative esclude che, all'esito dell'interpretazione autentica intervenuta D.L. n. 394 del 2000, *ex art. 1*, convertito nella L. n. 241 del 2001, il superamento del tasso soglia degli interessi corrispettivi originariamente convenuti in modo legittimo (senza oltrepassare il limite dell'usurarietà), in corso di esecuzione del rapporto possa determinarne *ex artt. 1339 e 1418 c.c.*, la riconduzione entro il predetto tasso soglia stabilito dalla legge così come integrata dai D.M. periodicamente emanati al riguardo. Viene valorizzato, da quest'orientamento, il dato testuale del D.L. n. 394 del 2000, art. 1, ed in particolare la locuzione "indipendentemente dal loro pagamento". La legittimità iniziale del tasso convenzionalmente pattuito spiega la sua efficacia per tutta la durata del contratto nonostante l'eventuale sopravvenuta disposizione imperativa che per una frazione o per tutta la durata del contratto successiva al suo sorgere ne rilevi la natura usuraria a partire da quel momento in poi.

- Questo orientamento, formatosi su fattispecie consistenti in contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996, ha trovato recente conferma nella sentenza 29/1/2016 n. 801 così massimata: "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 variabile, come emerge dalla norma di interpretazione autentica contenuta nel D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, (conv., con modif., dalla L. n. 24 del 2001), che non reca una tale distinzione. In precedenza il medesimo principio è contenuto nella sentenza 19/3/2007 n. 6514 (in motivazione) e 27/9/2013 n. 22204 in motivazione. Si ritiene di non citare le numerose sentenze massimate che affermano i medesimi principi ma riguardano rapporti del tutto esauriti e non ancora in corso al momento della vigenza della L. n. 108 del 1996 (a titolo esemplificativo si citano Cass. 25/3/2003 n. 4380; 19/3/2007 n. 6514 e 17/12/2009 n. 26499).

Parallelamente all'orientamento illustrato se ne sviluppato uno speculare di recente confermato dalla pronuncia 17/8/2016 n. 17150 così massimata: "Le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano la misura degli interessi in tassi così elevati da raggiungere la soglia dell'usura (introdotte con la L. n. 108 del 1996, art. 4), pur non essendo retroattive, comportano l'inefficacia *ex nunc* delle clausole dei contratti conclusi prima della loro entrata in vigore sulla base del semplice rilievo, operabile anche d'ufficio dal giudice, che il rapporto giuridico, a tale momento, non si era ancora esaurito". Questa pronuncia, unitamente a molte altre relative a fattispecie identiche non contiene nello sviluppo motivazionale, il riferimento espresso alla citata norma d'interpretazione autentica (D.L. n. 394 del 2002, art. 1) ed al successivo avallo della Corte Costituzionale (si richiamano al riguardo anche le sentenze 14/3/2013 n. 6550, n.602 del 2013; 17854 del 2007). Nella pronuncia 31/1/2006 n. 2140 si fa, invece, espresso riferimento, a differenza che nelle altre, all'intervenuta legge d'interpretazione autentica della L. n. 108 del 1996, artt. 1 e 4, e alla sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 2002. Ugualmente il richiamo si ritrova nella sentenza n. 11638 del 2016. - In conclusione,

evidenziato il radicale contrasto anche sincronico tra i due orientamenti, il Collegio ritiene di rimettere la causa al Primo presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite di questa Corte.

P.Q.M.

dispone la trasmissione del procedimento al Primo presidente per l'eventuale rimessione alle Sezioni Unite civili.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 8 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 31 gennaio 2017.

Cass., sez. un., 19 Ottobre 2017, n. 24675

Nei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, 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, né la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

FATTO

1. La Eurofinanziaria s.p.a. convenne in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. chiedendo dichiararsi nulla la previsione del tasso d'interesse del 7,75 % fisso semestrale, contenuta nel mutuo decennale di 14 miliardi di lire concluso con la convenuta il 19 gennaio 1990, perchè detto tasso era superiore al tasso soglia determinato secondo le previsioni dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, in materia di usura, entrata in vigore nel corso del rapporto. Chiese, conseguentemente, la condanna della convenuta al rimborso degli interessi già riscossi, dovendo il mutuo considerarsi gratuito, o comunque al rimborso della parte di tali interessi eccedente il tasso legale o quello ritenuto giusto, nonchè al risarcimento dei danni, anche morali, conseguenti al reato di usura commesso dalla banca, rifiutatasi di rinegoziare il tasso a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 108, cit..

La convenuta resistette e il Tribunale di Milano accolse la domanda, condannando la banca al rimborso degli interessi riscossi per la parte eccedente il tasso soglia.

2. La sentenza di primo grado è stata integralmente riformata dalla Corte d'appello su impugnazione della banca soccombente.

Qualificato il rapporto come mutuo fondiario, la Corte ha ritenuto applicabile il D.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, sulla disciplina del credito fondiario; dal che deriva, a suo giudizio, la legittimità del contratto di mutuo, con la relativa determinazione del tasso d'interesse, e l'assorbimento di ogni altra questione.

3. La Eurofinanziaria ha proposto ricorso per cassazione con quattro motivi.

La Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. si è difesa con controricorso.

Il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite a seguito dell'ordinanza interlocutoria 31 gennaio 2017, n. 2484 della Prima Sezione, con cui, premessa l'applicabilità della legge n. 108 del 1996 anche ai mutui fondiari, è stato rilevato un contrasto di giurisprudenza, all'interno di quella Sezione, sulla questione - qui rilevante in conseguenza della premessa appena indicata dell'incidenza del sistema normativo antiusura, introdotto dalla richiamata legge, sui contratti stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, anche alla luce della norma di interpretazione autentica di cui al D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, art. 1, comma 1, conv. dalla Legge 28 febbraio 2001, n. 24.

Le parti hanno anche presentato memorie.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso, denunciando vizio di motivazione e violazione di norme di diritto, si contesta la qualificazione del mutuo oggetto di causa come fondiario sulla base del solo richiamo, nel contratto, del D.P.R. n. 7 del 1976, cit., a prescindere dall'accertamento dei necessari requisiti oggettivi.

2. Con il secondo motivo, denunciando violazione di norme di diritto e vizio di motivazione, si contesta che, comunque, la qualificazione del mutuo come fondiario comporti l'inapplicabilità delle disposizioni della L. n. 108 del 1996. In base a tali disposizioni si soggiunge - il tasso d'interesse che al momento della pattuizione non ecceda la soglia dell'usura determinata secondo il meccanismo previsto dalla medesima legge, ma che superi poi tale soglia nel corso del rapporto, è comunque illegittimo e comporta la nullità della relativa clausola contrattuale. Il che fa sorgere la necessità di individuare un tasso sostitutivo ai sensi degli artt. 1419 e 1339 c.c., non essendo invocabile la previsione di gratuità del mutuo di cui all'art. 1815, comma 2 - come modificato dalla stessa legge che è esclusa dall'interpretazione autentica di tale disposizione imposta dal D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, cit. Il tasso sostitutivo va individuato - si conclude - quantomeno in quello meno favorevole al mutuatario, ossia il tasso soglia, come ritenuto dal giudice di primo grado.

3. I due motivi, da esaminare congiuntamente data la loro connessione, non possono trovare accoglimento, anche se la motivazione della sentenza impugnata va corretta nei sensi che seguono (art. 384 c.p.c., u.c.).

3.1. E' infatti privo di fondamento - come denunciato nella prima parte del secondo motivo di ricorso - l'assunto, da cui muove la Corte d'appello, che il carattere fondiario del mutuo dispensi dall'osservanza delle disposizioni della richiamata legge n. 108 sull'usura. Basterà osservare, in proposito, che nessuna disposizione o principio normativo (del resto non specificato nella sentenza impugnata) giustifica tale assunto e che non v'è, del resto, alcuna ragione per sottrarre l'importante settore del credito fondiario al divieto di usura e ai meccanismi approntati dalla legge per renderlo effettivo.

3.2. Conseguentemente il primo motivo di ricorso, attinente alla qualificazione del mutuo come fondiario, è assorbito.

3.3. Il fondamento, però, della prima parte del secondo motivo di ricorso non è sufficiente a far cadere la decisione impugnata, essendo infondata, invece, la seconda parte dello stesso motivo, avente ad oggetto la questione per la quale la Prima Sezione ha ritenuto necessario l'intervento di queste Sezioni Unite.

Essa riguarda l'applicabilità o meno delle norme della Legge n. 108 del 1996, ai contratti di mutuo stipulati prima dell'entrata in vigore di quest'ultima e consiste, più precisamente, nel chiarire quale sia la sorte della pattuizione di un tasso d'interesse che, a seguito dell'operatività del meccanismo previsto dalla stessa legge per la determinazione della soglia oltre la quale un tasso è da qualificare usurario, si riveli superiore a detta soglia.

Peraltro la questione della configurabilità di una "usura sopravvenuta" si pone non soltanto con riferimento ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, come nel caso in esame, ma anche con riferimento a contratti successivi all'entrata in vigore della legge recanti tassi inferiori alla soglia dell'usura, superata poi nel corso del rapporto per effetto della caduta dei tassi medi di mercato, che sono alla base del meccanismo legale di determinazione dei tassi usurari: meccanismo basato, appunto, secondo la L. n. 108, art. 2, sulla rilevazione trimestrale dei tassi medi praticati per le varie categorie di operazioni creditizie, sui quali viene applicata una determinata maggiorazione. E si pone, in teoria, con riguardo sia ai tassi contrattuali fissi che a quelli variabili, anche se in pratica sono essenzialmente i primi a fornire la casistica sinora nota, dato che la variabilità consente normalmente di assorbire gli effetti del calo dei tassi medi di mercato. La questione sorse immediatamente all'indomani dell'entrata in vigore della L. n. 108. La giurisprudenza di legittimità iniziò ad orientarsi nel senso dell'applicabilità della legge ai rapporti pendenti alla data della sua entrata in vigore, con conseguenze sul tasso d'interesse contrattuale, sia pure riferite alla sola parte del rapporto successiva a tale data (cfr. Cass. Sez. 3^a 02/02/2000, n. 1126; Cass. Sez. 1^a 22/10/2000, n. 5286; Cass. Sez. 1^a 17/11/2000, n. 14899).

Ciò indusse il legislatore ad intervenire appunto con la già richiamata norma d'interpretazione autentica di cui al D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, che recita: "Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p., e dell'art. 1815 c.c., comma 2, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento". Si determinò, quindi, nella giurisprudenza delle sezioni semplici di questa Corte (quasi tutta riferita a contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996) il contrasto tra due orientamenti richiamato nell'ordinanza di rimessione.

Un primo orientamento (cfr. Cass. Sez. 3^a 26/06/2001, n. 8742; Cass. Sez. 1^a 24/09/2002, n. 13868; Cass. Sez. 3^a 13/12/2002, n. 17813; Cass. Sez. 3^a 25/03/2003, n. 4380; Cass. Sez. 3^a 08/03/2005, n. 5004; Cass. Sez. 1^a 19/03/2007, n. 6514; Cass. Sez. 3^a 17/12/2009, n. 26499; Cass. Sez. 1^a 27/09/2013, n. 22204; Cass. Sez. 1^a 19/01/2016, n. 801) dà alla questione della configurabilità dell'usura sopravvenuta risposta negativa. Ciò in quanto la norma d'interpretazione autentica attribuisce rilevanza, ai fini della qualificazione del tasso convenzionale come usurario, al momento della pattuizione dello stesso e non al momento del pagamento degli interessi; cosicchè deve escludersi che il meccanismo dei tassi soglia previsto dalla legge n. 108 sia applicabile alle pattuizioni di interessi stipulate in data precedente la sua entrata in vigore, anche se riferite a rapporti ancora in corso a tale data (pacifico essendo, peraltro, nella giurisprudenza di legittimità, che la L. n. 108 del 1996, non può trovare applicazione quanto ai rapporti già esauriti alla medesima data).

In altre decisioni, al contrario, è stata affermata l'incidenza della nuova legge sui contratti in corso alla data della sua entrata in vigore, omettendo tuttavia di prendere in considerazione la norma d'interpretazione autentica di cui al D.L. n. 394 del 2000, cit.:

- Cass. Sez. 3[^] 13/06/2002, n. 8442; Cass. Sez. 3[^] 05/08/2002, n. 11706 e Cass. Sez. 3[^] 25/05/2004, n. 10032 si sono semplicemente richiamate alla giurisprudenza precedente al decreto legge;

- Cass. Sez. 1[^] 25/02/2005, n. 4092; Cass. Sez. 1[^] 25/02/2005, n. 4093; Cass. Sez. 3[^] 14/03/2013, n. 6550; Cass. Sez. 3[^] 31/01/2006, n. 2149 e Cass. Sez. 3[^] 22/08/2007, n. 17854 hanno precisato (le prime tre in obiter dicta) che la clausola contrattuale recante un tasso che poi superi il tasso soglia non diviene, in conseguenza di tale superamento, nulla, bensì inefficace *ex nunc*, e tale inefficacia non può essere rilevata d'ufficio;

- Cass. Sez. 1[^] 11/01/2013, n. 602 e n. 603 hanno affermato che nei casi di superamento della soglia del tasso usurario per effetto dell'entrata in vigore della L. n. 108, cit., opera la sostituzione automatica, ai sensi dell'art. 1319 c.c., e art. 1419 c.c., comma 2, del tasso soglia del tempo al tasso convenzionale;

- Cass. Sez. 1[^] 17/08/2016, n. 17150 sostiene la rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia di cui sopra.

Invece Cass. Sez. 1[^] 12/04/2017, n. 9405, nell'affermare l'applicabilità del tasso soglia in sostituzione del tasso contrattuale che sia divenuto superiore ad esso, fa espresso riferimento alla richiamata norma d'interpretazione autentica, escludendone però la rilevanza in quanto essa non eliminerebbe l'illiceità della pretesa di un tasso d'interesse ormai eccedente la soglia dell'usura, ma si limiterebbe ad escludere l'applicazione delle sanzioni penali e civili di cui all'art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, ferme restando le altre sanzioni civili.

Quest'ultima tesi riprende in sostanza i contributi di una parte della dottrina, secondo la quale, mentre sarebbe sanzionata penalmente - nonchè, nel mutuo, con la gratuità - la pattuizione di interessi che superino la soglia di legge alla data della pattuizione stessa, viceversa la pretesa di pagamento di interessi a un tasso non usurario alla data della pattuizione, ma divenuto tale nel corso del rapporto, sarebbe illecita solo civilmente. Le conseguenze di tale illiceità sono diversamente declinate (nullità, inefficacia *ex nunc*) nelle varie versioni della tesi in esame, ma comprendono in ogni caso la sostituzione automatica, ai sensi dell'art. 1339 c.c., del tasso contrattuale o con il tasso soglia (secondo una versione), o con il tasso legale (secondo un'altra versione).

3.4. E' avviso di queste Sezioni Unite che debba darsi continuità al primo dei due orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, che nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta, essendo il giudice vincolato all'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, come modificati dalla L. n. 108 del 1996, (rispettivamente all'art. 1 e all'art. 4), imposta dal D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, cit.; interpretazione della quale la Corte costituzionale ha escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25/02/2002, n. 29, e della quale non può negarsi la rilevanza per la soluzione della questione in esame.

E' priva di fondamento, infatti, la tesi della illiceità della pretesa del pagamento di interessi a un tasso che, pur non essendo superiore, alla data della pattuizione (con il contratto o con patti successivi), alla soglia dell'usura definita con il procedimento previsto dalla L. n. 108, superi tuttavia tale soglia al momento della maturazione o del pagamento degli interessi stessi.

3.4.1. La ragione della illiceità risiederebbe, come si è visto, nella violazione di un divieto imperativo di legge, il divieto dell'usura, e in particolare il divieto di pretendere un tasso d'interesse superiore alla soglia dell'usura come fissata in base alla legge.

Senonchè il divieto dell'usura è contenuto nell'art. 644 c.p.; le (altre) disposizioni della L. n. 108, cit., non formulano tale divieto, ma si limitano a prevedere (per quanto qui rileva) un meccanismo di determinazione del tasso oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari a mente, appunto, dell'art. 644 c.p., comma 3, novellato (che recita: "La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"). La L. n. 108, art. 2, comma 4, cit. (che recita: "Il limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso...") definisce, sì, il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ma si tratta appunto del limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3, essendo la norma penale l'unica che contiene il divieto di farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità.

Una sanzione (che implica il divieto) dell'usura è contenuta, per l'esattezza, anche nell'art. 1815 c.c., comma 2, - pure oggetto dell'interpretazione autentica di cui si discute - il quale però presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla L. n. 108.

Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p.; "ai fini dell'applicazione" del quale, però, non può farsi a meno perchè così impone la norma d'interpretazione autentica - di considerare il "momento in cui gli interessi sono convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

Non ha perciò fondamento la tesi che cerca di limitare l'efficacia della norma di interpretazione autentica alla sola sanzione penale e alla sanzione civile della gratuità del mutuo, perchè in tanto è configurabile un illecito civile, in quanto sia configurabile la violazione dell'art. 644 c.p., come interpretato dal D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1. E non è fuori luogo rammentare che anche la giurisprudenza penale di questa Corte nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta (cfr. Cass. Sez. 5^a pen. 16/01/2013, n. 8353).

Tale esegesi delle disposizioni della L. n. 108, non contrasta, inoltre, con la loro *ratio*.

Una parte della dottrina attribuisce alla L. n. 108, una *ratio* calmieratrice del mercato del credito, che imporrebbe il rispetto in ogni caso del tasso soglia al momento del pagamento degli interessi.

Va però osservato che la *ratio* delle nuove disposizioni sull'usura consiste invece nell'efficace contrasto di tale fenomeno, come si legge nella relazione illustrativa del disegno di legge e come ha affermato anche la Corte costituzionale nella sentenza sopra richiamata. Il meccanismo di definizione del tasso soglia è basato infatti - lo si è accennato più sopra - sulla rilevazione periodica dei tassi medi praticati dagli operatori, sicchè esso è configurato dalla legge come un effetto, non già una causa, dell'andamento del mercato.

Con tale *ratio* è senz'altro coerente una disciplina che dà rilievo essenziale al momento della pattuizione degli interessi, valorizzando in tal modo il profilo della volontà e dunque della responsabilità dell'agente.

Un ulteriore argomento utilizzato dei sostenitori della configurabilità dell'usura sopravvenuta e ripreso anche da Cass. Sez. 1^a 9405/2017, cit., è basato su un passaggio della motivazione della richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002, in cui i giudici, dopo avere escluso l'irragionevolezza dell'interpretazione autentica e la sua incompatibilità con il dato testuale, osservano: "Restano, invece, evidentemente estranei all'ambito di applicazione della norma impugnata gli ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali". Poichè, si è osservato, tale affermazione non è

un mero *obiter dictum*, bensì parte della *ratio decidendi*, essa è vincolante per l'interprete e impone di considerare illecita - ancorchè non penalmente, nè a pena della gratuità del contratto ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2, - la pretesa del pagamento di interessi a un tasso convenzionale divenuto nel tempo superiore al tasso soglia.

Non conta qui approfondire se il passaggio in questione rientri o meno nella *ratio* della decisione della Corte costituzionale. Basterà osservare che esso contiene un'affermazione indubbiamente esatta, ma non contrastante con le conclusioni sopra raggiunte circa la validità ed efficacia della previsione contrattuale di un tasso d'interesse che finisca poi col superare il tasso soglia nel corso del rapporto. E' evidente, infatti, che far salva la validità ed efficacia della clausola contrattuale non significa negare la praticabilità di altri strumenti di tutela del mutuatario previsti dalla legge, ove ne ricorrano gli specifici presupposti; significa soltanto negare che uno di tali strumenti sia costituito dalla invalidità o inefficacia della clausola in questione.

Deve perciò concludersi che è impossibile affermare, sulla base delle disposizioni della L. n. 108 del 1996, diverse dall'art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, come da essa novellati, che il superamento del tasso soglia dell'usura al tempo del pagamento, da parte del tasso convenzionale inferiore a tale soglia al momento della pattuizione, comporti la nullità o l'inefficacia della corrispondente clausola contrattuale o comunque l'illiceità della pretesa del pagamento del creditore.

3.4.2. L'illiceità della pretesa, tuttavia, è stata argomentata da una parte della dottrina anche su basi diverse, ossia valorizzando, piuttosto che il meccanismo della sostituzione automatica di clausole ai sensi dell'art. 1339 c.c., e art. 1419 c.c., comma 2, il principio di buona fede oggettiva nell'esecuzione dei contratti, di cui all'art. 1375 c.c., per il quale sarebbe scorretto pretendere il pagamento di interessi a un tasso divenuto superiore alla soglia dell'usura come determinata al momento del pagamento stesso, perchè in quel momento quel tasso non potrebbe essere promesso dal debitore e il denaro frutterebbe al creditore molto di più di quanto frutti agli altri creditori in genere.

Benchè non sia questa la tesi sostenuta dalla ricorrente, di essa occorre tuttavia darsi carico per completezza.

Neppure detta tesi persuade.

Viene a suo sostegno richiamata la giurisprudenza di questa Corte, secondo cui il principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo impone un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., per il quale ciascuna delle parti del rapporto è tenuta ad agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto stabilito da singole norme di legge (Cass. Sez. 3^a 30/07/2004, n. 14605; Cass. Sez. 1^a 06/08/2008, n. 21250; Cass. Sez. U. 25/11/2008, n. 28056; Cass. Sez. 1^a 22/01/2009, n. 1618; Cass. Sez. 3^a 10/11/2010, n. 22819).

Va però osservato che la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini dell'"esecuzione del contratto" stesso (art. 1375 c.c.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sè considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo senso può allora affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca

successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375 c.c.; ma va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sè di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto.

3.4.3. Va pertanto enunciato il seguente principio di diritto:

"Allorchè il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. n. 108 del 1996, 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; nè la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto".

4. Con il terzo e il quarto motivo di ricorso viene censurata, rispettivamente sotto i profili del vizio di motivazione e della violazione di norme di diritto, la qualificazione data dalla Corte d'appello al mutuo per cui è causa come finanziamento agevolato.

4.1. I motivi sono inammissibili. Tale qualificazione, infatti, non è di per sè rilevante ai fini della decisione sul carattere usurario degli interessi, nè sono indicate nel ricorso le ragioni della sua eventuale rilevanza.

5. Il ricorso va in conclusione respinto.

Le oscillazioni giurisprudenziali registrate a proposito della principale questione oggetto del ricorso stesso giustificano la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 18 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 19 ottobre 2017

NESSO CAUSALE E ONERE DELLA PROVA NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

(Relatore: Mirko Faccioli)

Cass., 26 Luglio 2017, n. 18392

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno proposta dalla vedova di un paziente deceduto, per arresto cardiaco, in seguito ad un intervento chirurgico di asportazione della prostata cui era seguita un'emorragia, sul rilievo che la mancata dimostrazione, da parte dell'attrice, della riconducibilità eziologica dell'arresto cardiaco all'intervento chirurgico e all'emorragia insorta, escludeva in radice la configurabilità di un onere probatorio in capo alla struttura).

FATTO

1. V.R., in proprio e nella qualità di procuratrice speciale di G.R., V.G. e V.N., convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Torino l'Azienda Sanitaria Locale (OMISSIS) e la Regione Piemonte chiedendo il risarcimento del danno per la morte del proprio congiunto V.D.. Espose in particolare parte attrice che il V., dopo avere subito in data (OMISSIS) senza adeguato consenso informato intervento chirurgico di asportazione della prostata e di una cisti all'epididimo destro, a causa di una lesione iatrogena intraoperatoria aveva subito una grave emorragia ed il giorno (OMISSIS) era deceduto per arresto cardiaco. Si costituì la parte convenuta chiedendo il rigetto della domanda.

2. Il Tribunale adito, dopo avere disposto CTU ed un supplemento di consulenza, con sentenza di data 8 marzo 2013 rigettò la domanda. Osservò il giudice di prime cure, premessa la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria e del medico, che, dopo una prima conclusione di CTU secondo cui il decesso era stato causato da una trombo embolia polmonare, il collegio dei consulenti integrato con altro consulente aveva concluso nel senso che l'evento che aveva portato al decesso era stato acuto ed imprevedibile e che l'intervento chirurgico non poteva essere censurato sotto il profilo del nesso di causa con la morte, non essendovi indicazioni certe che l'esecuzione di un intervento di TURP avrebbe evitato l'improvviso arresto cardiaco. Aggiunse che non potevano rimproverarsi i medici per non aver eseguito una rx ai polmoni e per non aver approfondito la condizione cardiovascolare, non risultando indicatori significativi di rischio di evoluzione del difetto di ritmo cardiaco, e che rispetto ad un evento imprevedibile non è possibile far discendere la responsabilità dei medici per il sol fatto che rimane oscura la ragione dell'arresto cardiaco. Concluse nel senso che "l'imprevedibilità dell'evento esclude altresì che vi possano essere motivi di censura in ordine alle modalità con

le quali è stato espresso il consenso informato, in quanto l'arresto cardiaco e la morte non rientravano nelle possibili complicanze di tale tipo di intervento che pertanto andasse illustrata".

3. Avverso detta sentenza propose appello V.R., in proprio e nella qualità. Si costituì la parte appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

4. Con ordinanza ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c., di data 27 maggio 2014 la Corte d'appello di Torino dichiarò inammissibile l'appello.

5. Ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del Tribunale V.R., in proprio e nella qualità di procuratrice speciale di G.R., V.G. e V.N., sulla base di otto motivi. Resiste con controricorso l'Azienda Sanitaria Locale (OMISSIS). E' stata depositata memoria di parte.

DIRITTO

1. Con il primo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione *dell'art. 111 Cost., artt. 112, 115 e 167 c.p.c., art. 2967 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.* Osserva la ricorrente che l'Azienda Sanitaria non aveva contestato la circostanza che l'arresto cardiaco era stato causato dalla emorragia prodotta dalla lesione iatrogena vascolare, essendosi limitata a dedurre che i sanitari avevano eseguito l'intervento nel rispetto della scienza medica, mentre la Regione Piemonte aveva solo contestato il difetto di legittimazione passiva, e che il Tribunale, pur avendo chiesto ai consulenti solo di accertare se l'emorragia potesse essere imputata ad errore medico, ma non se l'arresto cardiaco fosse imputabile ad altra causa, si era poi fatto trascinare nell'esame del profilo causale indagato dai consulenti nella prima consulenza eccedendo i limiti del loro mandato.

1.1. Il motivo è inammissibile. Con la censura si denuncia la violazione del c.d. principio di non contestazione. Quando il motivo di ricorso per cassazione si fonda sul rilievo che la controparte avrebbe tenuto condotte processuali di non contestazione, per consentire alla Corte di legittimità di prendere cognizione delle doglianze ad essa sottoposte, il ricorso, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, deve sia indicare la sede processuale di adduzione delle tesi ribadite o lamentate come disattese, sia contenere la trascrizione dei relativi passaggi argomentativi (Cass. 9 agosto 2016, n. 16655). La ricorrente quanto alla comparsa di risposta si è limitata ad indicarne genericamente il contenuto, senza procedere alla trascrizione dei relativi passaggi argomentativi, quanto alle memorie previste dall'art. 183 c.p.c., non ha fatto alcuna indicazione, salvo precisare che la linea difensiva era rimasta costante. In tal modo non risulta assolto l'onere di autosufficienza, circostanza che preclude anche l'accesso diretto agli atti, astrattamente consentito dalla tipologia di violazione denunciata. Sulla base delle scarse indicazioni contenute nel ricorso (del tutto assenti in relazione alle memorie ai sensi dell'art. 183) il Collegio non è messo in condizione di apprezzare la censura quale condizione propedeutica di accesso agli atti.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 1218, 1223, 2236, 2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.* Osserva la ricorrente che il Tribunale, in presenza di una incontestabile marcata emorragia addominale in sede di intervento, non poteva gravare il danneggiato delle incertezze probatorie in ordine al nesso causale e che la prova del nesso di causalità fra emorragia e decesso non richiedeva un'alta probabilità, ma poteva farsi dipendere anche solo dalla maggiore probabilità di incidenza causale o anche solo concausale del fattore antecedente, ancorchè non altamente probabile perchè assistito da una percentuale di probabilità inferiore al 51%.

2.1. Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile. Secondo la giurisprudenza di questa Corte ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (fra le tante Cass. 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 20 ottobre 2015, n. 21177). Come affermato da Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, "dal punto di vista del danneggiato la prova del nesso causale quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo, che si sarà articolata con comportamenti positivi ed eventualmente omissivi, si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che è rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato".

Grava quindi sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra l'azione o l'omissione del sanitario ed il danno di cui domanda il risarcimento. Non solo il danno ma anche la sua eziologia è parte del fatto costitutivo che incombe all'attore di provare. Ed invero se si ascrive un danno ad una condotta non può non essere provata da colui che allega tale ascrizione la riconducibilità in via causale del danno a quella condotta. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la reale causa del danno, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano quindi sull'attore.

2.1.1. Nella giurisprudenza di questa Corte si rinviene tuttavia anche l'enunciazione del principio di diritto secondo cui nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico chirurgica, l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno (Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; 12 dicembre 2013, n. 27855; 21 luglio 2011, n. 15993 e già Cass. Sez. U. 11 gennaio 2008, n. 577).

Si tratta di contrasto apparente con il principio di diritto sopra richiamato in quanto la causa che viene qui in rilievo non è quella della fattispecie costitutiva della responsabilità risarcitoria dedotta dal danneggiato, ma quella della fattispecie estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante. Il riferimento nella giurisprudenza in discorso all'insorgenza (o aggravamento) della patologia come non dipendente da fatto imputabile al sanitario, ma ascrivibile ad evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza, e pertanto con onere probatorio a carico del danneggiante (Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222), evidenzia come in questione sia la fattispecie di cui agli *artt. 1218 e 1256 c.c.*. Si deve a questo proposito distinguere fra la causalità relativa all'evento (causalità materiale) ed al conseguenziale danno (causalità giuridica) e quella concernente la possibilità (rectius impossibilità) della prestazione.

2.1.2. La causalità relativa all'evento ed al danno conseguenziale è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed *extracontrattuale*, e caratterizza negli stessi termini, sia in

ambito contrattuale che *extracontrattuale*, gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato. Il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l'eziologia immanente alla nozione di danno anche l'eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare. Su questo tronco comune intervengono le peculiarità delle due forme di responsabilità. La responsabilità contrattuale sorge dall'inadempimento di un obbligo, sicché l'attore deve provare la fonte dell'obbligo. La responsabilità *extracontrattuale* richiede invece, stante la mancanza di un'obbligazione, un criterio di giustificazione, e tali sono il dolo e la colpa, che è pertanto onere dell'attore dimostrare.

In base al c.d. principio di semplificazione analitica della fattispecie le cause di estinzione dell'obbligazione sono tema di prova della parte debitrice, e fra queste l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore (*art. 1256 c.c.*), con effetto liberatorio sul piano del risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento (*art. 1218 c.c.*). Il danneggiante deve dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che ha reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito (*casus = non-culpa*). La diligenza non attiene qui all'adempimento, ma alla conservazione della possibilità di adempiere, quale impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile, e, riguardando non solo la perizia ma anche la comune diligenza, prescinde dalla diligenza professionale in quanto tale. La non imputabilità della causa di impossibilità della prestazione va quindi valutata alla stregua della diligenza ordinaria ai sensi dell'*art. 1176 c.c.*, comma 1, mentre la diligenza professionale di cui al comma 2, quale misura del contenuto dell'obbligazione, rappresenta il parametro tecnico per valutare se c'è stato l'adempimento (diligenza determinativa del contenuto della prestazione).

C'è inadempimento se non è stata rispettata la diligenza di cui all'*art. 1176*, comma 2, c'è imputabilità della causa di impossibilità della prestazione se non è stata rispettata la diligenza di cui al comma 1. Nel primo caso la diligenza mira a procurare un risultato utile, nel secondo caso mira a prevenire il danno (la distinzione è tuttavia relativa perché l'una può determinare il contenuto dell'altra). La diligenza conservativa della possibilità di adempiere si distingue anche dal *neminem ledere*. Nel caso di quest'ultimo la negligenza non è violazione di un dovere di comportamento nei confronti di un determinato soggetto ma criterio per attribuire la responsabilità se il danno si verifica, mentre la diligenza che specifica l'obbligazione implica un dovere di adozione di cautele, in termini anche di contegni positivi, per la conservazione della possibilità di adempiere, dovere che vige indipendentemente dalla verifica del danno e che precede l'adempimento. Il debitore non deve dare causa, con un comportamento negligente, all'impossibilità della prestazione. Non si rimprovera qui al debitore il mancato rispetto della regola (preesistente) di esecuzione esperta della prestazione professionale quale obbligazione di comportamento, ma la scelta di agire in un modo piuttosto che in un altro che sarebbe stato efficace ai fini della prevenzione della causa che ha reso impossibile la prestazione. Tale causa resta non imputabile se non prevedibile ed evitabile. La colpa del debitore risiede non nell'inadempimento, che è fenomeno oggettivo di mancata attuazione di una regola di comportamento (ed in particolare della regola di esecuzione esperta della prestazione professionale), ma nel non aver impedito che una causa, prevedibile ed evitabile, rendesse impossibile la prestazione.

La causa di non imputabilità dell'impossibilità di adempiere è, come si è detto, in quanto ragione di esonero da responsabilità, tema di prova del debitore/danneggiante. Il debitore che

alleggi la fattispecie estintiva dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile deve provare sul piano oggettivo il dato naturalistico della causa che ha reso impossibile la prestazione e sul piano soggettivo l'assenza di colpa quanto alla prevenzione della detta causa.

2.1.3. Emerge così un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto).

Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari sorge per la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che la patologia sia riconducibile, ad esempio, all'intervento chirurgico, la struttura sanitaria deve dimostrare che l'intervento ha determinato la patologia per una causa, imprevedibile ed inevitabile, la quale ha reso impossibile l'esecuzione esperta dell'intervento chirurgico medesimo.

Va in conclusione affermato che "ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione; l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari".

2.1.4. Il giudice di merito ha accertato che è rimasta "oscura la ragione dell'arresto cardiaco". Trattasi del ciclo causale relativo all'evento dannoso. Si sarebbe trattato del ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere solo se si fosse dimostrato che l'arresto cardiaco era da ricondurre eziologicamente all'intervento chirurgico ed all'emorragia insorta. In una siffatta evenienza la struttura sanitaria avrebbe dovuto dimostrare che l'emorragia insorta con l'intervento, ed accertata quale causa del successivo arresto cardiaco, era stata determinata da una causa imprevedibile ed inevitabile. Avrebbe così acquistato rilievo il ciclo causale relativo all'impossibilità di adempiere. Affermando invece che è rimasta "oscura la ragione dell'arresto cardiaco", il giudice di merito ha escluso l'esistenza del nesso fra l'emorragia e l'arresto cardiaco, sicchè un problema di onere probatorio per la struttura sanitaria non è mai insorto.

Essendo rimasta ignota all'esito dell'istruttoria la causa dell'evento dannoso, coerentemente al principio di diritto sopra enunciato il giudice di merito ha rigettato la domanda.

2.2. Non coglie la *ratio decidendi*, ed è pertanto inammissibile, il secondo motivo nella parte in cui fa riferimento al criterio della probabilità quanto al nesso di causalità fra emorragia e decesso. E' pur vero che la disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del "più probabile che non"), che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del "50% plus unum" (Cass. 21 luglio 2011, n. 15991). Sul punto però del nesso di causalità il giudice di merito, pur avendo richiamato in astratto il criterio della probabilità superiore al 50%, non ha poi adottato in sede di apprezzamento di merito il criterio della probabilità relativa perchè ha concluso recisamente, all'esito delle disposte CTU, nel senso del carattere ignoto della causa dell'arresto cardiaco.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 1218, 2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c.*, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3, nonchè omesso esame di fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 5. Osserva la ricorrente che il Tribunale ha sottovalutato, con motivazione apparente, la rilevanza e la gravità dell'emorragia ai fini dell'accertamento del nesso di causalità e che l'assenza della verifica dei rilievi della difesa attorea e del consulente tecnico di parte sul punto si traduce in omesso esame di un fatto decisivo e controverso.

3.1. Il motivo è infondato. La denunciata sottovalutazione dell'emorragia attiene in sè ad un profilo di merito insindacabile nella presente sede. La circostanza è pertanto valutabile ai fini delle denunce di motivazione apparente e di vizio motivazionale, pure svolte. La prima, quella per motivazione apparente, non è fondata, potendosi cogliere dal tessuto della motivazione la *ratio decidendi*, sulla base degli argomenti adoperati per concludere nel senso del carattere ignoto della causa dell'arresto cardiaco. Quanto al vizio motivazionale, l'emorragia è circostanza che è entrata nel fuoco dell'esame del giudicante, sia mediante il richiamo alla prima consulenza, sia, richiamando il supplemento di consulenza, laddove si evidenzia la scarsa probabilità che l'ipovolemia emorragica abbia potuto causare l'ischemia cerebrale o possa causare aritmia su base ipossica (pag. 7 della sentenza). L'omesso esame è invero da riferire non ai rilievi della parte ma alla circostanza di fatto il cui esame sarebbe stato omesso per effetto della mancata confutazione dei detti rilievi, e dunque il dato dell'emorragia, dato come si è detto contemplato nell'iter motivazionale.

4. Con il quarto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 1218, 1176, 2236, 2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 115 e 116 c.p.c.*, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che era onere della ASL dimostrare che la diversa tecnica operatoria della TURP avrebbe esposto il V. al medesimo rischio emorragico, trattandosi peraltro di intervento meno invasivo.

5. Con il quinto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 1218, 1176, 2236, 2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 115 e 116 c.p.c.*, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che, accertata dal CTU la marcata perdita ematica, sarebbe stato

onere della struttura sanitaria provare che essa non era dovuta ad un errore di esecuzione dell'intervento in parola.

6. Con il sesto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 1218, 1176, 2236, 2697 e 2727 c.c., artt. 40 e 41 c.p., artt. 115 e 116 c.p.c.*, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che era onere della struttura sanitaria provare l'esecuzione di una corretta gestione del decorso post-operatorio e che il Tribunale non aveva svolto accertamenti al riguardo. Aggiunge che l'ipotetica non intellegibilità *ex ante* della emorragia era derivata da carenti accertamenti.

6.1. I motivi dal quarto al sesto sono inammissibili. Essi restano privi di decisività in quanto non in grado di intaccare la ratio decidendi rappresentata dall'essere rimasta ignota la causa del decesso.

7. Con il settimo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 2, 3, 13, 32 e 111 Cost., artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c., artt. 1218 e 1223 c.c.*, art. 5 Convenzione di Oviedo e *L. n. 833 del 1978, art. 33*, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che l'intervento chirurgico non era stato preceduto da adeguato consenso informato del V., posto che tra i rischi di resezione prostatica rientrano le emorragie, alle quali può seguire il decesso del paziente.

7.1 D motivo è inammissibile. La censura muove dal presupposto di fatto che l'intervento chirurgico non sia stato preceduto da adeguato consenso informato. Trattasi di presupposto di fatto non accertato dal giudice di merito. In mancanza di una censura per vizio motivazionale sul punto lo scrutinio del motivo comporta un'indagine di merito preclusa nella presente sede di legittimità. Resta inoltre ferma la *ratio decidendi* rappresentata dall'essere rimasta ignota la causa del decesso.

8. Con l'ottavo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli *artt. 51 e 63 c.p.c.*, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che il consulente nominato dott. M. era medico convenzionato ASL, e dunque interessato ad evitare che non si prosciugasse il fondo regionale per la gestione del risarcimento dei danni, sicchè il mancato accoglimento dell'istanza di ricusazione ha determinato la nullità della consulenza tecnica.

9. Il motivo è infondato. La censura ha ad oggetto la nullità dell'atto processuale stante la ricusabilità del consulente. Il motivo è ammissibile per avere la parte proposto l'istanza di ricusazione (cfr. fra le tante Cass. 17 maggio 2013, n. 12115). E' tuttavia infondato non essendo ascrivibile la qualità soggettiva evidenziata a nessuna delle ipotesi previste *dall'art. 51 c.p.c.*.

10. Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza. Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 e viene rigettato, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi della *L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17*, che ha aggiunto l'art. 13, comma 1 *quater*, del testo unico di cui al *D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115*, della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 6.200,00 per compensi, oltre alle spese

forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater*, inserito dalla *L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, il 5 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 26 luglio 2017.

Cass., 14 Novembre 2017, n. 26824

Nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica compete all'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento, con onere il quale va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno, per cui se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno lamentato dal paziente rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata (la corte ha confermato la sentenza che aveva respinto per mancanza di nesso la domanda risarcitoria proposta dai genitori perché il figlio minore, nato prematuro, era affetto da una retinopatia all'occhio destro, in astratto e in alternativa riconducibile a tre fattori, di cui solo il terzo imputabile a responsabilità dei medici o della struttura, mentre gli altri erano preesistenti alla nascita e risultavano, ciascuno, più probabilmente che non, essere la causa della patologia).

FATTO

B.E. e Br.Pa., in proprio e quali genitori rappresentanti del figlio minore B.S. (divenuto maggiorenne e costituitosi in proprio nel corso del giudizio di merito), hanno agito in giudizio nei confronti della ASL (OMISSIS) di San Benedetto del Tronto per ottenere il risarcimento dei danni a loro dire subiti da quest'ultimo in conseguenza di trattamenti sanitari inadeguati cui sarebbe stato sottoposto in occasione della nascita, avvenuta con parto prematuro, presso l'Ospedale di(OMISSIS).

Nel corso del giudizio di primo grado sono state chiamate in causa la Regione Marche e la Gestione liquidatoria della USL n. (OMISSIS) di San Benedetto del Tronto. La Regione Marche ha a sua volta chiamato in causa le proprie compagnie di assicurazione (Assitalia S.p.A., Axa Assicurazioni S.p.A., Lloyd Adriatico S.p.A., Unipol S.p.A., Zurigo S.A.).

Il Tribunale di Ascoli Piceno ha rigettato la domanda nei confronti della ASL (OMISSIS) di San Benedetto del Tronto e ha dichiarato inammissibili quelle proposte nei confronti della Regione Marche e della Gestione liquidatoria della USL n. (OMISSIS) di San Benedetto del Tronto, ritenendo quindi assorbite quella di manleva proposte dalla Regione nei confronti delle proprie compagnie di assicurazione.

La Corte di Appello di Ancona, in parziale accoglimento dell'appello proposto dagli attori, ha dichiarato valida la chiamata in causa della Regione Marche e della Gestione liquidatoria

della USL n. (OMISSIS) di San Benedetto del Tronto, e quindi ammissibili le domande proposte nei loro confronti, che però ha rigettato nel merito, confermando per il resto la decisione di primo grado.

Ricorrono B.E. e S., nonché Br.Pa., sulla base di sette motivi.

Resiste con controricorso la Regione Marche.

Non hanno svolto attività difensiva in questa sede gli altri intimati.

I ricorrenti hanno depositato memoria ai sensi *dell'art. 378 c.p.c.*.

DIRITTO

1. Con il primo motivo del ricorso si denuncia "violazione o falsa applicazione della L.R. Marche 20 giugno 2003, n. 13, artt. 2, 9 e 28 e connessa violazione o falsa applicazione *dell'art. 100 c.p.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 3".

Il motivo è inammissibile per difetto di interesse.

Secondo quanto emerge dagli atti, con la sentenza di primo grado è stato dichiarato il difetto di legittimazione passiva della ASL (OMISSIS) di San Benedetto del Tronto, e la sentenza sul punto non è stata appellata.

La ASUR Marche (succeduta alla ASL (OMISSIS)) si è comunque costituita in appello, eccependo l'estinzione del giudizio, ma la sua eccezione è stata rigettata (e le spese di lite sono state compensate integralmente tra tutte le parti).

La stessa ASUR Marche non ha proposto ricorso per cassazione I ricorrenti precisano di avere eccepito il difetto di interesse a contraddire della ASUR, eccezione implicitamente rigettata, essendo stata esaminata l'eccezione di estinzione da questa proposta, e assumono che tale decisione sarebbe errata, ma non chiariscono quale utilità deriverebbe loro da una eventuale cassazione della stessa. In ogni caso, essi risultano integralmente vittoriosi nei confronti della ASUR Marche (anche quale successore della ASL (OMISSIS)), e nel ricorso confermano di non averne chiesto la condanna, mentre l'unica questione proposta dall'ente, e cioè quella dell'estinzione del giudizio, è stata disattesa.

Di conseguenza va certamente escluso il loro interesse ad impugnare la decisione sul punto.

2. Con il quinto motivo si denuncia "violazione o falsa applicazione *dell'art. 1218 c.c.* e *dell'art. 2697 c.c.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 3".

Con il sesto motivo si denuncia "violazione o falsa applicazione *dell'art. 111 Cost.*, comma 6 e *dell'art. 132 c.p.c.*, n. 4, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 3".

Con il settimo motivo si denuncia "omesso esame circa fatti decisivi in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 5".

Il quinto, il sesto ed il settimo motivo riguardano la sussistenza del nesso di causa tra i trattamenti sanitari cui è stato sottoposto il piccolo B.S. nella struttura ospedaliera gestita dagli enti convenuti e i danni che si assumono da lui subiti. Si tratta di motivi connessi che possono essere esaminati congiuntamente in via prioritaria in quanto, in caso di rigetto, tutti gli altri (attinenti alla prescrizione ed alla colpa, anche in relazione alla esatta qualificazione delle domande proposte) risulterebbero assorbiti.

Essi sono infondati.

La corte di appello, sulla base dei rilievi emergenti dalla consulenza tecnica di ufficio, ha incensurabilmente accertato in fatto che la patologia riscontrata sul neonato (retinopatia

oculare del prematuro all'occhio destro, con perdita totale della vista) era alternativamente riconducibile a tre diversi fattori, di cui solo il terzo imputabile a responsabilità dei medici o della struttura sanitaria (essendo gli altri fattori invece preesistenti alla nascita): a) una malformazione congenita della retina; b) un'infezione da citomegalovirus; c) una iperossia da eccessiva somministrazione di ossigeno.

Ha precisato che non era possibile affermare con certezza a quale di queste tre cause fosse imputabile la retinopatia, osservando però che la circostanza che essa fosse in stato già avanzato al momento della prima diagnosi, a tre mesi dal parto, faceva propendere per la sua esistenza sin dal momento della nascita, e la circostanza che essa fosse di carattere unilaterale faceva propendere per l'esclusione dell'iperossia, la quale avrebbe danneggiato più probabilmente entrambi gli occhi, al punto che la diagnosi all'epoca operata era stata di "fatto malformativo congenito della retina", e nella stessa consulenza tecnica si individuava come causa più probabile l'infezione da citomegalovirus.

In sostanza, all'esito della valutazione delle prove, la corte di appello non solo ha rilevato che non era stato dimostrato che il danno alla salute denunciato fosse causalmente riconducibile alla condotta dei medici e della struttura sanitaria che avevano in cura il neonato, ma era addirittura più probabile che la malformazione fosse congenita o comunque preesistente alla nascita. Ha fatto altresì presente che, in tale situazione, anche una eventuale diagnosi precoce non avrebbe consentito di curare o impedire l'aggravarsi della patologia, in quanto sarebbe stata possibile esclusivamente "la messa in atto presidi terapeutici di efficacia assai modesta". La decisione impugnata risulta del tutto conforme ai principi di diritto affermati da questa Corte in tema di accertamento e prova della condotta colposa e del nesso causale nelle obbligazioni risarcitorie, che possono essere sintetizzati come segue:

"sia nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, sia in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la condotta colposa del responsabile ed il nesso di causa tra questa ed il danno costituiscono l'oggetto di due accertamenti concettualmente distinti; la sussistenza della prima non dimostra, di per sè, anche la sussistenza del secondo, e viceversa;

l'art. 1218 c.c., solleva il creditore della obbligazione che si afferma non adempiuta dall'onere di provare la colpa del debitore inadempiente, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore ed il danno di cui domanda il risarcimento;

nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento; tale onere va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno; se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno lamentato dal paziente rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata" (in tal senso, di recente, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 18392 del 26/07/2017, Rv. 645164-01).

L'impugnata decisione si sottrae, dunque, alle censure mosse dai ricorrenti.

3. Con il secondo motivo si denuncia "violazione o falsa applicazione della *L. 23 dicembre 1994, n. 724, art. 6*. Violazione o falsa applicazione degli *artt. 180 e 183 c.p.c.*".

Con il terzo motivo si denunzia "violazione o falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. e dell'art. 1228 c.c. e connessa violazione dell'art. 2946 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

Con il quarto motivo si denunzia "violazione o falsa applicazione dell'art. 1176 c.c., comma 2 e dell'art. 1218 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

In considerazione dell'esito del quinto, sesto e settimo motivo di ricorso, restano assorbiti il secondo, il terzo ed il quarto, rispettivamente attinenti alla qualificazione della domanda proposta, alla prescrizione del relativo diritto, ed alla sussistenza dell'inadempimento dei sanitari.

Una volta ritenuto non sufficientemente dimostrato, da parte degli attori odierni ricorrenti, il nesso di causa tra i trattamenti sanitari e i danni lamentati, in base ai principi fin qui esposti risulta infatti del tutto ininfluenza, ai fini della decisione, la qualificazione della domanda come azione di responsabilità contrattuale o *extracontrattuale*, così come le correlate questioni relative alla eventuale prescrizione dei diritti azionati, nonché la stessa sussistenza o meno di una condotta colposa dei sanitari.

4. Il ricorso è rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità possono essere integralmente compensate tra tutte le parti, sussistendo motivi sufficienti a tal fine, in considerazione delle oggettive emerse incertezze in ordine ai fatti ed al recente consolidamento nella giurisprudenza di questa Corte dei principi in tema di accertamento e prova della condotta colposa e del nesso causale nelle obbligazioni risarcitorie.

Dal momento che il ricorso risulta notificato successivamente al termine previsto dalla *L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 18*, deve darsi atto della sussistenza dei presupposti di cui al *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater*, introdotto della citata *L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17*.

P.Q.M.

La Corte:

- rigetta il ricorso;

- dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del presente giudizio di legittimità.

Ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater*, inserito dalla *L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17*, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-*bis*.

Così deciso in Roma, il 13 settembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 14 novembre 2017.

Cass., 7 Dicembre 2017, n. 29315

Nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la

domanda deve essere rigettata. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha confermato la decisione impugnata che, tenendo conto delle risultanze della c.t.u. e degli esiti peritali del procedimento penale, aveva concluso nel senso della sussistenza di un'insuperabile incertezza sul nesso di causalità).

FATTO

L.M., A., G. e R. agirono nei confronti di Z.L. e dei figli T.G., P. e A., tutti quali eredi di T.A., nonché della Gestione Liquidatoria della USL TA/5 per ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla morte del padre L.R., che era avvenuta presso l'Ospedale SS. Annunziata di Taranto e che assumevano causata da condotta colposa del dott. T., aiuto presso il reparto di Anestesia e Rianimazione.

Si costituirono in giudizio sia gli eredi del T. che la Gestione Liquidatoria; quest'ultima chiamò in causa la UNIPOL per esserne manlevata.

A seguito della sottoposizione della Gestione a liquidazione coatta amministrativa, il giudizio venne interrotto e successivamente riassunto dagli attori nei confronti della Liquidazione Coatta della Gestione Liquidatoria, che si costituì in giudizio eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a conoscere del credito azionato dai L.

Pronunciando nei confronti degli eredi del T. e della Gestione Liquidatoria, il Tribunale di Taranto rigettò la domanda degli attori e dichiarò la cessazione della materia del contendere fra la Gestione Liquidatoria e la UNIPOL. La Corte di Appello ha rigettato il gravame dei L., con condanna degli stessi al pagamento delle spese di lite nei confronti degli eredi T. e della UGF Assicurazioni s.p.a. (già UNIPOL).

Hanno proposto ricorso per cassazione i L., affidandosi a sei motivi; ha resistito la Z., anche in veste di procuratrice dei figli. Hanno depositato memoria sia i L. che la Z.

DIRITTO

1. Col primo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione *dell'art. 161 cod. proc. civ.* "stante l'evidente error in procedendo di aver considerato parte la Gestione Liquidatoria ed aver omesso qualsiasi pronuncia riguardante la L.C.A., subentrata alla Gestione a seguito della riassunzione": i ricorrenti rilevano che la circostanza del subentro era stata del tutto ignorata dal Tribunale (che aveva pronunciato la decisione nei confronti della Gestione e non della L.C.A.) e assumono la nullità della sentenza impugnata per il fatto che anche la Corte aveva considerato ancora parte in causa la Gestione Liquidatoria anziché la L.C.A..

1.1. Il motivo è inammissibile per difetto di adeguato inquadramento della questione, giacché i ricorrenti non sottopongono adeguatamente a critica l'affermazione del giudice di prime cure (contenuta nella parte della sentenza dedicata allo "svolgimento del processo"), secondo cui "la liquidazione coatta amministrativa della Gestione Liquidatoria della USL TA/5 non aveva legittima giuridica esistenza, sicché non poteva essere parte del giudizio" (e ciò - per quanto emerge dalla memoria depositata dalla Z. - a seguito della sentenza n. 25/2007 con cui la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa regionale che presupponeva l'assoggettamento alla procedura di liquidazione coatta amministrativa delle gestioni liquidatorie delle USL); affermazione che è del tutto compatibile con l'emissione della pronuncia nei confronti della Gestione Liquidatoria e che - in difetto di argomentata

contestazione - non consente alcun rilievo officioso della nullità della sentenza impugnata per il fatto di non essere stata emessa nei confronti della L.C.A..

2. I motivi terzo, quarto e quinto censurano - sotto i profili della "violazione di legge per l'omesso esame di un fatto decisivo" e della violazione e falsa applicazione di legge "riferita all'art. 116 c.p.c." - l'affermazione circa il difetto di prova sul nesso di causa fra le condotte sanitarie e il decesso del L.; più precisamente, i ricorrenti assumono che la Corte aveva riconosciuto la "validità del principio che la prova liberatoria dell'inadempimento deve essere fornita dall'obbligato", ma aveva contraddittoriamente negato, nello specifico, la sussistenza del nesso di causalità; aggiungono che il giudice di appello non aveva tenuto conto dei risultati della c.t.u., che aveva accertato una responsabilità "diffusa" in capo ai sanitari e aveva ritenuto, "in via di presunzione", che l'inadeguata condotta dei sanitari avesse "concorso a determinare in maniera più o meno rilevante, ulteriori aggravamenti delle già precarie condizioni di salute del L., riducendo le sue già compromesse possibilità di sopravvivenza".

2.1. I motivi, che investono il tema del nesso di causa, sono infondati, in quanto compiono un'impropria commistione fra il profilo della condotta colposa e quello della sua efficienza causale e presuppongono un'erronea individuazione del riparto degli oneri probatori.

2.2. Va innanzitutto chiarito che nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, così come in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la condotta colposa del responsabile e il nesso di causa tra questa e il danno costituiscono l'oggetto di due accertamenti concettualmente distinti, cosicché la sussistenza della prima non comporta, di per sé, la dimostrazione del secondo e viceversa.

2.3. Quanto alla distribuzione degli oneri probatori, deve rilevarsi che la previsione dell'art. 1218 cod. civ. solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento.

Al riguardo, deve infatti considerarsi che:

la previsione dell'art. 1218 cod. civ. trova giustificazione nella opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente o non esattamente adempiente l'onere di fornire la prova "positiva" dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla (cfr. Cass., S.U. n. 13533/2001);

tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste - evidentemente - in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 cod. civ. e non può che valere - quindi - il principio generale sancito dall'art. 2697 cod. civ., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede *extracontrattuale* che il creditore in sede *contrattuale*) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa;

ciò vale, ovviamente, sia in riferimento al nesso causale materiale (attinente alla derivazione dell'evento lesivo dalla condotta illecita o inadempiente) che in relazione al nesso causale giuridico (ossia alla individuazione delle singole conseguenze pregiudizievoli dell'evento lesivo); trattandosi di elementi egualmente "distanti" da entrambe le parti (e anzi, quanto al secondo, maggiormente "vicini" al danneggiato), non v'è spazio per ipotizzare a carico dell'asserito danneggiante una "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa (a differenza di

quanto accade - come detto - per la prova dell'avvenuto adempimento o della correttezza della condotta);

non può valere, in senso contrario, il fatto che l'*art. 1218 cod. civ.* faccia riferimento alla causa, laddove richiede al debitore di provare "che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile": infatti, come condivisibilmente affermato, di recente, da questa Corte (Cass. n. 18392/2017), la causa in questione attiene alla "non imputabilità dell'impossibilità di adempiere", che si colloca nell'ambito delle cause estintive dell'obbligazione (costituenti "tema di prova della parte debitrice") e concerne un "ciclo causale" che è del tutto distinto da quello relativo all'evento dannoso conseguente all'adempimento mancato o inesatto;

da ciò discende che, nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento (onere che va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno), con la conseguenza che, se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata (cfr. Cass. n. 975/2009, Cass. n. 17143/2012, Cass. n. 4792/2013, Cass. n. 18392/2017);

a ben vedere, una siffatta conclusione non si pone in contrasto con quanto affermato da Cass., S.U. n. 577/2008, secondo cui "in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante"; tale principio venne infatti affermato a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato" allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare - di per sé, ed in assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie - la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta (sì che la prova della prestazione sanitaria conteneva in sé quella del nesso causale), con la conseguenza che non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione, secondo il criterio generale di cui *all'art. 2697 c.c.*, comma 2 (e non - si badi - la prova liberatoria richiesta *dall'art. 1218 cod. civ.*).

2.4. Tanto premesso, deve ritenersi che il ricorso non colga nel segno, sia perché, insistendo sulla responsabilità dei sanitari (per incompletezza e inadeguatezza dell'assistenza prestata), mostra di non tenere distinti - come necessario - il profilo della colpa da quello della causalità, sia perché non tiene conto che la Corte, valorizzando alcuni passaggi della relazione di c.t.u. e attingendo - come ben poteva - agli esiti peritali emersi nel procedimento penale, è pervenuta alla conclusione dell'esistenza di una insuperabile "incertezza" sul nesso di causa, da cui ha correttamente fatto discendere il rigetto della domanda attorea.

3. Il secondo motivo (che censura la sentenza della Corte per avere affermato che il Tribunale aveva correttamente interpretato la domanda di risarcimento del danno morale come proposta *iure successionis*, ritenendo pertanto inammissibile, in quanto nuova, la richiesta di risarcimento *iure proprio* svolta soltanto in sede di precisazione delle conclusioni) resta

assorbito dal rigetto dei motivi attinenti al nesso di causa (che comporta l'esclusione della possibilità di riconoscere un qualsiasi risarcimento).

4. Il sesto motivo - che denuncia la violazione *dell'art. 91 cod. proc. civ.* e censura la sentenza per avere condannato gli appellanti al pagamento delle spese di lite, pur sussistendo ragioni che avrebbero potuto giustificare la compensazione - è inammissibile, in quanto non è censurabile in sede di legittimità il mancato esercizio del potere di compensare le spese (cfr. Cass., S.U. n. 14989/2005).

5. A fronte dell'esistenza di orientamenti non univoci sul tema del riparto degli oneri probatori in punto di nesso causale, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese del presente giudizio, ai sensi *dell'art. 92 c.p.c.*, comma 2, nel testo anteriore alle modifiche introdotte a partire dalla *L. n. 263 del 2005* (applicabile *ratione temporis*, poichè la causa è stata avviata nell'anno 2001).

6. Trattandosi di ricorso proposto successivamente al 30.1.2013, sussistono le condizioni per l'applicazione del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater*.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese di lite.

Ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater* dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-*bis*.

Così deciso in Roma, il 13 settembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 7 dicembre 2017.

**I RIMEDI A FAVORE DEL COMMITTENTE IN CASO DI VIZI O DIFFORMITÀ
DELL'OPERA APPALTATA**
(Relatore: Stefano Balbusso)

Cass., 16 Ottobre 2017, n. 24305

Nel contratto di appalto il committente, che lamenti difformità o difetti dell'opera, può richiedere, a norma dell'art. 1668, comma 1, c.c., che le difformità o i difetti siano eliminati a spese dell'appaltatore mediante condanna da eseguirsi nelle forme previste dall'art. 2931 c.c., oppure che il prezzo sia ridotto e, in aggiunta o in alternativa, che gli venga risarcito il danno derivante dalle difformità o dai vizi. La prima domanda, infatti, che postula la colpa dell'appaltatore, è utilizzabile per il ristoro del pregiudizio che non sia eliminabile mediante un nuovo intervento dell'appaltatore (come nel caso di danni a persone o a cose, o di spese di rifacimento che il committente abbia provveduto a fare eseguire direttamente); la seconda, che prescinde dalla colpa dell'appaltatore tenuto comunque alla garanzia, tende a conseguire un "*minus*" rispetto alla reintegrazione in forma specifica, della quale rappresenta il sostitutivo legale, mediante la prestazione della "*eadem res debita*", sicché deve ritenersi ricompresa, anche se non esplicitata, nella domanda di eliminazione delle difformità o dei vizi.

FATTO

1. - Con atto di citazione notificato il 9 febbraio 2002 l'A.N.A.S. s.p.a. ha convenuto dinanzi al tribunale di Roma la Scardellato s.r.l. esponendo che alla stessa era stato richiesto un intervento di messa a punto in relazione a tre bombole antincendio in locali dell'attrice siti in (OMISSIS). La società attrice, dopo aver autorizzato il pagamento in data 15 settembre 2000 di Lire 14.361.600, aveva constatato durante un'operazione di controllo che le bombole non erano in grado di funzionare in quanto completamente scariche. Avendo dovuto richiedere - stanti i vizi sollecitati alla Scardellato s.r.l. - l'intervento di altra ditta per risolvere il problema, alla quale veniva corrisposto lo stesso importo pagato alla medesima Scardellato s.r.l., ha domandato che la convenuta venisse condannata al risarcimento del danno subito, quantificato in Euro 7.417,14, oltre interessi e rivalutazione.
2. - Sulla resistenza della Scardellato s.r.l., integrato l'atto di citazione a seguito di dichiarazione di sua nullità *ex art. 164 cod. proc. civ.*, con sentenza n. 18563 depositata il 30 agosto 2005 il tribunale di Roma ha rigettato la domanda, condannando l'attrice al pagamento delle spese di lite. Ha ritenuto il tribunale che il contratto dovesse qualificarsi come appalto, essendo documentato che esso aveva avuto come oggetto la ricarica di bombole, la sostituzione di scheda di alimentazione dell'impianto antincendi e la revisione dell'impianto stesso, e che l'A.N.A.S. non avesse dimostrato di aver pagato un corrispettivo ad altra ditta intervenuta successivamente per eliminare gli inconvenienti riscontrati a seguito del lavoro svolto dalla convenuta.
3. - Avverso la detta decisione ha proposto appello l'A.N.A.S. s.p.a. a fronte della contestazione della fondatezza del gravame da parte della Scardellato s.r.l..
4. - La corte d'appello di Roma con sentenza del 28 febbraio 2013 ha accolto l'appello, condannando la Scardellato s.r.l. al pagamento in favore dell'A.N.A.S. s.p.a. della somma di Euro 7.417,14 oltre interessi. Nell'esaminare il gravame la corte ha considerato che:

- non fosse in discussione l'inadempimento di un contratto di appalto da parte della Scardellato s.r.l. consistente nell'essere intervenuta su incarico dell'A.N.A.S. su tre bombole antincendio, rinvenute completamente scariche ed inidonee all'uso;
 - la domanda fosse "volta ad ottenere il risarcimento del danno subito per essere stato corrisposto alla convenuta il corrispettivo pattuito nonostante l'inadempimento";
 - l'attrice avesse dimostrato, mediante la produzione in giudizio di un provvedimento del 15 settembre 2000 emesso dal dirigente dell'A.N.A.S., di aver autorizzato il pagamento della somma di Lire 14.361.600 con bonifico bancario in favore della Scardellato s.r.l., la quale aveva emesso fattura in data 8.8.2000;
 - l'attrice avesse pienamente assolto all'onere probatorio su di essa incombente, "avendo provato di aver corrisposto il corrispettivo pattuito nonostante l'inadempimento della controparte", ritenendo non "necessaria alcuna dimostrazione", a differenza di quanto reputato dal tribunale, "in ordine all'effettivo versamento di corrispettivo ad altra ditta" per l'eliminazione del vizio relativo al mancato riempimento delle bombole.
5. - Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la Scardellato s.r.l. sulla base di due motivi. L'A.N.A.S. s.p.a. ha resistito con controricorso.

DIRITTO

1. - Con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione *dell'art. 112 cod. proc. civ. e artt. 1218, 1668 e 2697 cod. civ.* (con riferimento *all'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3), per non aver la corte d'appello considerato che la controparte aveva inteso avvalersi della cd. garanzia per difetti dell'opera di cui *all'art. 1668 c.c.*, senza mettere in discussione il contratto *inter partes* e preferendo instare unicamente per il risarcimento del danno, con la conseguenza che avrebbe dovuto provare l'entità del danno subito, che aveva individuato in ciò che aveva esborsato per la ricarica delle bombole; per non aver altresì considerato che la prestazione da essa fornita non si era sostanziata solo nell'intervenire sulle bombole antincendio, ma anche nel riposizionarle e nel sostituire una scheda di alimentazione, con la conseguenza che, comunque, non si sarebbe potuto equiparare automaticamente il danno asseritamente subito dall'ANAS s.p.a. al valore della prestazione della società appaltatrice.
2. - Con il secondo motivo la ricorrente deduce la nullità della sentenza o del procedimento per violazione *dell'art. 112 cod. proc. civ.*, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 4, per essersi la corte d'appello pronunciata su una domanda di restituzione del corrispettivo incamerato, implicante la risoluzione del contratto mai sollecitata dall'A.N.A.S., che si era limitata ad invocare il risarcimento del danno sofferto in ragione del dedotto vizio delle bombole antincendio installate.
3. - I due motivi, articolati su violazioni di norme di diritto rispettivamente sostanziale e processuale, vanno esaminati congiuntamente stante la loro stretta connessione. Essi sono infondati, ad eccezione di un profilo relativo al primo motivo, per quanto di ragione fondato.
4. - In relazione alla proposizione di censura di difetto di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, è dato anzitutto a questa corte di legittimità procedere all'interpretazione e qualificazione della domanda. Sul punto, va data continuità alla giurisprudenza di questa corte (v. ad es. sez. 1, n. 6526 del 2002, sez. 2, n. 15859 del 2002, sez. 1, n. 1079 del 2004, n. 21421 del 2014 oltre che sez. un. n. 8077 del 2012) secondo cui - se ordinariamente l'interpretazione della domanda è compito riservato in via esclusiva al giudice di merito e come tale resta

sottratta, se congruamente motivata, al sindacato di legittimità - ove da tale interpretazione la parte faccia discendere la violazione del principio di necessaria corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, denunziandosi quindi un errore in procedendo, la corte di cassazione è investita di un potere - dovere di sindacato pieno, con possibilità di provvedere direttamente all'esame e all'interpretazione degli atti processuali e, conseguentemente, delle istanze e delle deduzioni delle parti.

4.1. - Al riguardo, procedendo a tale esame, non può non considerarsi che, da un lato, all'udienza del 28.5.2002 il giudice istruttore del tribunale ha dichiarato la nullità dell'atto di citazione con cui la parte attrice non aveva proceduto a una completa *editio actionis*. Con l'atto integrativo della citazione, dunque, la parte attrice deduceva la natura contrattuale della responsabilità, qualificando in via principale il contratto come appalto, e invocando la disciplina degli artt. 1655 ss. c.c. (in particolare *art. 1667 c.c.*, riferito alla garanzia per le difformità e vizi dell'opera). In subordine, ove si fosse trattato di compravendita, ugualmente deduceva essere tenuta la fornitrice a garantire i difetti. Su tali basi, insisteva nella propria istanza.

4.2. - In ordine all'interpretazione e qualificazione della domanda, dunque, posta la condivisa riconduzione del contratto alla figura dell'appalto, non può anzitutto trascurarsi di considerare che con la propria sentenza la corte d'appello:

- ha valorizzato il riferimento nella citazione a una missiva con la quale, prima della causa, il difensore aveva richiesto all'appaltatrice "il risarcimento corrispondente a quanto pagato per i lavori";

- ha ritenuto condivisibilmente che "come emerge dal complessivo tenore dell'atto di citazione in primo grado la domanda era volta ad ottenere il risarcimento del danno subito per essere stato corrisposto alla convenuta il corrispettivo subito nonostante l'inadempimento della stessa";

- ha dato atto della pacificità, data altresì la mancata impugnazione della sentenza di primo grado sul punto, dell'inadempimento, nonché della prova anche documentale del pagamento alla Scarsellato s.r.l.;

- ha richiamato la deduzione difensiva dell'avvenuto rifacimento dell'opera mediante altra ditta, ritenendo non "necessaria alcuna dimostrazione... in ordine all'avvenuto versamento del corrispettivo", corrispettivo invece pacificamente pagato alla Scardellato s.r.l. come altresì provato da documentazione indicata in sentenza.

4.3. - In secondo luogo, ai fini della qualificazione, va tenuto conto che questa corte ha più volte (v. ad es. sez. 2, n. 2346 del 1995, n. 289 del 1999, n. 6181 del 2011) affermato che nel contratto di appalto il committente, che lamenti difformità o difetti dell'opera, può richiedere, a norma dell'*art. 1668 c.c.*, comma 1, che le difformità o i difetti siano eliminati a spese dell'appaltatore mediante condanna da eseguirsi nelle forme previste dall'esecuzione forzata degli obblighi di fare (*art. 2931 cod. civ.*), oppure che il corrispettivo sia ridotto e, in aggiunta o in alternativa, che gli venga risarcito il danno derivante dalle difformità o dai vizi.

4.4. - La medesima giurisprudenza ha precisato che, da un lato, si pone la domanda risarcitoria, che partecipa della natura dell'azione di eliminazione dei vizi, proposta quando quest'ultima non sia utilizzabile, dall'altro quella diretta all'attribuzione del risarcimento per equivalente rispetto alla mancata eliminazione dei vizi che il committente possa proporre utilmente, ma resti senza esito (domanda risarcitoria, l'ultima, svolta spesso in subordine rispetto alla mancata esecuzione specifica della condanna all'eliminazione dei vizi): la prima - come esplicitato dalla norma - postula la colpa dell'appaltatore ed è utilizzabile per il ristoro del pregiudizio che non

sia eliminabile mediante un nuovo intervento dell'appaltatore stesso (come nel caso di danni a persone o a cose, o di spese di rifacimento che il committente abbia provveduto a fare eseguire direttamente); la seconda, che prescinde dalla colpa dell'appaltatore tenuto comunque alla garanzia *ex art. 1667 cod. civ.*, tende a conseguire un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica che l'art. 1668 accorda in prima battuta, della quale rappresenta il sostitutivo legale, mediante la prestazione della *eadem res debita* (e all'uopo la giurisprudenza non ne impone nemmeno la esplicita formulazione, sicchè tale domanda risarcitoria deve ritenersi ricompresa, anche se non esplicitata, nella domanda di eliminazione delle difformità o dei vizi - cfr. ad es. le citt. sez. 2, n. 2346 del 1995, n. 289 del 1999, n. 6181 del 2011). Non può al riguardo non richiamarsi l'indirizzo giurisprudenziale che riporta all'azione di riduzione del corrispettivo (non già corrisposto) la domanda del committente che volesse riservare a sè o a propri incaricati l'eliminazione dei vizi, richiedendosi comunque, in tale visione, che la riduzione del corrispettivo e il risarcimento del danno ulteriore causato dall'opera non siano insieme di entità maggiore del corrispettivo pattuito, salvo il diritto alla eventuale rivalutazione monetaria (cfr. ad es. sez. 2, n. 1334 del 1996 che richiama sez. 2, n. 4839 del 1988 e altre). Ciò - prescindendo da ogni considerazione circa detto limite su cui non è necessario soffermarsi - evidenzia, per quanto qui rileva, lo stretto nesso - ai fini del ristabilimento dell'equilibrio economico del rapporto - tra pagamento del corrispettivo dell'appalto che ha condotto all'opera viziata e quantum risarcitorio, sia ai fini dell'individuazione dell'azione esperibile (a seconda se il corrispettivo sia stato o meno corrisposto) che della monetizzazione dei rispettivi crediti e debiti.

4.5. - Con riguardo a tale ultimo aspetto la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di sottolineare anche da altro punto di vista l'interrelazione tra il pagamento del corrispettivo all'appaltatore la cui opera abbia evidenziato vizi e il risarcimento dei danni per l'eliminazione di essi: in particolare nel caso, più comune, in cui il committente abbia sospeso la prestazione di pagamento dopo aver denunciato i vizi, questa corte (v. sez. 2, n. 644 del 1999, n. 5496 del 2002, n. 6009 del 2012) ha sottolineato che qualora il committente, rilevata l'esistenza di vizi nell'opera non ne pretenda l'eliminazione diretta da parte dell'esecutore del lavoro, chiedendo, invece, il risarcimento del danno per l'inesatto adempimento, il credito dell'appaltatore per il corrispettivo permane invariato. Tanto conferma dunque la necessità per il giudice di valutare unitariamente i due valori; tema questo che si richiamerà in prosieguo.

4.6. - Sul tali premesse, può ritornarsi al caso di specie per concludere in ordine alla qualificazione della domanda. Ove si tenga conto anche della disfunzione processuale sanata *ex art. 164 cod. proc. civ.* con l'integrazione dell'atto di citazione, originariamente nullo proprio in quanto carente nella *editio actionis*, non pare dubbio - al di là di quanto solo implicitamente sul punto considerato nella sentenza impugnata, che non si diffonde sul tema pur contenendo conclusioni conformi al diritto - che, a fronte dei dati dianzi evidenziati (pagamento a favore della Scardellato s.r.l., incarico ad altra ditta specificamente indicata pur in assenza di prova del secondo pagamento a questa; indicazione sia in missiva che nella citazione della volontà di ottenere risarcimento commisurato al corrispettivo vanamente pagato alla controparte inadempiente), si versi di fronte a una domanda risarcitoria per il ristoro del pregiudizio non eliminabile mediante un nuovo intervento dell'appaltatore, che esplicitamente i precedenti giurisprudenziali richiamati, anche recenti, contemplanò ove si tratti di rifacimento

che il committente abbia provveduto a fare eseguire direttamente (o, per la riduzione del prezzo, si riserva di far eseguire).

5. - Così qualificata la domanda da parte di questa corte nei limiti e (-) ai fini anzidetti, deve anzitutto - respingendosi quindi il secondo motivo - affermarsi, come nei casi consimili affrontati nei precedenti sopra richiamati, che l'accoglimento della domanda risarcitoria non contrasta con il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la cui violazione è stata denunciata sotto il profilo della diversità della domanda accolta (che la parte ricorrente indica come di restituzione del corrispettivo, implicante cioè una risoluzione non domandata) rispetto a quella proposta (di risarcimento del danno). La domanda, infatti, è stata considerata e trattata come domanda risarcitoria (della tipologia anzidetta), senza in alcun modo porre in discussione il contratto comunque inadempito.

6. - La circostanza - di natura prettamente liquidatoria - per cui la corte di merito ha ritenuto di riportare l'entità del danno a quanto pagato all'appaltatore in luogo di quanto pagato all'incaricato del rifacimento ha formato, come ricordato, oggetto della denuncia di cui al primo motivo per violazione e falsa applicazione, in particolare, *dell'art. 1668 cod. civ.* (con riferimento *all'art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3), per avere la corte d'appello in tesi mal opinato: - nell'equiparare automaticamente il danno subito dall'ANAS s.p.a. al valore della prestazione della società appaltatrice, considerato che essa aveva eseguito anche altre frazioni di lavorazioni;

- nel non richiedere - posto che non era stato messo in discussione il contratto *inter partes* a seguito della mera proposizione dell'azione risarcitoria (contestazione questa - è a notarsi - invero contraddittoria rispetto a quella, di cui si è detto circa il secondo motivo, secondo cui invece sarebbe stata implicitamente operata una risoluzione)- la prova di un danno diverso da quello del pagamento a vuoto del corrispettivo dell'appalto.

6.1. - La censura va parzialmente disattesa quanto alla dedotta violazione *dell'art. 1668 cod. civ.*. Infatti, come accennato, l'A.N.A.S., avendo già versato il corrispettivo, ha richiesto (e ottenuto) il risarcimento *ex art. 1668 cod. civ.* quale ristoro del pregiudizio non eliminabile mediante un nuovo intervento dell'appaltatore stesso, versante in colpa presunta (e, come si è ricordato, tra le ipotesi tipiche della specie si annoverano le spese di rifacimento che il committente abbia provveduto a fare eseguire da terzi). Ne deriva la retta applicazione della "*regula iuris*" *dell'art. 1668 cod. civ.*, come ricostruita dalla giurisprudenza richiamata, a fronte di una diversa - ma infondata - ricostruzione del dettato della norma, auspicata dalla ricorrente, secondo cui sarebbe necessaria - anche ai fini dell'an della responsabilità - la prova del pagamento del corrispettivo a terzi.

6.2. - Viceversa, la censura è fondata quanto alla violazione da parte della sentenza impugnata *dell'art. 2697 cod. civ.*, ai fini della prova del quantum della responsabilità. Come si evince dalla sentenza impugnata (pp. 3 e 4), i giudici del merito ha affermato avere l'attrice "pienamente assolto all'onere probatorio sulla stessa incombente, avendo provato di aver corrisposto il prezzo pattuito nonostante l'inadempimento della controparte, senza che peraltro fosse necessaria alcuna dimostrazione... in ordine all'effettivo versamento del corrispettivo ad altra ditta per l'esecuzione dei lavori necessari per eliminare il vizio". Tale statuizione, invero, si pone contro il principio di cui *all'art. 2697 cod. civ.*

6.3. In casi della specie, infatti, se l'an della responsabilità sussiste in relazione a un corrispettivo pagato a vuoto a fronte di una prestazione non corrispondente, ai fini

dell'apprezzamento del quantum è pur sempre necessaria la prova di un pregiudizio. In tal senso, lungi dal sussistere l'automatismo ipotizzato dalla corte territoriale con la sentenza impugnata, compete al giudice del merito, come in ogni altra fattispecie di inadempimento contrattuale, tener conto di quanto erogato da una parte a favore della controparte, a fronte del risultato utile (anche se eventualmente non appieno rispondente) conseguito dalla prima, nonchè degli oneri anche solo prospettici per ricondurre l'opera alle previsioni di contratto o d'uso, nell'ottica della stretta interrelazione tra il corrispettivo (pagato o da pagarsi) dell'appalto, il valore conseguito con l'opera imperfetta e gli oneri sostenuti o a sostenersi per il rifacimento. E' tuttavia - diversamente da quanto statuito con la sentenza impugnata - necessaria una prova, anche indiretta, di tali ultimi oneri, che potranno emergere, oltre che mediante la prova di un pagamento a terzi, anche mediante la prova dello stesso avvenuto rifacimento, ovvero della contrazione di obbligazioni a tal fine; non si potrà però, a differenza di quanto ritenuto dalla corte d'appello, desumere il sostenimento di tali oneri dalla stessa difettosità dell'opera. Può essere utile considerare - a conferma che la prova di un ulteriore pagamento sia un dato da acquisirsi solo eventualmente, essendo possibile sostituirla con altre, ad es. del rifacimento - che, in una corretta analisi economica dei rapporti giuridici, il danno da necessità di rifacimento a cura di terzi non sarebbe eliso ove la committente avesse acquisito quest'ultimo a titolo liberale o con costi solo indiretti (ad es. con utilizzo di proprie maestranze), salvo a non volersi ritenere - ma l'assurdo attesta l'implausibilità della tesi - che in questi casi il beneficiario finale dell'erogazione liberale o del lavoro delle maestranze del committente sia l'appaltatore originario inadempiente. Ancora, può essere utile il parallelismo probatorio con il caso della riduzione del prezzo: come in quest'ultimo caso chi si riserva di effettuare il rifacimento otterrà la riduzione senza dimostrare di aver pagato lo stesso (potendo anche decidere di ritenere l'opera imperfetta senza effettuare alcuna eliminazione dei vizi), così nell'ipotesi di risarcimento del danno per avvenuta inutile erogazione del corrispettivo all'appaltatore inadempiente a fronte del rifacimento mediante terzi la dimostrazione dell'avvenuto pagamento deve ritenersi elemento probatorio esterno rispetto al *thema probandum*, utile ma non indispensabile a fini liquidatori; pur tuttavia una prova di pregiudizio ai fini liquidatori, come detto, sarà necessaria. Infine, deve considerarsi che conferma di tale esterità al *thema probandum* si ha ove si consideri che, provato che abbia il committente il pagamento "ulteriore", quest'ultimo non si tradurrebbe automaticamente in danno, posto che il giudice non sarebbe esentato dall'anzidetta complessa operazione di comparazione di valori e utilità acquisite e perse dalle parti per effetto della rottura contrattuale, ben potendo ad es. il pagamento ulteriore essere relativo a lavorazioni eccessive o superflue, o a prezzi ingiustificatamente superiori rispetto a quelli di mercato.

6.4. - Essendosi la corte d'appello distanziata parzialmente dagli anzidetti principi, con la conseguenza che la sentenza va cassata, con rinvio al giudice del merito per nuovo esame, resta assorbito il sindacato che) nell'ambito del primo motivo, la parte ricorrente sollecita, come detto, in ordine alla circostanza per cui, nell'effettuare la valutazione di sua spettanza in ordine al quantum risarcitorio, la corte d'appello abbia ritenuto di parametrare il risarcimento all'intero importo erogato al primo appaltatore, in luogo che a una parte di esso.

7. - In definitiva, il ricorso va accolto per quanto di ragione in relazione al solo primo motivo, con cassazione in relazione al motivo accolto e rinvio ad altra sezione della corte d'appello di Roma, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La corte accoglie per quanto di ragione il primo motivo, rigetta il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia ad altra sezione della corte d'appello di Roma anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 21 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 16 ottobre 2017.

PROFILI DELLA RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE EX ART. 1669 C.C.

(Relatore: Giovanni Schiavone)

Cass., sez. un., 27 Marzo 2017, n. 7756

In tema di contratto d'appalto, l'art. 1669 c.c. è applicabile, ricorrendone tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest'ultimo.

FATTO

Gli odierni ricorrenti, partecipanti tutti al condominio di via (OMISSIS), convenivano in giudizio innanzi al locale Tribunale la società venditrice Fonte Sajano s.r.l. e la società P.F. e C. s.n.c., che su incarico di quest'ultima aveva eseguito sull'edificio interventi di ristrutturazione edilizia. Domandavano la condanna delle società convenute, in solido tra loro, al risarcimento dei danni consistenti in un esteso quadro fessurativo esterno ed interno delle pareti del fabbricato ed altri gravi difetti di costruzione.

Nel resistere in giudizio entrambe le convenute chiamavano in causa la società che aveva eseguito gli intonaci, la Edilcentro s.r.l., per esserne tenute indenni.

Nella contumacia della società chiamata in causa, il Tribunale, ritenuta la ricorrenza di gravi difetti dell'opera, accoglieva la domanda e condannava le società convenute al pagamento della somma di Euro 71.503,50, a titolo di responsabilità per danni *ex art. 1669 c.c.*

Impugnata dalla P.F. e C. s.n.c., tale decisione era ribaltata dalla Corte d'appello di Ancona, che con sentenza pubblicata il 12.7.2012 rigettava la domanda. Richiamato il precedente di Cass. n. 24143/07, la Corte territoriale osservava che ai fini dell'applicazione dell'art. 1669 c.c., la costruzione di un edificio o di altra cosa immobile destinata a lunga durata costituisce presupposto e limite della responsabilità dell'appaltatore. E poichè nella specie erano stati eseguiti solo interventi di ristrutturazione edilizia (con cambiamento di destinazione d'uso da ufficio ad abitazione), comprendenti la realizzazione di nuovi balconi ai primi due piani, di una scala in cemento armato e di nuovi solai ai sottotetti, non si trattava della nuova costruzione di un'immobile, ma di una mera ristrutturazione. Di qui l'inapplicabilità della norma anzi detta.

La cassazione di questa sentenza è chiesta dagli odierni ricorrenti sulla base di un solo motivo. Vi resiste con controricorso la P.F. & C. s.n.c..

La Fonte Sajano s.r.l. in liquidazione e la Edilcentro s.r.l. non hanno svolto attività difensiva.

La terza sezione civile di questa Corte, ravvisando un contrasto di giurisprudenza sulla riconducibilità all'art. 1669 c.c., anche delle opere edilizie eseguite su di un fabbricato preesistente, ha rimesso la causa al primo Presidente, che l'ha assegnata a queste Sezioni unite. Entrambe le parti, ricorrente e controricorrente, hanno depositato memoria.

DIRITTO

1. - Con l'unico motivo di ricorso parte ricorrente deduce la "violazione e falsa applicazione dell'art. 1669 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5". Espone che la

sentenza impugnata avrebbe erroneamente ritenuto che la ristrutturazione edilizia di un fabbricato non possa rientrare nella previsione *dell'art. 1669 c.c.*; lamenta che la Corte territoriale abbia omesso di motivare sull'entità dei lavori di ristrutturazione del fabbricato, nonché sulla consistenza e sulla rilevanza dei vizi accertati dal c.t.u.; deduce che) rispetto al caso esaminato da Cass. n. 24143/07, quello in oggetto concerne interventi edilizi di carattere straordinario riconducibili all'ipotesi di cui *all'art. 1669 c.c.*; e richiama, tra altre pronunce di questa Corte, Cass. n. 18046/12 per affermare che la ridetta norma è applicabile non solo alle nuove costruzioni, ma anche alle opere di ristrutturazione immobiliare e a quelle che siano comunque destinate ad avere lunga durata.

2. - Sotto quest'ultimo profilo, quello dell'ambito oggettivo coperto *dall'art. 1669 c.c.*, l'ordinanza interlocutoria della terza sezione rileva un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte (precisamente all'interno della seconda sezione). E senza mostrare di voler prendere partito per l'una o l'altra tesi, quella che esclude o quella che afferma l'applicabilità *dell'art. 1669 c.c.*, anche alle ristrutturazioni immobiliari, ritiene che emerga ad ogni modo un contrasto sui principi di diritto affermati, al di là delle possibili peculiarità "fattuali" delle singole situazioni esaminate.

2.1. - Sulla peculiare questione in oggetto anche la dottrina mostra di dividersi. Pacifica l'applicabilità *dell'art. 1669 c.c.*, ai casi di ricostruzione o di costruzione di una nuova parte dell'immobile, come ad esempio la sopraelevazione, che è essa stessa una "nuova costruzione", prevale l'opinione dell'estensibilità della norma anche alle ipotesi di interventi di tipo manutentivo - modificativo che debbano avere una lunga durata nel tempo. Ciò sia nel caso in cui a seguito delle riparazioni o delle modifiche collassi l'intera e preesistente struttura immobiliare, indipendentemente dall'importanza in sé della parte riparata o modificata, sia ove la rovina o i gravi difetti riguardino direttamente quest'ultima. Ed escluse le riparazioni non di lunga durata, come quelle ordinarie, e quelle aventi ad oggetto parti strutturali anch'esse non destinate a conservarsi nel tempo, deve dunque ammettersi l'applicazione *dell'art. 1669 c.c.*, nelle situazioni inverse. Si osserva da alcuni che, in definitiva, il problema è lo stesso che si presenta allorché rovine o sia gravemente difettosa soltanto una porzione dell'originario edificio, visto che la stessa norma contempla anche l'ipotesi che l'immobile rovine "in parte". Non solo, ma si ipotizza che la soluzione inversa si presterebbe a dubbi di legittimità costituzionale, considerato che gli *artt. 1667 e 1668 c.c.*, del pari riguardanti la responsabilità dell'appaltatore, si applicano ad opere consistenti in mere modificazioni o riparazioni, mentre *l'art. 1669 c.c.*, restrittivamente inteso condurrebbe, irrazionalmente e in violazione *dell'art. 3 Cost.*, ad applicare *l'art. 1667 c.c.*, ancorché l'opera consista, previa demolizione, in una ricostruzione totale o parziale, del tutto sovrapponibile ad una costruzione *ex novo*.

Minoritaria la tesi opposta, che rispetto alla disciplina degli *artt. 1667 e 1668 c.c.*, ravvisa *nell'art. 1669 c.c.*, una norma di carattere speciale. Si afferma che essa, insuscettibile di applicazione analogica, integri una garanzia vera e propria e una disposizione di favore per il committente, motivata dal fatto che nelle opere di lunga durata alcuni difetti possono presentarsi anche a distanza di molto tempo. *L'art. 1669 c.c.*, riguarderebbe, per tale dottrina, le opere eseguite *ex novo* dalle fondamenta ovvero quelle dotate di propria autonomia in senso tecnico (come ad esempio una sopraelevazione).

3. - La giurisprudenza di questa Corte ha affrontato in maniera esplicita e diretta il tema di cui si discute solo in tre occasioni. O meglio in due, per le - ragioni che seguono.

3.1. - La prima con sentenza n. 24143/07. Riferita ad un caso di opere d'impermeabilizzazione e pavimentazione del terrazzo condominiale d'un edificio preesistente, detta pronuncia ha osservato che *l'art. 1669 c.c.*, delimita con una certa evidenza il suo ambito di applicazione alle opere aventi ad oggetto la costruzione di edifici o di altri beni immobili di lunga durata, ivi inclusa la sopraelevazione di un fabbricato preesistente, di cui ravvisa la natura di costruzione nuova ed autonoma. Non anche, però, le modificazioni o le riparazioni apportate ad un edificio o ad altre preesistenti cose immobili, da identificare a norma del *art. 812 c.c.*. A tale conclusione è pervenuta attraverso l'interpretazione letterale della norma, laddove questa "raccorda il termine "opera" a quello di "edifici o di altre cose immobili, destinate per loro natura a lunga durata", per poi connettere e disciplinare le conseguenze dei vizi costruttivi della medesima opera, così significando che la costruzione di un edificio o di altra cosa immobile, destinata per sua natura a lunga durata, costituisce presupposto e limite di applicazione della responsabilità prevista in capo all'appaltatore". La conseguenza, conclude, è che ove non ricorra la costruzione d'un edificio o di altre cose immobili di lunga durata, ma un'opera di mera riparazione o modificazione su manufatti preesistenti, non è applicabile *l'art. 1669 c.c.*, ma, ricorrendone le condizioni, le norme sulla garanzia *ex art. 1667 c.c.*. Infine, detta sentenza ha escluso che questa Corte Suprema abbia mai affrontato *ex professo* la questione, se non nella vigenza del c.c. del 1865, sotto l'*art. 1639* (si tratta della sentenza n. 754 del 1934, la quale nell'escludere l'applicabilità della norma alla copertura con asfalto d'un lastrico solare, si limitò, in realtà, ad affermare unicamente che la norma "ha, come è comune insegnamento, carattere eccezionale, e non può perciò essere estesa fuori dei casi ivi preveduti della fabbricazione di un edificio o d'altra opera notevole": n.d.r.).

3.1.1. - In senso puramente adesivo è la n. 10658/15 (massimata in maniera del tutto conforme), avente ad oggetto lavori di consolidamento di una villetta preesistente che avevano provocato gravi fessurazioni su di un corpo di fabbrica aggiuntovi.

A ben vedere, tuttavia, la motivazione chiarisce che il giudice d'appello, ricondotta la fattispecie *all'art. 1669 c.c.*, aveva escluso la responsabilità dell'appaltatore a tale titolo non essendovi prova che questi avesse indicato i lavori da eseguire, nè che fosse stato messo al corrente dei difetti strutturali che avevano determinato le lesioni riscontrate. Sicchè, in definitiva, la Corte territoriale aveva escluso sia il nesso eziologico tra le opere eseguite dall'appaltatore e i danni lamentati, sia una colpa di lui. Il consenso prestato a Cass. n. 24143/07 è frutto, dunque, di una considerazione svolta *ad abundantiam* rispetto alla *ratio decidendi*, basata su altro; il che rende dubbio che detto precedente possa effettivamente militare nell'ambito della tesi negativa.

3.2. - Di segno opposto la sentenza più recente, n. 22553/15, secondo cui risponde ai sensi *dell'art. 1669 c.c.*, anche l'autore di opere realizzate su di un edificio preesistente, allorchè queste incidano sugli elementi essenziali dell'immobile o su elementi secondari rilevanti per la funzionalità globale. In quella fattispecie, le opere avevano riguardato lavori di straordinaria manutenzione presso uno stabile condominiale, consistiti nel rafforzamento dei solai e delle rampe delle scale (queste ultime ricostruite completamente).

Nel darsi carico dei due precedenti massimati di segno contrario all'avviso espresso, detta sentenza ravvisa una "diversa valutazione complessiva delle emergenze fattuali", più che un

"contrasto sincrono di giurisprudenza". Afferma, quindi, che la lettura della norma giustifica una diversa impostazione ermeneutica, "perchè non a caso il legislatore discrimina tra edificio o altra cosa immobile destinata a lunga durata, da un lato, e opera, dall'altro. L'opera cui allude la norma non si identifica necessariamente con l'edificio o con la cosa immobile destinata a lunga durata, ma ben può estendersi a qualsiasi intervento, modificativo o riparativo, eseguito successivamente all'originaria costruzione dell'edificio, con la conseguenza che anche il termine compimento, ai fini della delimitazione temporale decennale della responsabilità, ha ad oggetto non già l'edificio in sé considerato, bensì l'opera, eventualmente realizzata successivamente alla costruzione dell'edificio". Ha osservato, inoltre, che "l'etimologia del termine costruzione non necessariamente deve essere ricondotta alla realizzazione iniziale del fabbricato, ma ben può riferirsi alle opere successive realizzate sull'edificio pregresso, che abbiano i requisiti dell'intervento costruttivo". Pertanto, anche "gli autori di tali interventi di modificazione o riparazione possono rispondere ai sensi *dell'art. 1669 c.c.*, allorchè le opere realizzate abbiano una incidenza sensibile sugli elementi essenziali delle strutture dell'edificio ovvero su elementi secondari od accessori, tali da compromettere la funzionalità globale dell'immobile stesso". Per contro, prosegue la sentenza, "nessun valore può essere attribuito con riguardo alla responsabilità di cui *all'art. 1669 c.c.*, alle classificazioni urbanistiche predisposte dal legislatore al diverso fine del recupero di manufatti preesistenti: la differenza dei parametri di riferimento giustifica l'integrale responsabilità dell'appaltatore sia in presenza di interventi di manutenzione straordinaria sia in ipotesi di manutenzione ordinaria ai sensi della *L. n. 457 del 1978, art. 31*".

3.3. - Invece, Cass. n. 18046/12, richiamata tra altre nel motivo di ricorso, non pare prendere posizione nell'un senso piuttosto che nell'altro, sebbene in quel caso fosse sul tappeto, perchè dedotta dalla ricorrente venditrice - (ri)costruttrice, la differenza tra l'imperfetta realizzazione di immobili di nuova costruzione, rientrante *nell'art. 1669 c.c.*, e i difetti di specifici lavori di ristrutturazione, che sosteneva non riconducibili alla norma. In detta sentenza, infatti, questa Corte ha ritenuto la censura non accoglibile in parte per difetto di autosufficienza, e in parte perchè la pronuncia impugnata faceva riferimento all'inadeguatezza sia dei lavori di completa ristrutturazione compiuti dai venditori a stregua della concessione, sia di quelli di rifinitura, mentre le censure della ricorrente atenevano alla configurabilità, affermata dalla Corte territoriale, della violazione *dell'art. 1669 c.c.*, in relazione solo a tali ultimi lavori.

4. - Queste Sezioni unite aderiscono all'orientamento meno restrittivo, ritenendolo sostenibile sulla base di ragioni d'interpretazione storico-evolutiva, letterale e teleologica.

4.1. - In primo luogo vale premettere e chiarire che anche opere più limitate, aventi ad oggetto riparazioni straordinarie, ristrutturazioni, restauri o altri interventi di natura immobiliare, possono rovinare o presentare evidente pericolo di rovina del manufatto, tanto nella porzione riparata o modificata, quanto in quella diversa e preesistente che ne risulti altrimenti coinvolta per ragioni di statica. L'attenzione va, però, soffermata principalmente sull'ipotesi dei "gravi difetti", sia perchè confinaria rispetto al regime ordinario degli *artt. 1667 e 1668 c.c.*, sia per il rilievo specifico che i "gravi difetti" assumono nel caso in oggetto, sia per le ragioni di carattere generale che emergeranno più chiaramente di seguito.

4.2. - Innumerevoli altre volte la giurisprudenza di questa Corte, pur non esaminando in maniera immediata e consapevole la questione in esame, si è occupata *dell'art. 1669 c.c.*, presupponendone (per difetto di contrasto fra le parli o per altre ragioni) l'applicabilità anche

in riferimento ad opere limitate. Ed è pervenuta a soluzioni applicative di detta norma che appaiono poter prescindere dalla necessità logica di un'edificazione *ab imo* o di una costruzione *ex novo*.

Si è ritenuto, infatti, che sono gravi difetti dell'opera, rilevanti ai fini dell'*art. 1669 c.c.*, anche quelli che riguardano elementi secondari ed accessori (come impermeabilizzazioni, rivestimenti, infissi ecc.) purché tali da compromettere la funzionalità globale dell'opera stessa e che, senza richiedere opere di manutenzione straordinaria, possono essere eliminati solo con interventi di manutenzione ordinaria ai sensi della *L. n. 457 del 1978, art. 31*, e cioè con "opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici" o con "opere necessarie per integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti" (sentenze nn. 1164/95 e 14449/99; in senso del tutto analogo e con riferimento a carenze costruttive anche di singole unità immobiliari, v. n. 8140/04, che ha ritenuto costituire grave difetto lo scollamento e la rottura, in misura percentuale notevole rispetto alla superficie rivestita, delle mattonelle del pavimento dei singoli appartamenti; da premesse conformi procedono le nn. 11740/03, 81/00, 456/99, 3301/96 e 1256/95; di un apprezzabile danno alla funzione economica o di una sensibile menomazione della normale possibilità di godimento dell'immobile, in relazione all'utilità cui l'opera è destinata, parlano le sentenze nn. 1393/98, 1154/02, 7992/97, 5103/95, 1081/95, 3644/89, 6619/88, 6229/83, 2523/81, 1178/80, 839/80, 1472/75 e 1394/69).

Esemplificando, sono stati inquadrati nell'ambito della norma in oggetto i gravi difetti riguardanti: la pavimentazione interna ed esterna di una rampa di scala e di un muro di recinzione (sentenza n. 2238/12); opere di pavimentazione e di impiantistica (n. 1608/00); infiltrazioni d'acqua, umidità nelle murature e in generale problemi rilevanti d'impermeabilizzazione (nn. 84/13, 21351/05, 117/00, 4692/99, 2260/98, 2775/97, 3301/96, 10218/94, 13112/92, 9081/92, 9082/91, 2431/86, 1427/84, 6741/83, 2858/83, 3971/81, 3482/81, 6298/80, 4356/80, 206/79, 2321/77, 1606/76 e 1622/72); un ascensore panoramico esterno ad un edificio (n. 20307/11); l'inefficienza di un impianto idrico (n. 3752/07); l'inadeguatezza recettiva d'una fossa biologica (n. 13106/95); l'impianto centralizzato di riscaldamento (nn. 5002/94, 7924/92, 5252/86 e 2763/84); il crollo o il disfacimento degli intonaci esterni dell'edificio (nn. 6585/86, 4369/82 e 3002/81, 1426/76); il collegamento diretto degli scarichi di acque bianche e dei pluviali discendenti con la condotta fognaria (n. 5147/87); infiltrazioni di acque luride (n. 2070/78).

Se ne ricava, inconfutabile nella sua oggettività, un dato di fatto.

Nell'economia del ragionamento giuridico sotteso ai casi sopra menzionati, che fa leva sulla compromissione del godimento dell'immobile secondo la sua propria destinazione, è del tutto indifferente che i gravi difetti riguardino una costruzione interamente nuova. La circostanza che le singole fattispecie siano derivate o non dall'edificazione primigenia di un fabbricato non muta i termini logico-giuridici dell'operazione ermeneutica compiuta in ormai quasi mezzo secolo di giurisprudenza, perchè non preordinata al (nè dipendente dal) rispetto dell'una o dell'altra opzione esegetica in esame. Spostando l'attenzione sulle componenti non strutturali del risultato costruttivo e sull'incidenza che queste possono avere sul complessivo godimento del bene, la giurisprudenza ha mostrato di porsi dall'angolo visuale degli elementi secondari ed accessori. Questo non implica di necessità propria che si tratti della prima realizzazione dell'immobile, essendo ben possibile che l'opus oggetto dell'appalto consista e si esaurisca in questi stessi e soli elementi. Ferma tale angolazione, a fortiori deve ritenersi che ove l'opera

appaltata consista in un intervento di più ampio respiro edilizio (come, appunto, una ristrutturazione), quantunque non in una nuova costruzione, *l'art. 1669 c.c.*, sia ugualmente applicabile.

In conclusione, considerare anche gli elementi "secondari" ha significato distogliere il *focus* dal momento "fondativo" dell'opera per direzionarlo sui "gravi difetti" di essa; per desumere i quali è stato necessario indagare altro, vale a dire l'aspetto funzionale del prodotto conseguito.

5. - Come la previsione dei "gravi difetti" dell'opera sia il risultato d'un progressivo allontanamento del precetto dal suo nucleo originario, lo dimostra la storia della norma.

Derivata dall'art. 1792 del codice napoleonico (il quale stabiliva che "*Si l'edifice construit a prix fait, perit en tout ou en partie par le vice de la construction, meme par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont roonsables pendant dix ans*"), essa così recitava sotto *l'art. 1639 c.c.* del 1865: "Se nel corso di dieci anni dal giorno in cui fu compiuta la fabbricazione di un edificio o di altra opera notevole, l'uno o l'altra rovina in tutto o in parte, o presenta evidente pericolo di rovinare per difetto di costruzione o per vizio del suolo, l'architetto e l'imprenditore ne sono responsabili". Rispetto all'ascendente francese, la norma aveva, dunque, aggiunto un *quid pluris* (cioè le altre opere notabili e il pericolo di rovina). Ma - si noti - aveva mantenuto inalterato il soggetto della seconda proposizione subordinata ("...l'uno o l'altra..."), cioè l'edificio, cui appunto aveva aggiunto "altra opera notevole".

Un ulteriore e consapevole passo in avanti è stato operato dal codice civile del 1942, il quale prevede che quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per la loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purchè sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta.

Si legge nella relazione del Guardasigilli (par. 704): "Innovando poi al codice del 1865 si è creduto di non dover limitare la sfera di applicazione della norma in questione alle sole ipotesi di rovina di tutto o parte dell'opera o di evidente pericolo di rovina, ma si è estesa la garanzia anche alle ipotesi in cui l'opera presenti gravi difetti. Naturalmente questi difetti devono essere molto gravi, oltre che riconoscibili al momento del collaudo, e devono incidere sempre sulla sostanza e sulla stabilità della costruzione, anche se non minacciano immediatamente il crollo di tutta la costruzione o di una parte di essa o non importano evidente pericolo di rovina. Non vi è dubbio che la giurisprudenza farà un'applicazione cauta di questa estensione, in conseguenza del carattere eccezionale della responsabilità dell'appaltatore". (Il riferimento alla riconoscibilità dei gravi difetti al momento del collaudo è, ad evidenza, un fuor d'opera. Concessa per un decennio, la garanzia *ex art. 1669 c.c.* copre anche e soprattutto i gravi difetti che si manifestino soltanto in progresso di tempo).

Come si è visto, però, la postulata eccezionalità *dell'art. 1669 c.c.*, non è valsa ad arginarne l'applicazione. Chiamata a dotare il sintagma "gravi difetti" di un orizzonte di senso, la giurisprudenza ha ovviamente seguito l'unica strada percorribile, quella di stemperare la vaghezza del concetto giuridico al calore dei fatti.

5.1. - Il mutamento di prospettiva nel codice del 1942 è evidente per due ragioni. La prima, d'ordine logico, è che la nozione di "gravi difetti" per la sua ampiezza è omogenea a qualunque opera, edilizia e non, per cui meglio si presta al riferimento, del pari generico, alle altre cose immobili. In secondo luogo, e l'argomento è di indole letterale, mentre nel testo del 1865 il

soggetto della seconda proposizione subordinata era l'edificio o altra opera notevole ("l'uno o l'altra"), nella frase che vi corrisponde *nell'art. 1669 c.c.*, il soggetto diviene "l'opera", nozione che rimanda al risultato cui è tenuto l'appaltatore (*art. 1655 c.c.*). E dunque qualsiasi opera su di un immobile destinato a lunga durata, a prescindere dal fatto che, ove di natura edilizia, essa consista o non in una nuova fabbrica.

Ben si comprende, allora, che nell'ampliare il catalogo dei casi di danno rilevante ai sensi *dell'art. 1669 c.c.*, l'aggiunta dei "gravi difetti" ha comportato per trascinamento l'estensione dell'area normativa della disposizione, includendovi qualsiasi opera immobiliare che (per traslato) sia di lunga durata e risulti viziata in grado severo per l'inadeguatezza del suolo o della costruzione. Ne è seguita, coerente nel suo impianto complessivo, l'interpretazione teleologica fornita dalla giurisprudenza, che è andata oltre l'originaria visione *dell'art. 1669 c.c.*, come norma di protezione dell'incolumità pubblica, valorizzando la non meno avvertita esigenza che l'immobile possa essere goduto ed utilizzato in maniera conforme alla sua destinazione.

Completano e confermano la validità di tale esito ermeneutico, l'irrazionalità (non conforme ad un'interpretazione costituzionalmente orientata) di un trattamento diverso tra fabbricazione iniziale e ristrutturazione edilizia, questa non diversamente da quella potendo essere foriera dei medesimi gravi pregiudizi; e la pertinente osservazione (v. la richiamata sentenza n. 22553/15) per cui costruire, nel suo significato corrente (oltre che etimologico) implica non l'edificare per la prima volta e dalle fondamenta, ma l'assemblare tra loro parti convenientemente disposte (*cum struere*, cioè ammassare insieme).

6. - Così ricomposta (la storia e) l'esegesi della norma, il vincolo letterale su cui l'interpretazione restrittiva *dell'art. 1669 c.c.* pretende di fondarsi perde la propria base logico-giuridica. Infatti, riferire l'opera alla "costruzione" e questa a un nuovo fabbricato, inteso quale presupposto e limite della responsabilità aggravata dell'appaltatore (come ritiene Cass. n. 24143/07), non sembra possibile proprio dal punto di vista letterale.

Si noti che nel testo della norma il sostantivo "costruzione" rappresenta un *nomen actionis*, nel senso che sta per "attività costruttiva"; e non potrebbe essere altrimenti, visto che se esso valesse (come mostra d'intendere la sentenza appena citata) quale specificazione riduttiva del soggetto (l'opera) della (terza, nel testo vigente) proposizione subordinata, si avrebbe una duplicazione di concetti ad un tempo inutile e fuorviante. Inoltre, il supposto impiego sinonimico di "costruzione" quale nuovo edificio, porterebbe a intendere la norma come se affermasse che l'opera può rovinare per difetto suo proprio.

Lettura criptica, questa, che restituirebbe inalterato all'interprete il problema ermeneutico, dovendosi stabilire cosa sia il vizio proprio di un'opera; salvo convenire che esso è quello che deriva (da un vizio del suolo o) dal difetto di costruzione, così confermandosi che quest'ultimo sostantivo allude, appunto, all'attività dell'appaltatore.

Non senza aggiungere che supponendo la tesi qui non condivisa, a) sarebbe stato ben più logico un diverso *incipit* della norma (e cioè, "Quando si tratta (della costruzione) di edifici..."); e b) il termine "costruzione" risulterebbe irriferribile agli altri immobili di lunga durata, pure contemplati *dall'art. 1669 c.c.*, per i quali, paradossalmente, questa sarebbe applicabile solo se rovina, evidente pericolo di rovina o gravi difetti dipendessero da vizio del suolo, cioè da una soltanto delle due cause ivi indicate (e, per soprammercato, proprio quella che *naturaliter* fa pensare alle opere murarie).

Ancora. Incentrando l'interpretazione *dell'art. 1669 c.c.*, sul concetto di "costruzione" quale nuova edificazione, diverrebbe (se non automatico, almeno) spontaneo il rinvio al concetto normativo di costruzione così come elaborato dalla giurisprudenza di questa Corte in materia di distanze. E, in effetti, Cass. n. 24143/07 sembra presupporlo lì dove afferma (cosa in sé condivisibile) che la norma in commento ricomprende la sopraelevazione, la quale è costruzione nuova ed autonoma rispetto all'edificio sopraelevato. Ma è una tematica del tutto estranea, quella *dell'art. 873 c.c.* e ss., il rimando alla quale sortirebbe effetti contraddittori e inaccettabili anche per la tesi seguita dal citato precedente, sol che si consideri che ai fini delle distanze è costruzione un balcone (v. sentenza n. 18282/16), ma non la ricostruzione fedele, integrale e senza variazioni plano-volumetriche di un edificio preesistente (v. ordinanza S.U. n. 21578/11 e sentenza n. 3391/09).

6.1. - Non meno controvertibile l'altro argomento - la specialità o l'eccezionalità della norma - utilizzato dall'interpretazione restrittiva *dell'art. 1669 c.c.*, per escluderne l'applicazione analogica.

In disparte il fatto che (i) solo di specialità potrebbe trattarsi, nel senso che la responsabilità aggravata prevista da detta disposizione è speciale rispetto al regime ordinario del risarcimento del danno per colpa ai sensi *dell'art. 1668 c.c.*, comma 1; che (ii) tale specialità si è già attenuata fortemente allorchè la giurisprudenza di questa Corte ha ammesso, oltre all'azione risarcitoria, quella di riduzione del prezzo, di condanna specifica all'eliminazione dei difetti dell'opera e di risoluzione, che costituiscono il contenuto della garanzia ordinaria cui è tenuto l'appaltatore (per l'affermativa, che sembra ormai consolidata, cfr. nn. 815/16, 8140/04, 8294/99, 10624/96, 1406/89 e 2763/84; contra, le più risalenti sentenze nn. 2954/83, 2561/80 e 1662/68); e che (iii) l'analogia serve a disciplinare ciò che non è positivizzato, non a riposizionare i termini di una regolamentazione data; tutto ciò a parte, quanto fin qui considerato dimostra come *l'art. 1669 c.c.*, includa a pieno titolo gli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata, la cui potenziale incidenza tanto sulla rovina o sul pericolo di rovina quanto sul normale godimento del bene non opera in modo dissimile dalle ipotesi di edificazione *ex novo*. Pertanto, la pur indubbia specialità della protezione di lunga durata accordata al committente (protezione che resiste anche al collaudo: cfr. Cass. nn. 7914/14, 1290/00 e 4026/74), non interferisce con la questione in oggetto.

7. - Poco o punto rilevante, e dunque non decisiva ai fini in esame, la natura *extracontrattuale* della responsabilità *ex art. 1669 c.c.* - con carattere di specialità rispetto alla previsione generale *dell'art. 2043 c.c.* - costantemente affermata dalla giurisprudenza (tanto che Cass. nn. 4035/17 e 1674/12 hanno escluso che la relativa controversia possa rientrare nell'ambito della clausola che si limiti a compromettere in arbitri le liti nascenti da un contratto d'appalto). Tutt'altro che monolitica, invece, è al riguardo la dottrina.

Ammessa anche dalle sentenze nn. 24143/07 e 10658/15, che come detto escludono l'applicazione *dell'art. 1669 c.c.*, alle ipotesi di riparazioni o modificazioni, la tesi della natura *extracontrattuale* di detta responsabilità; qualificata come *ex lege* (cfr. Cass. n. 261/70 e il brano della relazione al c.c. del 1942 riportato *supra* al paragrafo 5) e prevista per ragioni di ordine pubblico e di tutela dell'incolumità personale dei cittadini, quindi, inderogabile e irrinunciabile (v. Cass. n. 81/00), ha anch'essa origini remote, essendo stata altrettanto costantemente affermata dalla giurisprudenza sotto l'impero del c.c. del 1865 a partire dagli anni venti del XX secolo. Ciò allo scopo di riconoscere l'azione risarcitoria anche agli acquirenti del costruttore-

venditore, essendo invalsa già in allora, con lo sviluppo delle attività edilizie, l'unificazione delle due figure.

7.1. - Ai limitati fini che qui rilevano può solo osservarsi che, come sopra detto, la categoria dei gravi difetti tende a spostare il baricentro *dell'art. 1669 c.c.*, dall'incolumità dei terzi alla compromissione del godimento normale del bene, e dunque da un'ottica pubblicistica ed aquiliana ad una privatistica e contrattuale. Oltre a ciò, va considerata la maggior importanza che sul tema della tutela dei terzi ha assunto, invece, l'esperienza dell'appalto pubblico; l'esplicito riconoscimento dell'azione anche agli aventi causa del committente (i quali possono agire anche contro il costruttore-venditore: fra le tante, v. Cass. nn. 467/14, 9370/13 e 2238/12 e 4622/02), il che ha privato del suo principale oggetto la teoria della responsabilità *extracontrattuale ex art. 1669 c.c.*; i più recenti approdi della dottrina sull'efficacia *ultra partes* del contratto; e - da ultima, ma non ultima - la possibilità che tale efficacia operi in favore dei terzi nei casi previsti dalla legge (art. 1372 cpv. c.c.). Tutto ciò rende ormai meno attuale il tema della natura *extracontrattuale* della responsabilità di cui *all'art. 1669 c.c.*, che se non ha esaurito la propria funzione storica (per difetto di rilevanza non è questa la sede per appurarlo), di sicuro ha perso l'originaria centralità che aveva nell'interpretazione della norma.

8. - Per le considerazioni svolte l'unico motivo di ricorso deve ritenersi fondato. Conseguente la cassazione della sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Ancona, che nel decidere il merito si atterrà al seguente principio di diritto: "l'*art. 1669 c.c.*, è applicabile, ricorrendone tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti, che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest'ultimo".

9. - Al giudice di rinvio è rimessa, ai sensi *dell'art. 385 c.p.c.*, comma 3, anche la statuizione sulle spese del presente giudizio di cassazione.

P. Q. M.

La Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Ancona, che provvederà anche sulle spese di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 10 gennaio 2017.

Depositato in Cancelleria il 27 marzo 2017.

**POSIZIONE SOSTANZIALE DEL BENEFICIARIO DEL TRUST E SUA
LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE: IL BENEFICIARIO È LITISCONSORTE
NECESSARIO?**

(Relatore: Francesco Galluzzo)

Cass., 3 Agosto 2017, n. 19376

La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo, 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. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori del debitore siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dal creditore per sentire dichiarare l'inefficacia dell'atto con il quale il primo abbia costituito alcuni beni di sua proprietà in fondo patrimoniale.

FATTO

1. Con la sentenza impugnata, pubblicata il 16 gennaio 2015, la Corte d'appello di Bologna, ha rigettato l'appello proposto da C.R. ed F.A. nei confronti della Cassa di Risparmio di Forlì e della Romagna S.P.A. contro la sentenza del Tribunale di Forlì, con la quale era stata accolta la domanda avanzata dall'istituto di credito nei confronti dei coniugi C. - F. per la dichiarazione di inefficacia, ai sensi dell'art. 2901 c.c., del fondo patrimoniale costituito con atto a rogito notaio B. in data 3 aprile 2007, trascritto in data 27 aprile 2007, e del trust, avente ad oggetto gli stessi beni immobili del fondo patrimoniale, costituito in data 14 luglio 2008 con atto a rogito notaio R., trascritto in data 18 luglio 2008, con affidamento dei beni, in qualità di *trustee*, ad F.A..

Con la sentenza di primo grado era stata anche rigettata la domanda riconvenzionale dei convenuti di risarcimento danni, patrimoniali e non patrimoniali, nei confronti dell'istituto di credito attore.

1.1. La Corte d'appello ha rigettato il motivo col quale era dedotto il difetto di integrità del contraddittorio per la mancata chiamata in giudizio delle figlie dei coniugi C. - F.. Nel merito, ha ritenuto: la natura gratuita di entrambi gli atti oggetto di revocatoria; l'esistenza del credito in favore della banca nei confronti del C. già in epoca anteriore alla costituzione del fondo patrimoniale e del trust (quanto alle obbligazioni di garanzia assunte come fideiussore in favore della società Tecnocostruzioni srl, alla quale la banca aveva concesso delle aperture di credito); la consapevolezza da parte del debitore dell'esistenza del debito e del pregiudizio arrecato alle ragioni dell'istituto creditore. Inoltre, ha riscontrato l'insorgenza di un ulteriore credito della banca personalmente nei confronti del C. - relativo alla concessione di un mutuo per Euro 362.000,00 - dopo la costituzione del fondo patrimoniale, ed ha confermato la valutazione del Tribunale sul fatto che si trattasse di un'operazione dolosamente preordinata alla sottrazione dei beni alla garanzia dei creditori. Ha perciò concluso per il rigetto del gravame e la conferma della sentenza appellata, anche relativamente al rigetto della domanda riconvenzionale dei convenuti, poi appellanti, con condanna di questi al pagamento delle spese del grado.

2. Contro la sentenza, C.R. e F.A. propongono ricorso per cassazione con undici motivi.

La Cassa di Risparmio di Forlì e della Romagna S.P.A. si difende con controricorso.

DIRITTO

1. Col primo motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione dell'art. 102 c.p.c., per la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti dei beneficiari del fondo patrimoniale e del trust. I ricorrenti insistono nell'evidenziare la differenza tra i due istituti, negata invece dal giudice d'appello anche ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati passivamente; ancora, sostengono che il fondo patrimoniale, nel caso di specie, sarebbe stato costituito per adempiere ad "un dovere morale del *solvens*" nei confronti delle figlie, all'epoca entrambe minorenni ed economicamente non autonome, sicché queste ultime avrebbero avuto titolo a contraddire in giudizio. Concludono che, essendo state violate le norme sul contraddittorio, l'intero giudizio sarebbe affetto da nullità.

1.1. Col secondo motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 102 e 354 c.p.c., per ragioni analoghe a quelle già esposte col primo motivo, sostenendosi che la Corte d'appello sarebbe incorsa in *error in procedendo* per non avere rilevato il difetto del contraddittorio, con rinvio della causa al primo giudice. I ricorrenti prospettano questa eventualità come subordinata al mancato accoglimento del primo motivo, per il quale assumono che dovrebbe essere dichiarata la nullità dell'intero giudizio, senza alcuna restituzione nei gradi di merito.

2. I motivi non meritano di essere accolti.

Quanto alla legittimazione passiva nel giudizio per azione revocatoria dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, l'orientamento di questa Corte è quello espresso dal precedente richiamato in sentenza, per il quale "La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo, 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. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori del debitore siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dal creditore per sentire dichiarare l'inefficacia dell'atto con il quale il primo abbia costituito alcuni beni di sua proprietà in fondo patrimoniale" (Cass. n. 10641/14; ma cfr. nello stesso senso già Cass. n. 18065/04).

Non vi sono ragioni giuridiche per discostarsi da tale orientamento, né il caso di specie presenta peculiarità tali da rendere inapplicabile la regola che ne risulta.

2.1. Quanto al trust, occorre premettere che, di norma, esso presuppone un negozio istitutivo, di natura programmatica ed unilaterale, ed uno o più negozi dispositivi, di natura traslativa, in quanto destinati al trasferimento dei beni al *trustee*. Solo questi ultimi sono potenzialmente idonei a pregiudicare le ragioni dei creditori e quindi assoggettabili ad azione revocatoria.

I dati fattuali del caso di specie non sono compiutamente esposti in ricorso, poiché non sono riportati, nemmeno per sintesi, i contenuti essenziali né dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale né dell'atto istitutivo del trust. Dall'illustrazione dei ricorrenti si evince che *trustee* venne nominata F.A. e beneficiarie le figlie della coppia e che vennero conferiti in trust gli stessi beni immobili già confluiti nel fondo patrimoniale, senza che sia specificato in ricorso né risulti che abbia formato oggetto di dibattito nei gradi di merito - il regime proprietario che i beni avevano acquisito a seguito della costituzione del fondo patrimoniale e, quindi, chi

sia/siano disponente/i del trust (a prescindere dall'osservanza dell'art. 169 c.c.), nè quali siano le facoltà riservate a costui/costoro e quelle riconosciute ai beneficiari.

Ne consegue l'inammissibilità di entrambi i motivi in riferimento alle affermazioni del giudice di merito secondo cui il *trustee* "ha la disponibilità e la gestione dei beni stessi e nessun diritto concreto ed attuale viene conferito al soggetto beneficiario dell'atto, il quale non è legittimato a prendere parte al giudizio (...)" (pag. 5 della sentenza).

Sarebbe stato infatti onere dei ricorrenti dare conto di aver fatto presente al giudice di merito l'esistenza di diritti attuali in capo alle beneficiarie, tali da imporre la loro presenza nel giudizio, nonché evidenziare in ricorso la fonte e la natura di questi diritti.

Nulla è detto quanto al primo profilo, così determinandosi ulteriore ragione di inammissibilità dei motivi.

Quanto al secondo profilo, si sostiene, col primo motivo, che sarebbe "innegabile" che le beneficiarie, cioè le figlie della coppia, avessero "un interesse diretto ed immediato ad intervenire nella vertenza", in quanto aventi "un interesse immediato alla corretta amministrazione del patrimonio separato"; si citano poi delle clausole (art. 27 e art. 28, lett. B, nonché art. 13, lett. A e D), dell'atto, del quale tuttavia non è indicato nemmeno il luogo di reperimento nei fascicoli di parte (pagg. 31-32 del ricorso).

Anche a voler prescindere da tale ultima violazione dell'art. 366 c.p.c., n. 6, le argomentazioni dei ricorrenti non meritano apprezzamento per le ragioni seguenti.

L'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio separato non integra una posizione di diritto soggettivo attuale dei beneficiari.

Nemmeno peraltro questa si evince dalle clausole riportate in ricorso, in quanto attribuiscono ai beneficiari delle facoltà assoggettate a valutazioni discrezionali del *trustee* e, comunque, facoltà non connotate da realtà, essendo previsti potenziali diritti di credito, riconoscibili a richiesta dei beneficiari. In particolare, il tenore di dette clausole non consente di qualificare i beneficiari come attuali beneficiari di reddito, con diritti quesiti (in quanto il riconoscimento è rimesso alla discrezionalità del *trustee*); nè come beneficiari finali, con diritto immediato a ricevere beni del trust (in quanto è prevista la soddisfazione alternativa in denaro).

In conclusione, è corretta la sentenza che ha escluso che i beneficiari del trust siano legittimati passivi dell'azione revocatoria avente ad oggetto i beni del trust, quando non sono titolari di diritti attuali su questi beni. Oltre al debitore, unico legittimato passivo è il *trustee*, in quanto "unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi, non quale legale rappresentante, ma come colui che dispone del diritto" (così, di recente, Cass. n. 2043/17; ma cfr., nello stesso senso, Cass. n. 25478/15), nonché soggetto capace di agire ed essere citato in giudizio ai sensi dell'art. 11 della Convenzione adottata a L'Aja il 1 luglio 1985 ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364.

I primi due motivi di ricorso vanno rigettati.

3. Col terzo motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2901 e 170 c.c. "con riguardo al presupposto soggettivo (*scientia damni* e *consilium fraudis*) del debitore relativamente alla costituzione del fondo patrimoniale volto ad arrecare un significativo pregiudizio alle garanzie del creditore". I ricorrenti sostengono l'inesistenza in capo a C.R. del presupposto soggettivo, sia in riferimento alle aperture di credito in favore della Tecnocostruzioni srl sia in riferimento alla concessione del mutuo in suo favore.

3.1. Col quarto motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione degli *artt. 2901 e 170 c.c.* "con riguardo al presupposto soggettivo (*scientia damni e consilium fraudis*) del debitore relativamente alla costituzione del trust volto ad arrecare un pregiudizio alle garanzie del creditore". I ricorrenti svolgono argomenti analoghi a quelli di cui al precedente motivo, quanto al presupposto soggettivo, ma con riferimento alla istituzione del trust.

3.2. Col quinto motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione *dell'art. 2901 c.c.*, relativamente al presupposto soggettivo in capo ai terzi, familiari beneficiari del fondo patrimoniale, sostenendosene, nel caso di specie, la natura di atto a titolo oneroso. Con la conseguenza, secondo i ricorrenti, che andrebbe verificata la sussistenza del presupposto soggettivo anche in capo alle figlie dei coniugi C. - F., invece non considerate dal giudice d'appello, nemmeno a questi fini. La sentenza sarebbe comunque errata per aver riscontrato esistente il presupposto soggettivo in capo alla F..

3.3. Col sesto motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione *dell'art. 2901 c.c.*, relativamente al presupposto soggettivo in capo ai terzi, *trustee* e beneficiari del trust. I ricorrenti svolgono argomenti analoghi a quelli di cui al motivo precedente, in riferimento all'atto di istituzione del trust, sostenendo anche per questo la natura di atto a titolo oneroso.

4. I motivi, da trattarsi congiuntamente, per ragioni di connessione, non meritano di essere accolti.

Essi sono infondati nella parte in cui assumono che fondo patrimoniale e trust sono stati costituiti con atti aventi natura onerosa.

4.1. Quanto al fondo patrimoniale, è sufficiente richiamare i numerosi precedenti di questa Corte che hanno affermato la natura gratuita dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, non trovando, di regola, contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti, nè tale può essere considerata - contrariamente a quanto assumono i ricorrenti - la finalità di adempimento dei doveri verso la famiglia ed i figli ai sensi degli *artt. 143 e 147 c.c.*, essendo lo strumento liberamente scelto dai disponenti (cfr. Cass. n. 6267/2005, n. 2327/06, n. 16760/10, n. 19029/13 ed altre non massimate).

5. Quanto al trust, va premesso che le finalità e l'assetto di interessi possono essere i più vari, sicchè, per qualificare l'atto istitutivo come gratuito oppure oneroso, occorre verificare il programma posto in concreto.

Nel caso di specie, il giudice di merito ha accertato che la finalità dell'istituzione del trust coincideva in parte con quella già realizzata con la costituzione del fondo patrimoniale ed era quella "di tenere i beni conferiti indenni dalle proprie vicende personali e di conseguenza rendere meno agevole la loro apprensione da parte dei creditori" (pag. 6 della sentenza).

L'accertamento non è significativamente censurato con le deduzioni dei ricorrenti, in quanto volte ad evidenziare come il trust fosse stato istituito per fare fronte alle esigenze di vita e di studio delle figlie (che, contrariamente a quanto affermato in sentenza, non erano affatto all'epoca maggiorenni e del tutto autonome). Da queste stesse deduzioni è dato evincere che si trattò di un trust familiare, privo di finalità solutorie o di altra natura corrispettiva, sicché valgono, quanto alla qualificazione dell'atto come gratuito, le considerazioni già svolte a proposito del fondo patrimoniale. L'istituzione del trust per esigenze familiari, anche qualora effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sè, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti.

Perciò è corretta la sentenza che ha qualificato come gratuiti entrambi gli atti oggetto di revocatoria.

6. Quanto ad ogni altra censura, i motivi sono inammissibili.

Sono irrilevanti, quindi carenti di interesse, le deduzioni, di cui ai motivi quinto e sesto poichè, trattandosi di atti a titolo gratuito, non rileva lo stato soggettivo dei soggetti diversi dal debitore, la cui verifica si impone, ai sensi *dell'art. 2901 c.c.*, comma 1, n. 2, solo qualora si tratti di atti a titolo oneroso.

6.1. Sono inammissibili le deduzioni di cui ai motivi terzo e quarto inerenti il presupposto soggettivo in capo al debitore perché, rispetto ai crediti nascenti dalla fideiussione prestata per le aperture di credito in favore della società, il giudice ha valutato gli elementi di fatto idonei a dimostrare la consapevolezza del C. di pregiudicare le ragioni dell'istituto di credito e, rispetto al credito nascente dal contratto di mutuo stipulato personalmente dal C., il giudice ha valutato gli elementi di fatto idonei a dimostrarne la dolosa preordinazione al fine di pregiudicare il soddisfacimento delle ragioni dei creditori (peraltro rilevante solo rispetto alla costituzione del fondo patrimoniale, essendo il trust successivo alla concessione del mutuo).

Per l'uno e per l'altro dei crediti in contestazione - dei quali il debitore ricorrente non censura, rispettivamente, la posteriorità e l'antiorità rispetto agli atti pregiudizievoli - il giudice ha ritenuto la sussistenza del presupposto soggettivo avvalendosi della prova presuntiva.

Le critiche del debitore ricorrente mirano a sminuire la gravità e la precisione di alcuni degli elementi valutati dal giudice (essere socio di maggioranza della società; esserne il fideiussore delle aperture di credito; essere perciò a conoscenza della situazione patrimoniale di dissesto della società e del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori) e ad attribuire efficacia probatoria a sè favorevole a degli altri elementi (non essere il legale rappresentante della società garantita; esserne garante in proprio, ad asserito riscontro dell'inconsapevolezza del dissesto) nella prospettiva del dolo del debitore, senza considerare che l'elemento soggettivo per l'atto successivo al sorgere del credito è dato dalla mera consapevolezza del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori non essendo necessaria la dolosa preordinazione.

Parimenti inammissibili sono le critiche relative agli elementi valorizzati dal giudice per ritenere questa preordinazione in riferimento al contratto di mutuo (richiesta avanzata alla banca in epoca anteriore alla costituzione del fondo patrimoniale e formalizzazione del mutuo e di ulteriore fideiussione pochi giorni dopo - 11 maggio 2007 - la trascrizione del fondo patrimoniale -27 aprile 2007; tale "da far ritenere che la banca in quel breve lasso temporale non fosse a conoscenza e neppure in grado di verificare l'intervenuta trascrizione dell'atto", pag. 7 della sentenza), cui il debitore ricorrente contrappone fatti non decisivi (essere stato costituito il fondo con atto del 3 aprile 2007, e solo trascritto, per scelta del notaio, il successivo 27 aprile 2007) ovvero personali interpretazioni sul comportamento asseritamente anomalo della banca (che non avrebbe dovuto concedere il mutuo in mancanza di indici di solvibilità).

In proposito, è sufficiente ribadire che allorquando la prova addotta sia costituita da presunzioni - le quali anche da sole possono formare il convincimento del giudice del merito - rientra nei compiti di quest'ultimo il giudizio circa l'idoneità degli elementi presuntivi a consentire illazioni che ne discendano secondo il criterio dell'*"id quod plerumque accidit"*, essendo il relativo apprezzamento sottratto al controllo in sede di legittimità se sorretto da motivazione immune dal vizi logici o giuridici e, in particolare, ispirato al principio secondo il quale i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, richiesti dalla legge, devono essere

ricavati in relazione al complesso degli indizi, soggetti a una valutazione globale, e non con riferimento singolare a ciascuno di questi, pur senza omettere un apprezzamento così frazionato, al fine di vagliare preventivamente la rilevanza dei vari indizi e di individuare quelli ritenuti significativi e da ricomprendere nel suddetto contesto articolato e globale (Cass. n. 26022/11 e n. 12002/17, tra le tante).

Essendo la decisione impugnata conforme a questi principi, sono inammissibili i motivi terzo e quarto che si risolvono nella pretesa di sindacato sull'apprezzamento dei fatti posti a fondamento della prova presuntiva.

6.2. Sono infine inammissibili le deduzioni svolte nei motivi fin qui esaminati relativamente all'ambito applicativo *dell'art. 170 c.c.*. La norma non trova applicazione nel presente giudizio, avente ad oggetto l'azione revocatoria della costituzione del fondo patrimoniale. Essa infatti presuppone l'efficacia della sua costituzione, con conseguente generale impignorabilità dei beni del fondo, salva l'eccezione appunto prevista *dall'art. 170 c.c.*

I motivi terzo, quarto, quinto e sesto vanno rigettati.

7. Col settimo motivo si deduce violazione e falsa applicazione *dell'art. 2901 c.c.*, "con riguardo al presupposto obiettivo della sussistenza di un diritto di credito del revocante verso F.A. (...)", in quanto è accertato in sentenza che quest'ultima non era debitrice dell'istituto di credito attore in revocatoria e questo farebbe venire meno uno dei presupposti dell'azione.

7.1. Il motivo è inammissibile per irrilevanza della questione, atteso che la F. non è stata chiamata in giudizio in qualità di debitrice ma soltanto quale litisconsorte necessaria, in quanto coniuge costituente il fondo patrimoniale (cfr. Cass. n. 1242/12) e soggetto avente la qualifica di trustee (cfr. Cass. n. 2043/17 cit.).

Quanto all'assunto che non sarebbe mai stata chiamata in tale ultima qualità, cui si accenna nella parte finale del motivo, esso è inammissibile poiché pone una questione del tutto nuova, che non risulta aver formato oggetto del dibattito processuale (essendo stato questo, al contrario, connotato dal convincimento della rilevanza della qualifica di *trustee* rivestita dalla F.).

8. Con l'ottavo motivo si deduce violazione delle norme sull'onere probatorio in relazione ai presupposti soggettivi ed oggettivi dell'azione revocatoria.

I ricorrenti sostengono che l'istituto di credito non avrebbe fornito la prova di questi presupposti.

8.1. Il motivo è inammissibile per la parte in cui censura la valutazione dei fatti e delle prove da parte del giudice di merito.

E' infondato per la parte in cui denuncia la violazione *dell'art. 2697 c.c.*, poichè la Corte ha fatto gravare sull'istituto di credito l'onere della prova della sussistenza presupposti soggettivi ed oggettivi nei confronti del debitore, non essendo necessario - come detto - alcun riscontro, nemmeno sotto il profilo soggettivo, della sussistenza di detti presupposti in capo alla F. od a soggetti terzi.

E' infondato, altresì, nella parte in cui sembra sostenere la violazione *dell'art. 2729 c.c.* (norma non indicata in rubrica), poiché comunque gli elementi che il giudice ha posto a fondamento della prova presuntiva sono gravi, precisi e concordanti, e ben valutati, come detto trattando dei motivi terzo e quarto, quanto all'elemento soggettivo in capo al debitore.

Quanto al presupposto oggettivo dell'*eventus damni*, di cui anche si dice in questo ottavo motivo, è sufficiente richiamare le norme *dell'art. 170 c.c.* e degli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja 1 luglio 1985, ratificata con la *L. 16 ottobre 1989, n. 364*, per le quali i beni costituiti

in fondo patrimoniale o conferiti al trust sono impignorabili e sottratti alle ragioni dei creditori dei disponenti e del *trustee*. Non risulta, nè è dedotto in ricorso, che C.R. avesse altri beni immobili su cui l'istituto di credito si sarebbe potuto soddisfare.

L'ottavo motivo va rigettato.

9. Con il nono motivo si deduce omessa pronuncia, ai sensi *dell'art. 360 c.p.c.*, n. 4, perchè la Corte d'appello non si sarebbe pronunciata sul motivo concernente l'abuso del diritto da parte dell'istituto di credito, con riferimento ai principi di correttezza e buona fede, relativi all'esecuzione del contratto.

9.1. Il motivo, anche a voler prescindere dai profili di inammissibilità conseguenti alla genericità ed alla violazione *dell'art. 366 c.p.c.*, n. 4, in punto di indicazione delle norme violate, è infondato quanto alla denuncia di omessa pronuncia.

La Corte d'appello ha pronunciato l'assorbimento di "tutte le altre domande ed eccezioni proposte dalle parti appellanti con riferimento all'azione risarcitoria proposta nei confronti della banca attesa la legittimità dell'azione proposta e del comportamento dalla stessa tenuto" (pag. 7 della sentenza). Siffatta statuizione esclude il vizio di omessa pronuncia, sia perchè si verte in un caso di assorbimento c.d. improprio (cfr., tra le altre, Cass. n. 7663/12), sia perchè l'inciso finale è idoneo a sorreggere la decisione di rigetto della domanda risarcitoria anche a prescindere dall'affermazione di assorbimento.

Il nono motivo va perciò rigettato.

10. Con il decimo motivo si deduce abuso del processo da parte dell'istituto di credito, ai sensi *dell'art. 88 c.p.c.*.

Il motivo è inammissibile per genericità. Esso non censura le ragioni poste dal giudice di merito a fondamento del rigetto della domanda risarcitoria, di cui si è detto trattando del nono motivo. Piuttosto, pone direttamente a questa Corte la questione impropriamente qualificata come di abuso del processo, ma riferita a comportamenti *extraprocessuali* e *processuali* della controparte, sui quali non è esercitabile alcun sindacato diretto in sede di legittimità (anche quanto all'asserita violazione *dell'art. 88 c.p.c.*, poichè evidentemente non riferita dai ricorrenti all'instaurando giudizio di cassazione).

11. Con l'undicesimo motivo si deduce violazione e/o falsa applicazione "delle norme di diritto relativamente al principio del contraddittorio *ex artt. 100 e 101 c.p.c.*", riproponendo, in termini assolutamente generici e svincolati dalla sentenza impugnata, questioni sostanzialmente analoghe a quelle ritenute infondate trattando dei primi due motivi di ricorso.

In conclusione, il ricorso va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater*, sussistono i presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna i ricorrenti, in solido, al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 6.000,00, per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi del *D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, il 15 giugno 2017.

Depositato in Cancelleria il 3 agosto 2017.

II. PERSONE E FAMIGLIA

I PATTI IN VISTA DEL DIVORZIO

(Relatore: Mauro Grondona)

Cass., 30 Gennaio 2017, n. 2224

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 accordi 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. (Nella specie, la S.C. ha escluso che la dazione di una somma di denaro alla moglie, pattuita in sede di separazione, possa assumere anche la valenza di anticipazione dell'assegno divorzile, così da condurre alla revoca della relativa previsione).

FATTO

1 - Con sentenza depositata in data 13 dicembre 2013 il Tribunale di Milano dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto dai signori S.G. e V.P.E.E., ponendo a carico del primo un assegno divorzile di Euro 3.300,00, oltre al pagamento, nella misura del 75 per cento, del mutuo contratto per l'acquisto della casa coniugale di via Donizetti; dichiarava altresì lo S. tenuto al mantenimento diretto del figlio A., nato il (OMISSIS) e a versare alla *ex* moglie, a titolo di contributo per il mantenimento del figlio C.M., un assegno di Euro 4.100 mensili, oltre al 50 per cento delle spese sanitarie, scolastiche, sportive e formative.

1.1. La corte di appello di Milano, con la sentenza indicata in epigrafe, ha revocato l'assegno disposto in favore della V. ed ha dato atto del conseguimento dell'autosufficienza sul piano economico del figlio A., che vive e lavora a in California; ha ridotto il contributo per il mantenimento di C.M. ad Euro 1.500,00 mensili.

1.2. Quanto all'assegno in favore della V., la Corte distrettuale ha preso le mosse dalla sentenza di separazione intervenuta fra le parti in data 18 aprile 2012, successivamente passata in giudicato, nella quale si dava atto del tenore di vita mantenuto in costanza di matrimonio, con conseguente rigetto delle istanze istruttorie avanzate dalla V. (la quale, in sede di gravame aveva chiesto l'elevazione dell'assegno ad Euro 7.000,00).

1.2.1. Richiamata la natura assistenziale dell'assegno di divorzio, nonché i principi affermati dalla Corte costituzionale nella decisione n. 11 del 2015, la corte di appello ha osservato che in considerazione dei criteri indicati dalla *L. n. 898 del 1970, art. 5*, che fungono da elementi di moderazione dell'assegno spettante all'*ex* coniuge, tali aspetti, complessivamente considerati,

conducevano ad accogliere il gravame proposto in via incidentale dallo S. e, quindi a revocare l'assegno.

1.2.2. È stato in particolare osservato che, tenuto conto della durata del matrimonio, della capacità patrimoniale dei coniugi, nonché del contributo personale della V., alla stessa avrebbe dovuto attribuirsi un assegno pari ad Euro 2.000,00 mensili. Sennonché doveva rilevarsi che, come risultava dalla sentenza di separazione, lo S. aveva versato alla moglie nell'anno 2006 la somma di Euro 1.934.922, ragion per cui doveva ritenersi che in tal modo il predetto avesse inteso corrispondere alla stessa "quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento ed assegno divorzile", dovendosi considerare che il predetto importo, per la sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent'anni, persino la richiesta di un assegno divorzile pari ad Euro 7.000,00 mensili.

1.3. Quanto al figlio C.M., si è dato atto che lo stesso aveva abbandonato gli studi universitari e si era messo alla ricerca di un lavoro: a tale carenza di indipendenza sul piano economico doveva corrispondere un contributo pari ad Euro 1.500,00 mensili, determinato sulla base della retribuzione media di un laureato al primo impiego.

1.4. Per la cassazione di tale decisione la signora V. propone ricorso, affidato a sette motivi, cui lo S. resiste con controricorso, illustrato da memoria.

DIRITTO

2. Con il primo motivo si denuncia la violazione *dell'art. 112 c.p.c.*, per non aver la corte distrettuale, ritenendo erroneamente sussistente detto esame precluso dall'omessa impugnazione della sentenza relativa alla separazione personale dei coniugi, pronunciato in merito alla domanda di assegno divorzile.

3. Con il secondo mezzo si denuncia la violazione *dell'art. 156 c.c.*, e della *L. n. 865 del 1970, art. 5*, per aver ritenuto provato l'atto di disposizione compiuto durante il matrimonio, e, comunque, per avergli attribuito la valenza di corresponsione "una tantum" non solo dell'assegno di separazione, ma anche di quello divorzile.

4. La terza censura ripropone il tema della ritenuta abnormità del valore attribuito alla suddetta dazione - il cui accertamento, in presenza delle contestazioni della signora V., non sarebbe state nemmeno effettuato - senza considerare che, al di là della diversità dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge separato rispetto a quello divorzile, la stessa sentenza di separazione passata in giudicato in data 30 agosto 2012 aveva posto a carico del sig. S., per il mantenimento della moglie, un assegno di 3.000,00 Euro, oltre al pagamento, nella misura del 75 per cento del mutuo relativo all'immobile di via (OMISSIS).

5. Con il quarto motivo si deduce la violazione *dell'art. 345 c.p.c.*, per aver la Corte escluso la produzione di documenti risalenti all'anno 2010, non estendendosi il divieto alle prove costituenti e non essendosi formulato alcun motivato giudizio circa la loro irrilevanza.

6. Il quinto mezzo attiene al vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, concernente la disponibilità in capo all'intimato di somme rilevanti su conti bancari all'estero.

7. Con la sesta censura si denuncia la violazione *dell'art. 155 c.p.c.*, con particolare riferimento al criterio della proporzionalità, in relazione alla determinazione dell'assegno in favore del figlio C..

8. L'ultimo motivo riguarda la revoca dell'assegno già disposto in favore del figlio A., con statuizione in relazione alla quale si sarebbe formato il giudicato.

9. I primi tre motivi, per la loro intima correlazione, possono essere esaminati congiuntamente. Essi risultano fondati, in quanto le giustificazioni di natura giuridica poste alla base dell'esclusione dell'assegno in favore della ricorrente, interpolate da considerazioni di ordine fattuale non sussunte e non sussumibili in un valido quadro normativo di riferimento, si pongono in contrasto con i principi costantemente affermati da questa Corte in materia di assegno in favore del coniuge divorziato.

9.1. Ai sensi della *L. n. 898 del 1970, art. 5*, l'accertamento del diritto all'assegno divorzile deve essere effettuato verificando l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, mentre la liquidazione in concreto dell'assegno, ove sia riconosciuto tale diritto per non essere il coniuge richiedente in grado di mantenere con i propri mezzi detto tenore di vita, va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, valutandosi tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio (cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. 1, 15 maggio 2013, n. 11686; 12 luglio 2007, n. 15611).

Nell'ambito di questo duplice apprezzamento, occorre avere riguardo non soltanto ai redditi ed alle sostanze del richiedente, ma anche a quelli dell'obbligato, i quali assumono rilievo determinante sia ai fini dell'accertamento del livello economico-sociale del nucleo familiare, sia ai fini del necessario riscontro in ordine all'effettivo deterioramento della situazione economica del richiedente in conseguenza dello scioglimento del vincolo.

Per poter determinare lo standard di vita mantenuto dalla famiglia in costanza di matrimonio, occorre infatti conoscerne con ragionevole approssimazione le condizioni economiche, dipendenti dal complesso delle risorse reddituali e patrimoniali di cui ciascuno dei coniugi poteva disporre e di quelle da entrambi effettivamente destinate al soddisfacimento dei bisogni personali e familiari, mentre per poter valutare la misura in cui il venir meno dell'unità familiare ha inciso sulla posizione del richiedente è necessario porre a confronto le rispettive potenzialità economiche, intese non solo come disponibilità attuali di beni ed introiti, ma anche come attitudini a procurarsene in grado ulteriore (cfr. Cass., Sez. 1, 12 luglio 2007, n. 15610; 28 febbraio 2007, n. 4764).

9.2 - In tale contesto, in cui assume rilievo centrale la nozione di "adeguatezza" (sulla quale cfr. Cass., 4 ottobre 2010, n. 20582), la corte territoriale ha valorizzato, in maniera pressoché esclusiva, la circostanza relativa alla dazione della somma di Euro 1.934.922,00 nell'anno 2006, attribuendole la valenza di anticipazione non solo dell'assegno di separazione, ma addirittura di quello di divorzio.

Tale affermazione, oltre a rivelarsi del tutto arbitraria (la qualificazione scaturisce dalla constatazione di "assenza di spiegazioni alternative", avendo per altro la V. contestato la circostanza e lo stesso S. affermato che il versamento sarebbe avvenuto "a fronte dell'impegno di restituire al marito la (OMISSIS)"), contrasta con l'orientamento di questa Corte secondo cui gli accordi preventivi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio sono affetti da nullità. E' stato infatti affermato 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, espresso dall'art. 160 c.c.. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810). E' stato altresì precisato che "gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 8, nel testo di cui alla L. n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "*secundum ius*", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio" (Cass., 10 marzo 2006, n. 5302; v. anche Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777).

Non può omettersi di sottolineare come la pronuncia in esame abbia anche trascurato l'esigenza che l'accordo sulla corresponsione "una tantum", anche ove validamente conseguito (esulano dal presente esame le recenti aperture sugli accordi in vista del divorzio, anche in relazione alle nuove forme processuali, come quella c.d. "congiunta", attraverso le quali la relativa domanda può essere proposta), richiede pur sempre una verifica di natura giudiziale (Cass., 8 marzo 2012, n. 3635; Cass., 7 novembre 1995, n. 9416; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128).

9.3. Pertanto la suddetta attribuzione, ove ritenuta adeguatamente dimostrata, da un lato, dovrebbe costituire un indice delle elevate disponibilità e delle correlate condizioni di vita delle parti in costanza di matrimonio, dall'altro, ove si accerti che tale somma sia ancora rimasta nella disponibilità della ricorrente, potrebbe concorrere all'accertamento delle disponibilità patrimoniali della stessa, da valutarsi nel contesto delle altre consistenze e delle eventuali fonti reddituali (la circostanza che si tratti di casalinga priva di redditi da lavoro dipendente per aver rinunciato a laurearsi e per essersi principalmente dedicata alla famiglia appare sostanzialmente negletta da parte della Corte di appello, che, per altro, sotto tale profilo sembra essersi limitata a una valutazione *ex post*, come se si trattasse di un'obbligazione di risultato: "non sembra che l'azione di coordinamento del personale domestico.. sia stata particolarmente efficiente, a giudicare dai risultati scolastici dei figli"), rapportate, come sopra evidenziato, alla complessiva capacità economica dell'onerato.

9.4. Mette conto di precisare, anche con riferimento agli aspetti di natura probatoria e alla denuncia della violazione dell'art. 2909 c.c., posta in rilievo nella terza censura, che al di là delle abnormi valutazioni sulle sue conseguenze, la dazione in esame è stata desunta dalla decisione con la quale era stata pronunciata la separazione personale dei coniugi ai sensi dell'art. 116 c.p.c., in relazione al quale deve ritenersi operante il principio secondo cui le prove raccolte in altro giudizio fra le stesse o altre parti costituiscono fonti potenzialmente

esclusive del convincimento giudiziale (Cass., 14 maggio 2013, n. 11555; Cass., 6 febbraio 2009, n. 2904; Cass., 11 giugno 2007, n. 13619).

10. il quarto motivo è fondato. Deve in proposito richiamarsi la giurisprudenza di questa Corte secondo cui, nel giudizio di divorzio in appello - che si svolge secondo il rito camerale, l'acquisizione dei mezzi di prova, e segnatamente dei documenti, è ammissibile sino all'udienza di discussione in Camera di consiglio, sempre che sulla produzione si possa considerare instaurato un pieno e completo contraddittorio, che costituisce esigenza irrinunciabile anche nei procedimenti camerale (Cass., 8 giugno 2016, n. 11784; Cass., 20 marzo 2014, n. 6562; Cass., 13 aprile 2012, n. 5876; Cass. 27 maggio 2005, n. 11319). Il giudizio di irrilevanza, poi, risulta espresso in termini talmente assertivi ("non se ne vede la rilevanza") da non poter costituire una ragione autonoma della statuizione.

11. Fondata risulta anche la successiva censura. La corte distrettuale, focalizzando la propria attenzione esclusivamente sulla disponibilità patrimoniale che la V. avrebbe conseguito nell'anno 2006, ha completamente omesso di valutare le condizioni economiche dell'onerato (per altro relevantissime, per come indicate nel ricorso: si tratterebbe di un importante imprenditore nel campo della produzione cinematografica, che nell'anno 2010 avrebbe conseguito un reddito di Euro 347.730,00) e quindi, senza per altro esprimere un giudizio sulla completezza delle risultanze già acquisite, non solo ha negletto le circostanze già documentate, ma ha immotivatamente disatteso le istanze di natura istruttoria inerenti alle cospicue disponibilità dello S., emergenti per altro nella citata sentenza di separazione, che la ricorrente, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso, ha riportato in parte qua, e che, pur costituendo detta pronuncia il dato fondante della decisione impugnata, sotto tale profilo sembra sfuggita alla considerazione della corte di appello.

12. Fondato è anche il sesto motivo. La rideterminazione dell'assegno per il concorso del contributo per il mantenimento del figlio C.M. è stata effettuata, da un lato, dando atto che il predetto non ha acquisito l'indipendenza economica, dall'altro giudicando adeguata la somma di Euro 1.500,00 mensili, in quanto "corrispondente, e forse anche superiore, alla retribuzione di un laureato al primo impiego".

12.1. Va premesso che il rilievo del controricorrente fondato sul riferimento, nel ricorso, *all'art. 155 c.c.*, comma 4, in quanto sostituito dal successivo art. 337 ter, non appare condivisibile, in quanto l'erronea indicazione della norma processuale violata nella rubrica del motivo non ne determina "ex se" l'inammissibilità, se la Corte possa agevolmente procedere alla corretta qualificazione giuridica del vizio denunciato sulla base delle argomentazioni giuridiche ed in fatto svolte dal ricorrente a fondamento della censura, in quanto la configurazione formale della rubrica del motivo non ha contenuto vincolante, ma è solo l'esposizione delle ragioni di diritto della impugnazione che chiarisce e qualifica, sotto il profilo giuridico, il contenuto della censura (Cass., 3 agosto 2012, n. 14026; Cass., 29 agosto 2013, n. 19882).

12.2. Il riferimento al reddito medio di un giovane laureato comporta la totale disapplicazione del principio di proporzionalità e dei criteri normativi stabiliti per la determinazione dell'assegno, con particolare riferimento alle esigenze attuali del figlio, al tenore di vita dallo stesso goduto in costanza di convivenza con i genitori, ai tempi di permanenza e alle risorse dei genitori stessi.

13. Sussiste, infine, il vizio di *extra-petizione* denunciato con l'ultimo motivo: a fronte della rinuncia della madre tendente al pagamento "indiretto" dell'assegno per il mantenimento del

figlio A., la revoca dell'assegno tout court, che il padre avrebbe dovuto versare direttamente allo stesso, non richiesta da alcuna delle parti, è priva di qualsiasi giustificazione.

14. L'impugnata decisione, pertanto, deve essere cassata, con rinvio alla Corte di appello di Milano che, in diversa composizione, applicherà i principi sopra richiamati, provvedendo altresì, al regolamento delle spese processuali relative al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie per quanto di ragione il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione.

Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati significativi.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 15 luglio 2016.

Depositato in Cancelleria il 30 gennaio 2017.

TENORE DI VITA MATRIMONIALE E PRINCIPIO DI AUTORESPONSABILITÀ: INCONCILIABILITÀ O RESILIENZA?

(Relatori: Elena Bargelli - Carlo Rimini)

Cass., 10 maggio 2017, n. 11504

Il riconoscimento dell'assegno divorzile, nella fase del giudizio in punto *an debeat*, prescinde dal parametro di riferimento al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; estinguendosi il rapporto matrimoniale per effetto della sentenza di status divorzile, sia sul piano personale, sia su quello economico-patrimoniale, una tale garanzia per il coniuge economicamente più debole collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto e con i suoi effetti giuridici, incarnando una illegittima ultrattività del vincolo matrimoniale in mera prospettiva economico-patrimoniale; diversamente, l'assegno di divorzio che può essere riconosciuto all'*ex* coniuge, come persona singola e non già come ancora parte di un rapporto matrimoniale estinto, di natura eminentemente assistenziale, è informato soltanto al criterio dell'inadeguatezza dei mezzi ed alla coincidente condizione soggettiva dell'impossibilità a procurarsi per ragioni obiettive in rispetto del canone di autoreponsabilità dei singoli, da intendersi in mera prospettiva di indipendenza od autosufficienza economica a condurre una esistenza libera e dignitosa, secondo il canone di residuale solidarietà postconiugale esigibile in virtù della pregressa vita comune, a tenore degli artt. 2 e 23 Cost.; sia la prima fase di giudizio, in punto *an debeat*, che la seconda in punto quantum, ispirato ugualmente al parametro dell'aiuto esigibile in prospettiva del raggiungimento dell'indipendenza od autosufficienza personale del già coniuge svantaggiato e tenuto conto degli altri criteri indicati nell'art. 5 legge sul divorzio (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione), presuppone la puntuale e pertinente allegazione, nonché l'assolvimento del relativo onere probatorio di tutti tali elementi, ed in primo luogo di non possedere mezzi adeguati e di non essere in grado di procurarsi, da parte del coniuge che propone la domanda

FATTO

1. - Il Tribunale di Milano ha dichiarato lo scioglimento del matrimonio, contratto nel (OMISSIS), tra G.V. e L.L.C. ed ha respinto la domanda di assegno divorzile proposta da quest'ultima.
2. - Il gravame della L. è stato rigettato dalla Corte d'appello di Milano, con sentenza 27 marzo 2014.
 - 2.1. - La Corte, avendo ritenuto che il luogo di residenza della L. (convenuta nel giudizio) fosse a (OMISSIS), ha rigettato l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Milano, a favore del Tribunale di Roma, ove era la residenza o il domicilio del ricorrente G., da essa sollevata sul presupposto della propria residenza all'estero, a norma della L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 4, comma 1; ha ritenuto poi non dovuto l'assegno divorzile in favore della L., non avendo questa dimostrato l'inadeguatezza dei propri redditi ai fini della conservazione del tenore di vita matrimoniale, stante l'incompletezza della documentazione reddituale da essa prodotta, in una situazione di fatto in cui l'altro coniuge aveva subito una contrazione reddituale successivamente allo scioglimento del matrimonio.

3. - Avverso questa sentenza la L. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi, cui si è opposto il G. con controricorso. Le parti hanno presentato memorie *ex art. 378* cod. proc. civ.

DIRITTO

1. - Con il primo motivo la ricorrente ha denunciato la violazione della L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 1, per avere la Corte d'appello affermato la competenza per territorio del Tribunale di Milano, essendo invece competente il Tribunale di Roma, ove era la residenza o il domicilio del ricorrente G., essendo la convenuta residente all'estero.

1.1. - Il motivo è infondato.

Premesso che, contrariamente a quanto sostenuto dal G., la questione della competenza è stata riproposta in appello e che su di essa, quindi, non si è formato il giudicato, la sentenza impugnata ha ragionevolmente valorizzato quanto dichiarato dalla L. (convenuta nel giudizio) nell'atto di appello, e in altri atti giudiziari, circa la sua residenza a (OMISSIS), che corrispondeva a quanto risultava dalle certificazioni anagrafiche, giudicando irrilevante la diversa indicazione, resa all'udienza presidenziale, di essere residente a (OMISSIS), luogo quest'ultimo rientrando pur sempre nella competenza del Tribunale di Milano; inoltre, ha adeguatamente argomentato in ordine a (la mancanza di prova della residenza all'estero della L., ritenendo inidonea a tal fine la mera disponibilità da parte della medesima di un'abitazione negli Stati Uniti).

La decisione impugnata è, pertanto, conforme al principio enunciato da questa Corte - che va ribadito -, secondo cui la domanda di scioglimento del matrimonio civile o di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario va proposta, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 1, (nel testo introdotto dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, art. 2, comma 3-*bis*, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, art. 1, comma 1), quale risultante a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale (sentenza n. 169 del 2008), al tribunale del luogo di residenza o domicilio del coniuge convenuto, salva l'applicazione degli ulteriori criteri previsti in via subordinata dalla medesima norma (Cass. ord. n. 15186 del 2014).

2. - Con il secondo motivo la L. ha denunciato la violazione e falsa applicazione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, per avere la Corte milanese negato il suo diritto all'assegno sulla base della circostanza che lo stesso G. non avesse mezzi adeguati per conservare l'alto tenore di vita matrimoniale, dando rilievo decisivo alla riduzione dei suoi redditi rispetto all'epoca della separazione, mentre avrebbe dovuto prima verificare la indisponibilità, da parte dell'*ex* coniuge richiedente, di mezzi adeguati a conservare il tenore di vita matrimoniale o la sua impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive.

Con il terzo motivo la L. ha denunciato vizio di motivazione, per avere omesso di considerare elementi probatori rilevanti al fine di dimostrare la sussistenza del diritto all'assegno.

Con il quarto motivo la ricorrente ha denunciato la violazione degli artt. 112 e 132 c.p.c., per avere i giudici di merito escluso il diritto all'assegno, disconoscendo la rilevanza della sperequazione tra le situazioni reddituali e patrimoniali degli *ex* coniugi e dando erroneamente rilievo agli accordi raggiunti in sede di separazione che, al contrario, indicavano la disparità economica tra le parti e la mancanza di autosufficienza economica della L..

2.1. - Tali motivi sono infondati.

Si rende, tuttavia, necessaria, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 4, la correzione della motivazione in diritto della sentenza impugnata, il cui dispositivo - come si vedrà (cfr. infra, sub n. 2.6) - è conforme a diritto, in base alle considerazioni che seguono.

Una volta sciolto il matrimonio civile o cessati gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio religioso - sulla base dell'accertamento giudiziale, passato in giudicato, che "la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3" (cfr. artt. 1 e 2, mai modificati, nonché la L. n. 898 del 1970, art. 4, commi 12 e 16) -, il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente sul piano sia dello status personale dei coniugi, i quali devono perciò considerarsi da allora in poi "persone singole", sia dei loro rapporti economico-patrimoniali (art. 191 c.c., comma 1) e, in particolare, del reciproco dovere di assistenza morale e materiale (art. 143 c.c., comma 2), fermo ovviamente, in presenza di figli, l'esercizio della responsabilità genitoriale, con i relativi doveri e diritti, da parte di entrambi gli *ex* coniugi (cfr. art. 317 c.c., comma 2, e da artt. 337-*bis* a 337-*octies* c.c.).

Perfezionatasi tale fattispecie estintiva del rapporto matrimoniale, il diritto all'assegno di divorzio - previsto dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, nel testo sostituito dalla L. n. 74 del 1987, art. 10 - è condizionato dal previo riconoscimento di esso in base all'accertamento giudiziale della mancanza di "mezzi adeguati" dell'*ex* coniuge richiedente l'assegno o, comunque, dell'impossibilità dello stesso "di procurarseli per ragioni oggettive".

La piana lettura di tale comma 6 dell'art. 5 - "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive" - mostra con evidenza che la sua stessa "struttura" prefigura un giudizio nitidamente e rigorosamente distinto in due fasi, il cui oggetto è costituito, rispettivamente, dall'eventuale riconoscimento del diritto (fase dell'*an debeatur*) e - solo all'esito positivo di tale prima fase - dalla determinazione quantitativa dell'assegno (fase del *quantum debeatur*).

La complessiva ratio della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, (diritto condizionato all'assegno di divorzio e - riconosciuto tale diritto determinazione e prestazione dell'assegno) ha fondamento costituzionale nel dovere inderogabile di "solidarietà economica" (art. 2, in relazione all'art. 23, Cost.), il cui adempimento è richiesto ad entrambi gli *ex* coniugi, quali "persone singole", a tutela della "persona" economicamente più debole (cosiddetta "solidarietà post-coniugale"): sta precisamente in questo duplice fondamento costituzionale sia la qualificazione della natura dell'assegno di divorzio come esclusivamente "assistenziale" in favore dell'*ex* coniuge economicamente più debole (art. 2 Cost.) - natura che in questa sede va ribadita -, sia la giustificazione della doverosità della sua "prestazione" (art. 23 Cost.).

Sicché, se il diritto all'assegno di divorzio è riconosciuto alla "persona" dell'*ex* coniuge nella fase dell'*an debeatur*, l'assegno è "determinato" esclusivamente nella successiva fase del *quantum debeatur*, non già "in ragione" del rapporto matrimoniale ormai definitivamente

estinto, bensì "in considerazione" di esso nel corso di tale seconda fase (cfr. l'incipit del comma 6 dell'art. 5 cit.: "(...) il tribunale, tenuto conto (...)", avendo lo stesso rapporto, ancorché estinto pure nella sua dimensione economico-patrimoniale, caratterizzato, anche sul piano giuridico, un periodo più o meno lungo della vita in comune ("la comunione spirituale e materiale") degli *ex* coniugi.

Deve, peraltro, sottolinearsi che il carattere condizionato del diritto all'assegno di divorzio - comportando ovviamente la sua negazione in presenza di "mezzi adeguati" dell'*ex* coniuge richiedente o delle effettive possibilità "di procurarseli", vale a dire della "indipendenza o autosufficienza economica" dello stesso - comporta altresì che, in carenza di ragioni di "solidarietà economica", l'eventuale riconoscimento del diritto si risolverebbe in una locupletazione illegittima, in quanto fondata esclusivamente sul fatto della "mera preesistenza" di un rapporto matrimoniale ormai estinto, ed inoltre di durata tendenzialmente sine die: il discrimine tra "solidarietà economica" ed illegittima locupletazione sta, perciò, proprio nel giudizio sull'esistenza, o no, delle condizioni del diritto all'assegno, nella fase dell'*an debeatur*. Tali precisazioni preliminari si rendono necessarie, perchè non di rado è dato rilevare nei provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto l'assegno di divorzio una indebita commistione tra le due "fasi" del giudizio e tra i relativi accertamenti che, essendo invece pertinenti esclusivamente all'una o all'altra fase, debbono per ciò stesso essere effettuati secondo l'ordine progressivo normativamente stabilito.

2.2. - Tanto premesso, decisiva è, pertanto - ai fini del riconoscimento, o no, del diritto all'assegno di divorzio all'*ex* coniuge richiedente -, l'interpretazione del sintagma normativo "mezzi adeguati" e della disposizione "impossibilità di procurarsi mezzi adeguati per ragioni oggettive" nonchè, in particolare e soprattutto, l'individuazione dell'indispensabile "parametro di riferimento", al quale rapportare l'"adeguatezza-inadeguatezza" dei "mezzi" del richiedente l'assegno e, inoltre, la "possibilità-impossibilità" dello stesso di procurarseli.

Ribadito, in via generale - salve le successive precisazioni (v., infra, n. 2.4) -, che grava su quest'ultimo l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni cui è subordinato il riconoscimento del relativo diritto, è del tutto evidente che il concreto accertamento, nelle singole fattispecie, dell'"adeguatezza-inadeguatezza" di "mezzi" e della "possibilità-impossibilità" di procurarseli può dar luogo a due ipotesi: 1) se l'*ex* coniuge richiedente l'assegno possiede "mezzi adeguati" o è effettivamente in grado di procurarseli, il diritto deve essergli negato tout court; 2) se, invece, lo stesso dimostra di non possedere "mezzi adeguati" e prova anche che "non può procurarseli per ragioni oggettive", il diritto deve essergli riconosciuto.

E' noto che, sia prima sia dopo le fondamentali sentenze delle Sezioni Unite nn. 11490 e 11492 del 29 novembre 1990 (cfr. *ex plurimis*, rispettivamente, le sentenze nn. 3341 del 1978 e 4955 del 1989, e nn. 11686 del 2013 e 11870 del 2015), il parametro di riferimento - al quale rapportare l'"adeguatezza-inadeguatezza" dei "mezzi" del richiedente - è stato costantemente individuato da questa Corte nel "tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, o che poteva legittimamente e ragionevolmente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio stesso, fissate al momento del divorzio" (così la sentenza delle S.U. n. 11490 del 1990, pag. 24).

Sull'attuale rilevanza del "tenore di vita matrimoniale", come parametro "condizionante" e decisivo nel giudizio sul riconoscimento del diritto all'assegno, non incide - come risulterà chiaramente alla luce delle successive osservazioni - la mera possibilità di operarne in concreto un bilanciamento con altri criteri, intesi come fattori di moderazione e diminuzione di una somma predeterminata in astratto sulla base di quel parametro.

A distanza di quasi ventisette anni, il Collegio ritiene tale orientamento, per le molteplici ragioni che seguono, non più attuale, e ciò lo esime dall'osservanza dell'art. 374 c.p.c., comma 3.

A) Il parametro del "tenore di vita" - se applicato anche nella fase dell'*an debeat* - collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici: infatti, come già osservato (*supra*, sub n. 2.1), con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale - a differenza di quanto accade con la separazione personale, che lascia in vigore, seppure in forma attenuata, gli obblighi coniugali di cui all'art. 143 cod. civ. -, sicchè ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo sia pure limitatamente alla dimensione economica del "tenore di vita matrimoniale" ivi condotto - in una indebita prospettiva, per così dire, di "ultrattività" del vincolo matrimoniale.

Sono oltremodo significativi al riguardo: 1) il brano della citata sentenza delle Sezioni Unite n. 11490 del 1990, secondo cui "(...) è utile sottolineare che tutto il sistema della legge riformata (...) privilegia le conseguenze di una perdurante (...) efficacia sul piano economico di un vincolo che sul piano personale è stato disciolto (...)" (pag. 38); 2) l'affermazione della "funzione di riequilibrio" delle condizioni economiche degli *ex* coniugi attribuita da tale sentenza all'assegno di divorzio: "(...) poichè il giudizio sull'*an* del diritto all'assegno è basato sulla determinazione di un quantum idoneo ad eliminare l'apprezzabile deterioramento delle condizioni economiche del coniuge che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio (...), è necessaria una determinazione quantitativa (sempre in via di massima) delle somme sufficienti a superare l'inadeguatezza dei mezzi dell'avente diritto, che costituiscono il limite o tetto massimo della misura dell'assegno" (pagg. 24-25: si noti l'evidente commistione tra gli oggetti delle due fasi del giudizio).

B) La scelta di detto parametro implica l'omessa considerazione che il diritto all'assegno di divorzio è eventualmente riconosciuto all'*ex* coniuge richiedente, nella fase dell'*an debeat*, esclusivamente come "persona singola" e non già come (ancora) "parte" di un rapporto matrimoniale ormai estinto anche sul piano economico-patrimoniale, avendo il legislatore della riforma del 1987 informato la disciplina dell'assegno di divorzio, sia pure per implicito ma in modo inequivoco, al principio di "autoresponsabilità" economica degli *ex* coniugi dopo la pronuncia di divorzio.

C) La "necessaria considerazione", da parte del giudice del divorzio, del preesistente rapporto matrimoniale anche nella sua dimensione economico-patrimoniale ("(...) il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio (...)") è normativamente ed esplicitamente prevista soltanto per l'eventuale fase del giudizio avente ad oggetto la determinazione dell'assegno

(*quantum debeat*), vale a dire - come già sottolineato - soltanto dopo l'esito positivo della fase precedente (*an debeat*), conclusasi cioè con il riconoscimento del diritto all'assegno.

D) Il parametro del "tenore di vita" induce inevitabilmente ma inammissibilmente, come già rilevato (cfr., *supra*, sub n. 2.1), una indebita commistione tra le predette due "fasi" del giudizio e tra i relativi accertamenti.

E' significativo, al riguardo, quanto affermato dalle Sezioni Unite, sempre nella sentenza n. 11490 del 1990: "(...) lo scopo di evitare rendite parassitarie ed ingiustificate proiezioni patrimoniali di un rapporto personale sciolto può essere raggiunto utilizzando in maniera prudente, in una visione ponderata e globale, tutti i criteri di quantificazione *supra* descritti, che sono idonei ad evitare siffatte rendite ingiustificate, nonchè a responsabilizzare il coniuge che pretende l'assegno, imponendogli di attivarsi per realizzare la propria personalità, nella nuova autonomia di vita, alla stregua di un criterio di dignità sociale (...)".

E) Le menzionate sentenze delle Sezioni Unite del 1990 si fecero carico della necessità di contemperamento dell'esigenza di superare la concezione patrimonialistica del matrimonio "inteso come "sistemazione definitiva", perchè il divorzio è stato assorbito dal costume sociale" (così la sentenza n. 11490 del 1990) con l'esigenza di non turbare un costume sociale ancora caratterizzato dalla "attuale esistenza di modelli di matrimonio più tradizionali, anche perchè sorti in epoca molto anteriore alla riforma", con ciò spiegando la preferenza accordata ad un indirizzo interpretativo che "meno traumaticamente rompe(ss) con la passata tradizione" (così ancora la sentenza n. 11490 del 1990). Questa esigenza, tuttavia, si è molto attenuata nel corso degli anni, essendo ormai generalmente condiviso nel costume sociale il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità, nonchè come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita, in quanto tale dissolubile (matrimonio che - oggi - è possibile "sciogliere", previo accordo, con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile, a norma del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, art. 12, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, art. 1, comma 1).

Ed è coerente con questo approdo sociale e legislativo l'orientamento di questa Corte, secondo cui la formazione di una famiglia di fatto da parte del coniuge beneficiario dell'assegno divorzile è espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del rischio di una eventuale cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale da parte dell'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo (cfr. le sentenze nn. 6855 del 2015 e 2466 del 2016). In proposito, un'interpretazione delle norme sull'assegno divorzile che producano l'effetto di procrastinare a tempo indeterminato il momento della recisione degli effetti economico-patrimoniali del vincolo coniugale, può tradursi in un ostacolo alla costituzione di una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare, in violazione di un diritto fondamentale dell'individuo (cfr. Cass. n. 6289/2014) che è ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Cedu (art. 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 9). Si deve quindi ritenere che non sia configurabile un interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'*ex* coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale. L'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile come detto - non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli *ex* coniugi, ma il raggiungimento della indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione - esclusivamente - assistenziale dell'assegno divorzile.

F) Al di là delle diverse opinioni che si possono avere sulla rilevanza ermeneutica dei lavori preparatori della L. n. 74 del 1987 (che inserì nell'art. 5 il fondamentale riferimento alla mancanza di "mezzi adeguati" e alla "impossibilità di procurarseli") in senso innovativo (come sosteneva una parte della dottrina che imputava alla giurisprudenza precedente di avere favorito una concezione patrimonialistica della condizione coniugale) o sostanzialmente conservativo del precedente assetto (si legga in tal senso il brano della sentenza delle Sezioni Unite n. 11490/1990 che considerava non giustificato "l'abbandono di quella parte dei criteri interpretativi adottati in passato per il giudizio sull'esistenza del diritto all'assegno"), non v'è dubbio che chiara era la volontà del legislatore del 1987 di evitare che il giudizio sulla "adeguatezza dei mezzi" fosse riferito "alle condizioni del soggetto pagante" anziché "alle necessità del soggetto creditore": ciò costituiva "un profilo sul quale, al di là di quelle che possono essere le convinzioni personali del relatore, qui irrilevanti, si è realizzata la convergenza della Commissione" (cfr. intervento del relatore, sen. N. Lipari, in Assemblea del Senato, 17 febbraio 1987, 561a sed. pom., resoconto stenografico, pag. 23). Nel giudizio sull'*an debeat*, infatti, non possono rientrare valutazioni di tipo comparativo tra le condizioni economiche degli *ex* coniugi, dovendosi avere riguardo esclusivamente alle condizioni del soggetto richiedente l'assegno successivamente al divorzio.

Le osservazioni critiche sinora esposte non sono scalfite: a) nè dalla sentenza della Corte costituzionale n. 11 del 2015, che ha sostanzialmente recepito l'orientamento in questa sede non condiviso, senza peraltro prendere posizione sulla sostanza delle censure formulate dal giudice rimettente, riducendo quella sollevata ad una mera questione di "erronea interpretazione" della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, e omettendo di considerare che, in una precedente occasione, nell'escludere la completa equiparabilità del trattamento economico del coniuge divorziato a quello del coniuge separato, aveva affermato che "(...) basterebbe rilevare che per il divorziato l'assegno di mantenimento non è correlato al tenore di vita matrimoniale" (sentenza n. 472 del 1989, n. 3 del Considerato in diritto); b) e neppure dalle disposizioni di cui al comma 9 dello stesso art. 5 - secondo cui: "I coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria" -, in quanto il parametro dell'"effettivo tenore di vita" è richiamato esclusivamente al fine dell'accertamento dell'effettiva consistenza reddituale e patrimoniale dei coniugi: infatti - se il primo periodo è dettato al solo fine di consentire al presidente del tribunale, nell'udienza di comparizione dei coniugi, di dare su base documentale "i provvedimenti temporanei e urgenti (anche d'ordine economico) che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole" (art. 4, comma 8) -, il secondo periodo invece, che presuppone la "contestazione" dei documenti prodotti (concernenti i rispettivi redditi e patrimoni), nell'affidare al "tribunale" le relative "indagini", cioè l'accertamento di tali componenti economico-fiscali, richiama il parametro dell'"effettivo tenore di vita" al fine, non già del riconoscimento del diritto all'assegno di divorzio al "singolo" *ex* coniuge che lo fa valere ma, appunto, dell'accertamento circa l'attendibilità di detti documenti e dell'effettiva consistenza dei rispettivi redditi e patrimoni e, quindi, del "giudizio comparativo" da effettuare nella fase del *quantum debeat*. È significativo, al riguardo, che il

riferimento agli elementi del "reddito" e del "patrimonio" degli *ex* coniugi è contenuto proprio nella prima parte del comma 6 dell'art. 5 relativa a tale fase del giudizio.

2.3. - Le precedenti osservazioni critiche verso il parametro del "tenore di vita" richiedono, pertanto, l'individuazione di un parametro diverso, che sia coerente con le premesse.

Il Collegio ritiene che un parametro di riferimento siffatto - cui rapportare il giudizio sull'"adeguatezza-inadeguatezza" dei "mezzi" dell'*ex* coniuge richiedente l'assegno di divorzio e sulla "possibilità-impossibilità "per ragioni oggettive"" dello stesso di procurarseli - vada individuato nel raggiungimento dell'"indipendenza economica" del richiedente: se è accertato che quest'ultimo è "economicamente indipendente" o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il relativo diritto.

Tale parametro ha, innanzitutto, una espressa base normativa: infatti, esso è tratto dal vigente art. 337-septies, primo comma, cod. civ. - ma era già previsto dall'art. 155-quinquies, comma 1, inserito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 1, comma 2, - il quale, recante "Disposizioni in favore dei figli maggiorenni", stabilisce, nel primo periodo: "Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico".

La legittimità del richiamo di questo parametro - e della sua applicazione alla fattispecie in esame - sta, innanzitutto, nell'analogia *legis* (art. 12, comma 2, primo periodo, delle disposizioni sulla legge in generale) tra tale disciplina e quella dell'assegno di divorzio, in assenza di uno specifico contenuto normativo della nozione di "adeguatezza dei mezzi", a norma della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, trattandosi in entrambi i casi, *mutatis mutandis*, di prestazioni economiche regolate nell'ambito del diritto di famiglia e dei relativi rapporti.

In secondo luogo, il parametro della "indipendenza economica" - se condiziona negativamente il diritto del figlio maggiorenne alla prestazione ("assegno periodico") dovuta dai genitori, nonostante le garanzie di uno *status filiationis* tendenzialmente stabile e permanente (art. 238 cod. civ.) e di una specifica previsione costituzionale (art. 30, comma 1) che riconosce anche allo stesso figlio maggiorenne il diritto al mantenimento, all'istruzione ed alla educazione -, a maggior ragione può essere richiamato ed applicato, quale condizione negativa del diritto all'assegno di divorzio, in una situazione giuridica che, invece, è connotata dalla perdita definitiva dello status di coniuge - quindi, dalla piena riacquisizione dello status individuale di "persona singola" - e dalla mancanza di una garanzia costituzionale specifica volta all'assistenza dell'*ex* coniuge come tale. Nè varrebbe obiettare che l'art. 337-ter c.c., comma 4, n. 2, (corrispondente all'art. 155 c.c., comma 4, n. 2, nel testo sostituito dalla citata L. n. 54 del 2006, art. 1, comma 1) fa riferimento al "tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori": tale parametro si riferisce esclusivamente al figlio minorenni e ai criteri per la determinazione ("quantificazione") del contributo di "mantenimento", inteso *lato sensu*, a garanzia della stabilità e della continuità dello *status filiationis*, indipendentemente dalle vicende matrimoniali dei genitori.

In terzo luogo, a ben vedere, anche la ratio dell'art. 337-septies c.c., comma 1, - come pure quella della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, alla luce di quanto già osservato (cfr., *supra*, sub n. 2.2) - è ispirata al principio dell'"autoresponsabilità economica". A tale riguardo, è estremamente significativo quanto affermato da questa Corte con la sentenza n. 18076 del 2014, che ha escluso l'esistenza di un obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti

economicamente (nella specie, entrambi ultraquarantenni), ovvero di un diritto all'assegnazione della casa coniugale di proprietà del marito, sul mero presupposto dello stato di disoccupazione dei figli, pur nell'ambito di un contesto di crisi economica e sociale: "(...) La situazione soggettiva fatta valere dal figlio che, rifiutando ingiustificatamente in età avanzata di acquisire l'autonomia economica tramite l'impegno lavorativo, chieda il prolungamento del diritto al mantenimento da parte dei genitori, non è tutelabile perché contrastante con il principio di autoresponsabilità che è legato alla libertà delle scelte esistenziali della persona (...)".

Tale principio di "autoresponsabilità" vale certamente anche per l'istituto del divorzio, in quanto il divorzio segue normalmente la separazione personale ed è frutto di scelte definitive che ineriscono alla dimensione della libertà della persona ed implicano per ciò stesso l'accettazione da parte di ciascuno degli *ex* coniugi - irrilevante, sul piano giuridico, se consapevole o no - delle relative conseguenze anche economiche.

Questo principio, inoltre, appartiene al contesto giuridico Europeo, essendo presente da tempo in molte legislazioni dei Paesi dell'Unione, ove è declinato talora in termini rigorosi e radicali che prevedono, come regola generale, la piena autoresponsabilità economica degli *ex* coniugi, salve limitate - anche nel tempo - eccezioni di ausilio economico, in presenza di specifiche e dimostrate ragioni di solidarietà.

In questa prospettiva, il parametro della "indipendenza economica" è normativamente equivalente a quello di "autosufficienza economica", come è dimostrato - tenuto conto della derivazione di tale parametro dall'art. 337-septies c.c., comma 1 - dal citato D.L. n. 132 del 2014, art. 12, comma 2, laddove non consente la formalizzazione della separazione consensuale o del divorzio congiunto dinanzi all'ufficiale dello stato civile "in presenza (...) di figli maggiorenni (...) economicamente non autosufficienti".

2.4. - E' necessario soffermarsi sul parametro dell'"indipendenza economica", al quale rapportare l'"adeguatezza-inadeguatezza" dei "mezzi" dell'*ex* coniuge richiedente l'assegno di divorzio, nonché la "possibilità-impossibilità "per ragioni oggettive"" dello stesso di procurarseli.

Va preliminarmente osservato al riguardo, in coerenza con le premesse e con la stessa nozione di "indipendenza" economica, che: a) il relativo accertamento nella fase dell'*an debeatur* attiene esclusivamente alla persona dell'*ex* coniuge richiedente l'assegno come singolo individuo, cioè senza alcun riferimento al preesistente rapporto matrimoniale; b) soltanto nella fase del *quantum debeatur* è legittimo procedere ad un "giudizio comparativo" tra le rispettive "posizioni" (*lato sensu* intese) personali ed economico-patrimoniali degli *ex* coniugi, secondo gli specifici criteri dettati dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, per tale fase del giudizio.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che i principali "indici" - salvo ovviamente altri elementi, che potranno eventualmente rilevare nelle singole fattispecie - per accertare, nella fase di giudizio sull'*an debeatur*, la sussistenza, o no, dell'"indipendenza economica" dell'*ex* coniuge richiedente l'assegno di divorzio - e, quindi, l'"adeguatezza", o no, dei "mezzi", nonché la possibilità, o no "per ragioni oggettive", dello stesso di procurarseli possono essere così individuati:

1) il possesso di redditi di qualsiasi specie; 2) il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* "imposti" e del costo della vita nel luogo

di residenza ("dimora abituale": art. 43 c.c., comma 2) della persona che richiede l'assegno; 3) le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo; 4) la stabile disponibilità di una casa di abitazione.

Quanto al regime della prova della non "indipendenza economica" dell'*ex* coniuge che fa valere il diritto all'assegno di divorzio, non v'è dubbio che, secondo la stessa formulazione della disposizione in esame e secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione del relativo onere, allo stesso spetta allegare, dedurre e dimostrare di "non avere mezzi adeguati" e di "non poterseli procurare per ragioni oggettive". Tale onere probatorio ha ad oggetto i predetti indici principali, costitutivi del parametro dell'indipendenza economica", e presuppone tempestive, rituali e pertinenti allegazioni e deduzioni da parte del medesimo coniuge, restando fermo, ovviamente, il diritto all'eccezione e alla prova contraria dell'altro (cfr. L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 10).

In particolare, mentre il possesso di redditi e di cespiti patrimoniali formerà normalmente oggetto di prove documentali - salva comunque, in caso di contestazione, la facoltà del giudice di disporre al riguardo indagini officiose, con l'eventuale ausilio della polizia tributaria (L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 9) -, soprattutto "le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale" formeranno oggetto di prova che può essere data con ogni mezzo idoneo, anche di natura presuntiva, fermo restando l'onere del richiedente l'assegno di allegare specificamente (e provare in caso di contestazione) le concrete iniziative assunte per il raggiungimento dell'indipendenza economica, secondo le proprie attitudini e le eventuali esperienze lavorative.

2.5. - Pertanto, devono essere enunciati i seguenti principi di diritto.

Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui alla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, come sostituito dalla L. n. 74 del 1987, art. 10, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi e dell'ordine progressivo tra le stesse stabilito da tale norma:

A) deve verificare, nella fase dell'*an debeatur* - informata al principio dell'"autoresponsabilità economica" di ciascuno degli *ex* coniugi quali "persone singole", ed il cui oggetto è costituito esclusivamente dall'accertamento volto al riconoscimento, o no, del diritto all'assegno di divorzio fatto valere dall'*ex* coniuge richiedente -, se la domanda di quest'ultimo soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di "mezzi adeguati" o, comunque, impossibilità "di procurarseli per ragioni oggettive"), con esclusivo riferimento all'"indipendenza o autosufficienza economica" dello stesso, desunta dai principali "indici" - salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie - del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri *lato sensu* "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza dell'*ex* coniuge richiedente), delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro *ex* coniuge;

B) deve "tener conto", nella fase del *quantum debeatur* - informata al principio della "solidarietà economica" dell'*ex* coniuge obbligato alla prestazione dell'assegno nei confronti dell'altro in quanto "persona" economicamente più debole (artt. 2 e 23 Cost.), il cui oggetto è costituito

esclusivamente dalla determinazione dell'assegno, ed alla quale può accedersi soltanto all'esito positivo della prima fase, conclusasi con il riconoscimento del diritto -, di tutti gli elementi indicati dalla norma ("(...) condizioni dei coniugi, (...) ragioni della decisione, (...) contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, (...) reddito di entrambi (...)"), e "valutare" "tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio", al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno di divorzio; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.).

2.6. - Venendo ai motivi del ricorso, da esaminare congiuntamente alla luce dei principi di diritto poc' anzi enunciati, essi sono infondati.

La sentenza impugnata, nell'escludere il diritto, invocato dalla L., all'attribuzione dell'assegno divorzile, non ha avuto riguardo, in concreto, al criterio della conservazione del tenore di vita matrimoniale, che pure ha genericamente richiamato ma sul quale non ha indagato.

In tal modo, la Corte di merito si è sostanzialmente discostata dall'orientamento giurisprudenziale in questa sede criticato, come rilevato dal P.G., e tuttavia è pervenuta a una conclusione conforme a diritto, avendo ritenuto - in definitiva - che l'attrice non avesse assolto l'onere di provare la sua non indipendenza economica, all'esito di un giudizio di fatto - ad essa riservato - adeguatamente argomentato, dal quale emerge che la L. è imprenditrice, ha un'elevata qualificazione culturale, possiede titoli di alta specializzazione e importanti esperienze professionali anche all'estero e che, in sede di separazione, i coniugi avevano pattuito che nessun assegno di mantenimento fosse dovuto dal G..

La motivazione in diritto della sentenza impugnata dev'essere quindi corretta (come si è detto sub n. 2.1), coerentemente con i principi sopra enunciati (sub n. 2.5, lett. A).

3. - In conclusione, il ricorso è rigettato.

Le spese del presente giudizio devono essere compensate, in considerazione del mutamento di giurisprudenza su questione dirimente per la decisione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio.

Doppio contributo a carico della ricorrente, come per legge.

In caso di diffusione del presente provvedimento, omettere le generalità e gli altri dati identificativi.

Così deciso in Roma, il 10 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 10 maggio 2017.

**BILANCIAMENTO TRA *FAVOR VERITATIS* E STABILITÀ E LEGAMI
FAMILIARI NEL RICONOSCIMENTO TARDIVO: AUDIZIONE DEL FIGLIO
INFRADODICENNE COME MEZZO DI VALUTAZIONE DEL CONCRETO
INTERESSE DEL MINORE**
(*Relatore: Anna Cattaneo*)

Cass., 27 marzo 2017, n. 7762

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, 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. (Nella specie, la S.C. 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).

FATTO

1. Con sentenza in data 18 maggio 2010 il Tribunale di Roma accoglieva la domanda proposta da W.M. nei confronti della sig.ra D.B.C.A., intesa ad ottenere l'autorizzazione, sostitutiva del consenso della convenuta, che lo aveva negato, al riconoscimento della figlia naturale della coppia, D.B.A., nata a (OMISSIS).
2. Accertata la paternità biologica dell'attore, veniva rilevato che il riconoscimento corrispondeva all'interesse della minore, non essendo al riguardo ostativi nè i precedenti contrasti fra i genitori, esclusa per altro la prova certa di un comportamento lesivo dell'attore nei confronti della madre della minore, nè il parere, risultante da una consulenza prodotta dalla convenuta, circa l'insussistenza di idonea capacità genitoriale in capo al W., formulato su base esclusivamente documentale.
3. La Corte di appello di Roma, con sentenza n. 4607 del 2011, pronunciando sul gravame proposto dalla D.B., confermava la decisione di primo grado.
4. Con sentenza del 24 dicembre 2013, n. 28645, questa Corte cassava detta decisione, in relazione alla violazione del principio, disatteso dalla corte distrettuale, inerente alla necessità dell'ascolto della minore.
5. Svoltesi il giudizio di rinvio, nel quale si procedeva, previa nomina, da parte del Collegio, di un curatore speciale della minore, all'audizione della stessa, con la sentenza indicata in epigrafe la Corte di appello di Roma, confermando la sentenza di primo grado, ha affermato che il riconoscimento da parte del W. corrispondeva all'interesse della minore, sia per i vantaggi normalmente connessi alla bigenitorialità, sia per l'arricchimento sotto il profilo affettivo derivante dal rapporto con il genitore, che nel frattempo aveva costituito un nucleo familiare, con due figli, in (OMISSIS), sia per l'assenza di elementi ostativi, da identificarsi con il pericolo di un serio pregiudizio allo sviluppo psicofisico della minore. Sotto tale profilo è stato rilevato che l'accanimento con il quale il W. - la cui paternità risultava dalle prove genetiche svolte nel

primo grado del giudizio - aveva intrapreso varie azioni giudiziarie in relazione alla vicenda in esame, poteva interpretarsi come la manifestazione del desiderio di stabilire una relazione giuridica e affettiva con la figlia, laddove le risalenti condotte violente nei confronti della D.B. non erano significative di una personalità violenta e aggressiva. Nè poteva assumere rilievo la vicenda giudiziaria che aveva coinvolto il W. negli (OMISSIS) per ragioni di natura fiscale, laddove la situazione psicopatologica denunciata non aveva il requisito dell'attualità, essendo stata prodotta dalla madre una relazione non attendibile, in quanto l'esperto che l'aveva redatta non aveva mai esaminato il padre.

6. L'interesse della minore al riconoscimento non poteva essere escluso sulla base delle sue dichiarazioni, di segno contrario, rese in sede di audizione, da attribuirsi ad informazioni errate sulle condotte paterne ed al timore di turbare l'attuale situazione familiare.

E' stata infine esclusa la necessità di una consulenza psicologica sulla personalità del W., in quanto una valutazione dell'effettiva capacità genitoriale dello stesso era riservata alla successiva applicazione del regime di affidamento e all'esercizio delle relative facoltà.

7. Per la cassazione di tale decisione la D.B. propone ricorso, affidato a sette motivi, illustrati da memoria, cui il W. resiste con controricorso.

DIRITTO

1. Con il primo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, degli artt. 80, 101 e 102 c.p.c., nonché dell'art. 24 Cost., la ricorrente sostiene la nullità della nomina del curatore speciale, riservata alla competenza del presidente del tribunale, del minore da parte del collegio.

1.1. Con il secondo mezzo la violazione delle norme sopra indicate, per la medesima ragione, viene prospettata in relazione all'art. 360 c.p.c..

2. Le censure esposte, da esaminarsi congiuntamente, in quanto intimamente correlate, sono infondate.

2.1. Premesso invero, che nessun rilievo risulta avanzato in merito alla fase processuale in cui è stato rilevato il conflitto di interessi fra la madre e la minore, deve richiamarsi il principio, di recente affermato da questa Corte e condiviso dal Collegio (Cass., 13 aprile 2015, n. 7362), secondo cui allorquando l'esigenza della nomina di un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* si manifesti nel corso del giudizio ed in relazione ad esso, la corrispondente istanza deve essere proposta al giudice (monocratico o collegiale nelle ipotesi di cui all'art. 50 *bis* c.p.c.) della causa pendente, a tanto non ostando la riconducibilità alla giurisdizione volontaria del provvedimento di cui all'art. 80 c.p.c..

3. Con il terzo motivo si deduce la violazione dell'art. 250 c.c., comma 4, per non essere stata adeguatamente apprezzata la volontà contraria al riconoscimento espressa dalla minore in sede di audizione.

3.1. Con la quarta censura la violazione della norma sopra indicata viene prospettata in relazione all'affermazione della corte distrettuale concernente la sussistenza - in astratto di un interesse del minore al riconoscimento, anche in assenza del riscontro della sua effettiva sussistenza.

3.2. Il quinto mezzo attiene ancora alla violazione dell'art. 250 c.c., comma 4, sotto il profilo della necessità della valutazione dell'interesse del minore al riconoscimento, anche in considerazione della personalità del richiedente.

3.3. Con il sesto motivo, denunciandosi violazione dell'art. 2697 c.c. e del principio di non contestazione, si afferma che erroneamente nella sentenza impugnata le circostanze dedotte dalla ricorrente circa le violenze e le lesioni subite ad opera del sig. W., il quale per tali fatti avrebbe anche subito un arresto, vengono considerate irrilevanti, in quanto non provate con certezza, ancorchè tali allegazioni non siano state ritualmente contestate.

4. I motivi sopra indicati, che possono esaminarsi congiuntamente, sono fondati nei termini che seguono.

5. La corte distrettuale, richiamando risalenti arresti di legittimità, ha affermato che, in assenza di motivi gravi e irreversibili, pregiudizievoli per lo sviluppo del minore, il mancato riscontro di un interesse del minore al riconoscimento non sarebbe ostativo all'accoglimento della relativa domanda avanzata dal genitore biologico.

In tale modo risulta violato in principio secondo cui, come affermato da questa Corte (in tal senso, già Cass., 25 maggio 1982, n. 3118) e dalla prevalente dottrina, il riconoscimento deve essere effettivamente rispondente all'interesse del figlio, dovendosi in ogni caso considerare superato l'orientamento, al quale la sentenza impugnata sembra aderire, secondo cui il secondo riconoscimento costituisce, in linea di principio, un vantaggio per la prole.

Come ribadito di recente in materia di filiazione, il quadro normativo attuale, come interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti, impone un bilanciamento fra l'esigenza di affermare la verità biologica, anche in considerazione delle "avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini" (così Corte cost. 12 gennaio 2012, n. 7) con l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari, nell'ambito di una sempre maggiore considerazione del diritto all'identità non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatisi all'interno di una famiglia.

Tale bilanciamento, tragiudicato nell'ottica dell'interesse superiore del minore, non può costituire il risultato di una valutazione astratta: in proposito deve richiamarsi il costante orientamento di questa Corte in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di una sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale (Cass., 23 settembre 2015, n. 18817; Cass., 8 novembre 2013, n. 25213; Cass., 19 ottobre 2011, n. 21651; Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 30 maggio 1997, n. 4834; Cass. 24 settembre 1996, n. 8413).

6. In tale quadro l'audizione del minore assume un particolare rilievo: già nella sentenza che disponeva il giudizio di rinvio questa Corte aveva posto in rilievo che nella previsione dell'art. 250 c.c., è considerata "la prima fonte del convincimento del giudice"; di conseguenza "deve essere disposta d'ufficio e la sua omissione determina un vizio del procedimento".

Veniva altresì rilevato che, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, la necessità dell'audizione "costituisce il portato della priorità, nell'ambito della sempre più affermata esigenza dell'audizione del minore in tutti i provvedimenti che lo riguardano (art. 155-sexies c.c.), dell'interesse del figlio minore che non abbia compiuto i sedici anni (ora quattordici), nel procedimento previsto dall'art. 250 c.c., comma 4, al riconoscimento della paternità naturale, come complesso dei diritti che a lui derivano dal riconoscimento stesso, ed in particolare, del diritto all'identità personale nella sua precisa ed integrale dimensione psico-fisica (Cass., 5 giugno 2009, n. 12984)".

6.1. Mette conto di aggiungere che l'esigenza di attribuire rilievo, ai fini del convincimento, a quanto emerso in sede di audizione, deve essere maggiormente avvertita alla luce delle modifiche introdotte all'art. 250 c.c. con la L. 10 dicembre 2012, n. 219, ove si consideri che, ai sensi del novellato comma 2 detta norma, "il riconoscimento del figlio che ha compiuto i quattordici anni non produce effetto senza il suo assenso", il quale, a differenza del rifiuto del consenso da parte dell'altro genitore, non comporta alcuna successiva valutazione in sede giudiziale.

Ne consegue che una volta valutata positivamente la capacità di discernimento della figlia (nella specie la corte di appello ha affermato che "la minore è apparsa un'adolescente matura, consapevole della sua condizione, in grado di interagire adeguatamente con l'interlocutore e di rispondere in maniera ponderata alle domande), il risultato dell'audizione della figlia, che si è opposta decisamente al riconoscimento, avrebbe dovuto essere apprezzato nel contesto della valutazione, in concreto, del suo interesse a realizzarsi nel contesto delle relazioni affettive che consentano uno sviluppo armonico della sua identità sotto il profilo psichico, culturale e relazionale. La minimizzazione delle dichiarazioni della giovane, ancor più grave in presenza del giudizio di maturità pur espresso nella sentenza impugnata, finisce per rendere l'audizione un adempimento meramente formale, così frustrando le ragioni dell'ineludibile attività posta a garantire le esigenze poste in evidenza dalla Corte costituzionale nella nota decisione n. 83 del 2011, nonché nella successiva ordinanza n. 301 dello stesso anno.

Giova ribadire (cfr. Cass., 7 ottobre 2014, n. 21101, in motivazione) che l'imprescindibilità dell'audizione, nei termini sopra delineati, non solo consente di realizzare la presenza nel giudizio dei figli, in quanto parti "sostanziali" del procedimento (Cass., 21 ottobre 2009, n. 22238), ma impone certamente che degli esiti di tale ascolto si tenga conto.

Naturalmente le valutazioni del giudice, in quanto doverosamente orientate a realizzare l'interesse del minore, che può non coincidere con le opinioni dallo stesso manifestate, potranno in tal caso essere difformi (v. anche Cedu 9 agosto 2006, in ric. n. 18249/02): al riguardo si ritiene sussistente un onere di motivazione direttamente proporzionale al grado di discernimento attribuito al minore stesso (Cass., 17 maggio 2012, n. 7773).

7. Il prioritario interesse del minore va in ogni caso temperato con il diritto del genitore che trova tutela nell'art. 30 Cost. e che può essere sacrificato soltanto in presenza del rischio della compromissione dello sviluppo psicofisico del minore (Cass. 3 febbraio 2011, n. 2645; Cass., 3 gennaio 2008, n. 4; Cass., 11 gennaio 2006, n. 395): a tale valutazione globale, da effettuarsi, come già indicato, sulla base delle concrete emergenze di ogni singola vicenda processuale, non si sottrae il vaglio della personalità del richiedente (Cass., 16 novembre 2005, n. 23074), nella misura in cui rifluisce con l'esigenza di uno sviluppo equilibrato del figlio.

7.1. Sotto tale profilo deve esprimersi un giudizio di fondatezza anche in merito alle censure mosse, con il settimo motivo, alle perplessità manifestate nella sentenza impugnata in merito alla veridicità dei fatti dedotti dalla D.B. in merito alla condotta violenta e gravemente lesiva dell'attore, oggetto di specifiche deduzioni (opportunamente trascritte nel ricorso in ossequio al principio di autosufficienza) e non contestate se non nei termini generici che emergono anche dalle trascrizioni riportate nel controricorso. Vale bene ribadire, in proposito, che, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., la parte è tenuta, anche anteriormente alla formale introduzione del principio di "non contestazione" a seguito della modifica dell'art. 115 c.p.c., a prendere posizione, in modo chiaro ed analitico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda, i quali

debbono ritenersi ammessi, senza necessità di prova, ove la parte abbia omissis di elevare alcuna contestazione chiara e specifica (Cass., 6 ottobre 2015, n. 19896).

8. L'ultimo motivo, attinente al regolamento delle spese processuali, rimane all'evidenza assorbito.

9. L'impugnata sentenza va quindi cassata in relazione ai motivi accolti, con rinvio alla Corte d'appello di Roma, che, in diversa composizione, applicherà i principi sopra indicati. Il giudice del rinvio provvederà, altresì, a regolare le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione.

Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omissis le generalità e gli altri dati significativi.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della sezione prima civile, il 30 settembre 2016.
Depositato in Cancelleria il 7 marzo 2017.

L'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO TRA SOLIDARIETÀ E LIBERTÀ

(Relatore: Mauro Tesaro)

Cass., 27 settembre 2017, n. 22602

L'amministrazione di sostegno non può essere istituita nei confronti di chi, pienamente lucido, vi si opponga, sempre che il giudice accerti che i suoi interessi siano comunque tutelati, sia in via di fatto dai familiari che per il sistema di deleghe attivato autonomamente dall'interessato.

FATTO

1. Il Sig. Q.Q.E. ricorre per cassazione, nei confronti della Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Milano (e di quella presso il Tribunale di Busto Arsizio) nonché nei confronti di B.M., amministratore di sostegno del primo, articolando quattordici motivi, avverso il decreto con cui la Corte di Appello di Milano ha confermato l'apertura dell'amministrazione di sostegno, disposta dal giudice tutelare del Tribunale di Busto Arsizio, a favore dell'odierno ricorrente, in accoglimento della richiesta del Sig. Q.A. (qualificatosi figlio dell'amministrato), al contempo dichiarando inammissibili tutte le altre domande proposte dai reclamanti.

2. La Corte distrettuale, infatti, con decreto n.760/2017, ha anzitutto affermato che, a norma dell'art. 417 c.c., il Sig. Q.A. era legittimato a richiedere l'amministrazione di sostegno del genitore in quanto figlio e, nel merito, pur in assenza di una CTU certificativa dell'incapacità del beneficiario, ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'apertura della procedura di amministrazione di sostegno per il Sig. Q.Q.E., sulla base di quanto acquisito agli atti.

2.1. Oltre ad aver rilevato un aspro conflitto intra-familiare, giustificativo della scelta di individuare l'amministratore in una persona estranea all'ambito familiare, la Corte d'Appello, seppur riconoscendo una discrasia fra le eccessive limitazioni alla capacità giuridica del Q., stabilite nel provvedimento del giudice tutelare, di contro ad una sua ancora integra capacità d'intendere, ha ritenuto questa non censurabile in tale sede e ha qualificato l'amministrato come soggetto debole, estremamente esposto allo stress psicofisico e con una condizione fisica tale da imporre il suo accompagnamento quotidiano, per tutte le necessità della vita.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione di legge *ex art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3, in relazione agli artt. 406, 417 e 2697 c.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata con riferimento alla mancata prova in atti della legittimazione a promuovere la procedura da parte del figliastro Q.A..

2. Con il secondo motivo di ricorso (nullità della sentenza o del procedimento *ex art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 4, per violazione dell'art. 112 c.p.c., e art. 111 Cost.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui il giudice a quo omette o solo apparentemente motiva la questione in ordine all'estromissione dal procedimento di Q.A..

2. Con il terzo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione di legge *ex art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3, in relazione al combinato disposto degli artt. 406 e 417 c.c., e artt. 713 e 720 *bis* c.p.c.) il ricorrente lamenta la violazione e/o falsa applicazione delle disposizioni relative alla

partecipazione dei parenti del "beneficiario" al giudizio in quanto essi svolgerebbero una funzione solo consultiva che si esaurirebbe nella prima fase del procedimento.

3. Con il quarto motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione al combinato disposto degli artt. 406 e 417 c.c., e artt. 713 e 720 *bis* c.p.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui, interpretando l'intervento dei parenti in senso ampio, non ravvisa nella partecipazione di Q.A. al procedimento di ads la violazione delle norme a tutela della privacy.

4. Con il quinto motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione agli artt. 720 *bis* e 739 c.p.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui dichiara inammissibili le domande relative alla sostituzione dell'amministratore di sostegno e all'annullamento delle prescrizioni del decreto del giudice tutelare sulla base dell'impossibilità di impugnazione di tale provvedimenti di carattere gestorio.

5. Con il sesto motivo di ricorso (violazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione all'art. 404 c.p.c., ovvero falsa applicazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., e art. 8 C.E.D.U.) il ricorrente censura la decisione impugnata laddove avrebbe legittimato l'apertura dell'amministrazione di sostegno nei confronti di un soggetto non solo capace di intendere, ma anche riluttante alla stessa. In tal modo la decisione sarebbe stata assunta in violazione dei principi di autodeterminazione e rispetto della vita privata e familiare.

6. Con il settimo motivo di ricorso (violazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione all'art. 404 c.p.c., ovvero falsa applicazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno con riferimento all'interesse del beneficiario ovvero al "bene vita" minacciato dall'a.d.s.) il ricorrente censura la decisione impugnata laddove legittimando l'apertura dell'amministrazione di sostegno si sia pronunciata contro il *best interest* del beneficiario così violando uno dei principi guida del procedimento di amministrazione di sostegno.

7. Con l'ottavo motivo di ricorso (violazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione all'art. 404 c.p.c. ovvero falsa applicazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno con riferimento al conflitto endo-familiare individuato quale requisito per l'adozione della misura) il ricorrente censura la decisione impugnata quante volte baserebbe la scelta dell'apertura della procedura di amministrazione di sostegno sulla sussistenza di un conflitto endo-familiare.

8. Con il nono motivo di ricorso (violazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione all'art. 404 c.p.c., ovvero falsa applicazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno con riferimento all'inesistente presupposto dell'incapacità di provvedere ai propri interessi) il ricorrente censura la decisione impugnata laddove non abbia considerato la capacità del Sig. Q.Q.E. di badare ai propri interessi.

9. Con il decimo motivo di ricorso (violazione di legge *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione agli artt. 115 e 116 c.p.c., ovvero travisamento della prova in punto di fragilità psichica) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui, pur riportando correttamente il contenuto di un documento, avrebbe ricavato un'informazione probatoria non esistente. Incorsa in tale errore, la Corte d'appello avrebbe così ritenuto sussistente un presupposto per l'apertura della procedura in realtà non sussistente.

10. Con l'undicesimo motivo di ricorso (violazione di legge *ex art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 5, omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti - carattere "approfondito" dell'esame psicologico e psichiatrico effettuato all'ospedale (OMISSIS) che certifica il pieno possesso delle facoltà psichiche) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui la Corte d'appello, non solo avrebbe errato nel ricavare dalla documentazione la fragilità psichica del Sig. Q.Q.E., ma non avrebbe tenuto conto del certificato medico del (OMISSIS) dell'Ospedale (OMISSIS) attestante l'assenza di particolari alterazioni di natura psicopatologica tali da compromettere la capacità di giudizio.

11. Con il dodicesimo motivo di ricorso (nullità della sentenza o del procedimento *ex art. 360*, comma 1, n.4 c.p.c. per violazione dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia in ordine alla denunciata violazione dell'art. 404 c.c., con riferimento agli artt. 2,13 e 42 Cost., nonché all'art. 8 C.E.D.U.) il ricorrente censura il decreto impugnato laddove avrebbe completamente ignorato la censura avanzata in sede di reclamo in merito alla violazione dei diritti umani di Q.Q.E..

12. Con il tredicesimo motivo di ricorso (nullità della sentenza o del procedimento *ex art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 4, per violazione dell'art. 112 c.p.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui il giudice a quo non si sarebbe pronunciato sulla violazione del diritto al contraddittorio e alla difesa personale nel procedimento.

13. Infine, con il quattordicesimo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione di legge *ex art. 360 c.p.c.*, comma 1, n. 3, in relazione agli artt. 720 *bis* e 739 c.p.c., e art. 408 c.c.) il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui, disattendendo l'indicazione di Q.Q.E. sul nominativo dell'amministrazione di sostegno, non avrebbe precisato quali gravi ragioni sostenessero la designazione di altra persona, per giunta estranea al nucleo familiare.

14. Il primo mezzo di cassazione (con il quale si lamenta la mancata prova, in atti, della legittimazione a promuovere la procedura di amministrazione di sostegno, da parte del "figliastro" dell'amministrato) è fondato.

14.1. Infatti, l'odierno ricorrente aveva (vanamente) rappresentato la carenza della legittimazione ("non è discendente": p. 2 della memoria di costituzione del 3 settembre 2015) e chiesto, nella fase di reclamo, alla Corte territoriale, di verificare quale titolo avesse il sedicente figlio per proporre la domanda di apertura della procedura.

14.2. Ad essa il giudice distrettuale non ha dato alcuna risposta, mentre egli era obbligato ad accertare la qualità (contestata) di figlio dell'amministrando, allo stesso modo di quanto accade per l'erede, ove ne sia contestata la qualità, siccome questa Corte (Sez. U, Sentenza n. 12065 del 2014) ha affermato stabilendo il principio di diritto secondo cui "colui che, assumendo di essere erede di una delle parti originarie del giudizio, intervenga in un giudizio civile pendente tra altre persone, ovvero lo riassuma a seguito di interruzione, o proponga impugnazione, deve fornire la prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., oltre che del decesso della parte originaria, anche della sua qualità di erede di quest'ultima".

14.3. Del resto, il dettato codicistico (art. 406: Soggetti) stabilisce che "il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno può essere proposto dallo stesso soggetto beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, ovvero da uno dei soggetti indicati nell'art. 417" (ossia (art. 417 c.c.: Istanza d'interdizione o di inabilitazione), "l'interdizione o l'inabilitazione possono essere promosse dalle persone indicate negli artt. 414 e 415, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore o curatore ovvero dal pubblico ministero."), così ponendo un

numerus clausus di persone legittimate a promuovere il procedimento, nel cui novero rientrano i parenti ed affini, nei gradi indicati dalla disposizione.

14.4. In tale cerchio di soggetti, muniti del potere di promovimento della speciale procedura, rientrano sicuramente anche il figlio dell'amministrando e i parenti (di quest'ultimo) entro il quarto grado.

14.5. Ebbene, nella specie, la qualità di figlio da parte di Q.A. è stata contestata e sul punto è mancata la pronuncia del giudice del reclamo, sicché la decisione è manchevole e deve essere cassata in parte qua, con rinvio alla stessa Corte territoriale per il suo esame, alla luce del seguente principio di diritto che si enuncia ed al quale il giudice del rinvio deve attenersi:

in tema di amministrazione di sostegno colui che, assumendo, ai sensi dell'art. 406 c.c., di essere legittimato a proporre il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno di una persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trovi nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi -, in caso di specifica contestazione di detta legittimazione, deve fornire la prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., della sua qualità soggettiva ai sensi del combinato disposto dagli artt. 406 e 417 c.c..

15. Con l'accoglimento del primo motivo restano assorbite le doglianze (logicamente subordinate o conseguenti) poste con i mezzi secondo, terzo e quarto.

16. I restanti motivi, infatti, non risultano assorbiti come i tre anzidetti, in quanto, le questioni poste con essi, ove venisse respinta l'eccezione relativa alla legittimazione a promuovere il giudizio da parte di Q.A., nella fase di rinvio, si proporrebbero nuovamente ed esigerebbero di essere esaminate.

16.1. E' quanto questa Corte ha già avuto modo di rilevare, enunciando il seguente principio di diritto, cui deve essere data continuità anche in questa sede:

"l'assorbimento di un motivo di ricorso per cassazione postula che la questione con esso prospettata si presenti incondizionatamente irrilevante, al fine della decisione della controversia, a seguito dell'accoglimento di un altro motivo, e, pertanto, non è configurabile ove la questione stessa possa diventare rilevante in relazione ad uno dei prevedibili esiti del giudizio di rinvio, conseguente alla cassazione della sentenza impugnata per il motivo accolto. In tale ipotesi, quindi, la Suprema Corte deve procedere egualmente all'esame di quel motivo annullando eventualmente la medesima sentenza anche in relazione ad esso, sia pure condizionatamente ad un determinato esito del giudizio di rinvio sulla questione oggetto del motivo principale accolto. (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 1503 del 1978; Sez. 3, Sentenza n. 13259 del 2006; Sez. 3, Sentenza n. 5513 del 2008).

17. Ma tutti i restanti motivi (eccettuati i primi quattro), per l'intrinseca connessione dei profili di doglianza che li caratterizza e per comodità espositiva, possono essere trattati congiuntamente ed accolti nei sensi che si diranno.

17.1. Con essi, l'odierno ricorrente, lamenta che la decisione impugnata:

abbia dichiarato inammissibili le domande relative alla sostituzione dell'amministratore di sostegno e all'annullamento delle prescrizioni del decreto del giudice tutelare sulla base dell'impossibilità di impugnazione di tale provvedimenti di carattere gestorio;

abbia legittimato l'apertura dell'amministrazione di sostegno nei confronti di un soggetto non solo capace di intendere, ma anche riluttante alla stessa (violazione dei principi di autodeterminazione e rispetto della vita privata e familiare);

si sia pronunciata contro il *best interest* del beneficiario così violando uno dei principi guida del procedimento di amministrazione di sostegno;

abbia basato la scelta dell'apertura della procedura di amministrazione di sostegno sulla sussistenza di un conflitto endo-familiare;

non ha considerato la capacità dell'amministrato di badare ai propri interessi e abbia ritenuto sussistente un presupposto per l'apertura della procedura in realtà non sussistente;

abbia errato nel ricavare dalla documentazione la fragilità psichica dell'amministrato, senza tener conto del certificato medico del (OMISSIS) dell'Ospedale attestante l'assenza di particolari alterazioni di natura psicopatologica tali da compromettere la capacità di giudizio;

abbia completamente ignorato la censura avanzata in sede di reclamo in merito alla violazione dei diritti umani del sottoposto alla procedura;

non si sia pronunciata sulla violazione del diritto al contraddittorio e alla difesa personale nel procedimento;

non abbia precisato quali gravi ragioni sostenessero la designazione di altra persona alla funzione di amministratore, per giunta estranea al nucleo familiare.

18. Va qui necessariamente svolta una breve premessa chiarificatrice.

18.1. La finalità cui tende l'amministrazione di sostegno è quella di proteggere le persone fragili, ovvero coloro che si trovano in difficoltà nel gestire le attività della vita quotidiana e i propri interessi, o che addirittura si trovano nell'impossibilità di farlo (art. 1, della Legge istitutiva, n. 6 del 2004: "(...) tutelare (...) le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana").

18.2. Tuttavia, nell'appena menzionato art. 1, si avvertono i destinatari delle prescrizioni normative che la tutela dell'amministrato deve avvenire: "con la minore limitazione possibile della capacità di agire (...)".

18.3. A tal riguardo si è giustamente parlato dell'esistenza di una precisa direttiva di "non mortificare" la persona, da realizzare evitando o riducendo, quanto più possibile, la limitazione della capacità di agire dell'interessato così da non intaccare la dignità personale del beneficiario (art. 2 Cost.), conservandogli il più possibile la capacità di agire.

18.4. Non a caso questa Corte (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 23707 del 2012) ha chiarito che "l'art. 408 c.c., il quale ammette la designazione preventiva dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, è espressione del principio di autodeterminazione della persona, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, ed attribuisce quindi rilievo al rapporto di fiducia interno fra il designante e la persona prescelta, che sarà chiamata ad esprimerne le intenzioni in modo vincolato".

18.5. Tralasciando il caso in cui l'interessato rifiuti il consenso o, addirittura, si opponga alla nomina dell'amministratore di sostegno, (proprio a causa della patologia psichica da cui egli è afflitto, ciò che lo rende inconsapevole del bisogno di essere aiutato e, per tale ragione, riluttante all'ingerenza di altri nella propria quotidianità), diversamente la volontà contraria all'attivazione della misura di sostegno, ove provenga da persona pienamente lucida (come si verifica allorquando la limitazione di autonomia si colleghi ad un impedimento soltanto di natura fisica) non può non essere tenuta in debita considerazione.

18.6. In tali casi, il difficile equilibrio che il giudice chiamato a risolvere il conflitto dovrà trovare, deve essere guidato dalla necessità di privilegiare il rispetto dell'autodeterminazione

dell'interessato, distinguendo il caso in cui la protezione sia già di fatto assicurata in via spontanea dai familiari o dal sistema di deleghe (in precedenza attivato autonomamente dal disabile stesso) da quello in cui la scelta della nomina dell'amministratore di sostegno s'imporrà perchè non vi siano supporti e la riluttanza della persona fragile si fondi su un senso di orgoglio ingiustificato, con il rischio di non dare una adeguata tutela ai suoi interessi.

19. Alla luce di tali premesse, si comprende che le doglianze esposte con i motivi dal quinto al quattordicesimo, risultino fondate in quanto il provvedimento di assoggettamento del ricorrente all'amministrazione di sostegno, *contra voluntatem suam*, non risulta pronunciato esaminando se il sistema delle deleghe attivate dall'amministrando assicuri al medesimo soggetto il perseguimento dei propri interessi, secondo i principi di autodeterminazione e di rispetto della dignità dell'interessato, atteso che la persona risulta, secondo la stessa decisione qui impugnata, pienamente lucida e capace di operare le scelte di vita (benché abbia difficoltà ad esprimerle vocalmente) nonché coniugato e, perciò, anche assistito nelle decisioni e nella vita quotidiana - dal coniuge (per quanto invisibile al promotore del procedimento di amministrazione).

19.1. Infatti, come si è detto:

in tema di amministrazione di sostegno, nel caso in cui l'interessato sia persona pienamente lucida che rifiuti il consenso o, addirittura, si opponga alla nomina dell'amministratore, e la sua protezione sia già di fatto assicurata in via spontanea dai familiari o dal sistema di deleghe (attivato autonomamente dall'interessato), il giudice non può imporre misure restrittive della sua libera determinazione, ove difetti il rischio una adeguata tutela dei suoi interessi, pena la violazione dei diritti fondamentali della persona, di quello di autodeterminazione, e la dignità personale dell'interessato.

19.2. La violazione anche di tale secondo principio di diritto (oltre a quello sopra enunciato al p. 14.5.), che si riconnette ai plurimi profili di doglianza svolti nel ricorso per cassazione, i quali non devono tuttavia essere tutti analiticamente esaminati, essendo il principio enunciato dalla Corte il presupposto di molti di essi nonché la chiave risolutiva delle questioni, se del caso da risolvere sulla base di un "riesame" del materiale probatorio acquisito, comporta la cassazione del decreto impugnato e il rinvio della vertenza alla Corte d'appello di Milano perché, alla luce di esso (oltre che di quello enunciato al p. 14.5.), in diversa composizione, decida nuovamente il caso e regoli le spese di questa fase del giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo, assorbe il secondo, terzo e quarto; accoglie altresì tutti gli altri restanti, per quanto di ragione, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa, anche per le spese di questa fase del giudizio, alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 14 luglio 2017.
Depositato in Cancelleria il 27 settembre 2017.

III. RESPONSABILITÀ CIVILE

GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE E LA RESPONSABILITÀ DEL NOTAIO

(Relatore: Andrea Fusaro)

Cass. 18 maggio 2017, n. 12482

Viola il dovere di informazione e consiglio, ed è tenuto al risarcimento dei conseguenti danni, il notaio che omette di avvertire le parti, determinate a inserire in un contratto preliminare di vendita immobiliare un termine finale di nove anni per la stipula del definitivo, che la relativa trascrizione potrà avere effetto per non più di tre anni.

FATTO

B.C. ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Torino il notaio D.L.N., per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni subiti in occasione della stipula di un contratto preliminare, da lui concluso per sè o per persona da nominare con i coniugi C.V. e Cr.Al. e trascritto ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c., per violazione del "dovere di consiglio". In particolare, ha esposto di essersi rivolto al notaio nel luglio 2002, e di aver pattuito con i promittenti venditori che il rogito notarile per il contratto definitivo avrebbe dovuto eseguirsi entro il 30.6.2011, data in cui sarebbe scaduta l'ultima rata di mutuo che egli s'era accollato. Il notaio avrebbe consigliato di trascrivere il preliminare, assicurandolo circa l'assenza di condizioni pregiudizievoli per la stabilità del futuro acquisto, nonostante il notevole lasso di tempo pattuito con i promittenti. Senonchè, nel 2006, rivoltosi il B. al notaio D.L. per la stipula del contratto definitivo, ci si accorgeva che nelle more, sull'immobile promesso in vendita, era stata iscritta ipoteca in favore di Uniriscossioni; ciò comportava l'impossibilità di procedere al rogito, e la perdita della caparra fruttante ottenuta dal B. da un terzo promissario acquirente, che l'avrebbe sostituito nel contratto definitivo con i coniugi C.. Secondo il B., il notaio avrebbe violato il "dovere di consiglio", non avendolo opportunamente avvertito che la trascrizione del preliminare avrebbe perduto efficacia qualora, entro tre anni, non fosse intervenuto il contratto definitivo.

Il Tribunale di Torino accolse la domanda con sentenza del 27.4.2010, condannando il notaio al risarcimento del danno patito dal B. in misura pari ad Euro 21.690,74 oltre accessori, e rigettò la domanda di garanzia proposta dal notaio D.L. nei confronti della terza chiamata Lloyd's of London per intervenuta prescrizione dei diritti dell'assicurato.

La Corte d'appello di Torino, con sentenza del 9.10.2013, accolse però l'appello proposto dal D.L., assolvendolo dalle domande avanzate dall'odierno ricorrente e condannando quest'ultimo alla restituzione di quanto nelle more ottenuto.

B.C. ricorre ora per cassazione, affidandosi a tre motivi. Gli intimati resistono con controricorso. Sia il ricorrente che il D.L. hanno depositato memoria.

DIRITTO

1.1 - Con il primo motivo, deducendo "Violazione/falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, con riferimento all'art. 1218 c.c., sotto il profilo dell'individuazione della prestazione, dell'inadempimento e dell'onere della prova dell'esatto adempimento", il ricorrente rileva che la Corte d'appello ha ritenuto che non sussistesse uno specifico dovere del notaio di informarlo che la convenzione di un termine così lungo tra contratto preliminare e definitivo avrebbe vanificato la cautela di trascrivere il preliminare, stante l'efficacia triennale della trascrizione, ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c.. La Corte piemontese ha anche osservato che, d'altronde, erano state proprio le parti a pattuire un termine così lungo.

Secondo il ricorrente, al contrario, proprio la pattuizione di un tale termine avrebbe comportato il dovere del notaio di informare i clienti dei vantaggi e degli svantaggi della trascrizione del preliminare. Trattandosi di obbligazione *ex contractu*, secondo il ricorrente, il notaio non ha assolto il relativo onere probatorio, con violazione dell'art. 1218 c.c..

1.2 - Col secondo motivo, deducendo "Violazione/falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, con riferimento all'art. 112 c.p.c.", si censura il passaggio della sentenza impugnata ove si afferma che il notaio non avrebbe comunque potuto garantire una efficacia della trascrizione maggiore del triennio. Sostiene il B. che ciò è palesemente infondato, dal momento che egli, ove correttamente informato, avrebbe potuto decidere se rinnovare la trascrizione, acquistare l'immobile per sè o farlo acquistare ad altri entro il termine triennale di efficacia della trascrizione. Inoltre, secondo il ricorrente, la Corte non avrebbe ben compreso l'oggetto della domanda (risarcimento danni per violazione del "dovere di consiglio"), confondendolo con una diversa questione, ossia quella della garanzia del risultato del preliminare (p. 12 sentenza). Vi sarebbe poi, secondo il ricorrente, anche *extra-petizione*, dal momento che la Corte ha dichiarato d'ufficio l'inammissibilità della prova testimoniale tendente a dimostrare che il notaio aveva assicurato le parti, che trascrivendo il preliminare, si sarebbe "coperto" l'intero periodo di interesse.

1.3 - Infine, col terzo motivo, deducendo "Violazione/falsa applicazione di norme di diritto *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 3, con riferimento all'art. 1176 c.c.", si rileva che la Corte avrebbe ommesso di valutare la diligenza qualificata richiesta al notaio, esaminata limitatamente agli effetti tipici dell'atto (vincolo derivante dal preliminare) e non, invece, avuto riguardo all'interesse complessivamente perseguito dalle parti, che il notaio avrebbe dovuto salvaguardare con "elevata professionalità". La Corte, secondo il ricorrente, avrebbe addossato alle parti ogni conseguenza della pattuizione del termine così lungo, senza minimamente valutare se il notaio fosse stato diligente nell'esecuzione della prestazione richiestagli. Diligenza, peraltro, non provata dal notaio, com'era suo onere.

2.1 - I motivi, da esaminarsi congiuntamente stante l'intima connessione, sono anzitutto ammissibili.

Non colgono infatti nel segno le eccezioni sollevate dai controricorrenti, perchè in primo luogo il B. ha chiaramente indicato le norme che si assumono violate e comunque esse sono pienamente evincibili dal contenuto delle censure (segnatamente, il riferimento alla diligenza professionale richiesta dall'art. 2236 c.c., sebbene non espressamente richiamato); in secondo luogo, dette censure sono del tutto specifiche, essendo ben chiaro quale ne sia il contenuto e quali specifici passaggi della motivazione del giudice d'appello ne siano oggetto; inoltre, esse

non si risolvono affatto in un riesame del merito, nè si ritiene che - in relazione al loro contenuto - fosse necessario rispettare lo specifico disposto dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6), ben potendo prescindere, nello scrutinio del ricorso in questione, dall'esame della documentazione cui il ricorrente fa riferimento e che è all'origine della controversia.

Nella sostanza, infatti, la tesi del B. - fondata sulla pacifica circostanza che tra lui e il notaio sia stato concluso un contratto di prestazione d'opera professionale - si snoda nei seguenti passaggi: a) nell'ambito delle obbligazioni del notaio, figura anche il c.d. "dovere di consiglio"; b) in relazione alle specifiche condizioni pattuite tra le parti (ossia, il lungo ed obiettivamente anomalo termine intercorrente tra la stipula del preliminare e quella del definitivo, nonchè il timore che, stante quanto precede, terzi potessero utilmente aggredire il bene, nelle more della stipula), rientra in detto dovere anche quello di avvertire il promissario acquirente che la mera trascrizione del preliminare lo garantisce per il limitato periodo di un triennio, ai sensi dell'art. 2645 *bis* c.c., comma 3; c) il promissario acquirente B. ha dato prova del titolo e ha allegato l'inadempimento del notaio (ossia, il mancato avvertimento circa le possibili conseguenze pregiudizievoli dell'efficacia solo triennale della trascrizione); d) costituiva a tal punto preciso onere del notaio, nel solco dell'insegnamento di Cass., Sez. Un., n. 13533/2001, provare l'esatto adempimento, il che non era avvenuto.

Quindi, secondo l'impianto impugnatorio del B., la Corte d'appello è incorsa nelle plurime violazioni di legge denunciate, anzitutto nel non rilevare che il notaio non aveva dato la prova cui era tenuto, e comunque nel ritenere che (alla luce delle risultanze istruttorie - da cui risulta che il B. temeva che il promittente venditore fallisse, tanto che lo stesso notaio suggerì di trascrivere il preliminare onde evitare una possibile revocatoria fallimentare - v. interrogatorio formale del D.L., riportato a p. 18 del ricorso) non gravasse sul notaio stesso uno specifico obbligo di informazione, *ut supra*.

3.1 - Le doglianze sono anche fondate.

La Corte piemontese ha anzitutto ritenuto che l'attività del notaio D.L. sia stata improntata a diligenza rispetto alla situazione rappresentatagli, "garantendo con la trascrizione del preliminare la volontà delle parti di creare una barriera a eventuali rivendicazioni di terzi" (v. sentenza impugnata, p. 11); ha poi rilevato (p. 12) che la prestazione sia stata idonea al conseguimento dello scopo dell'atto perseguito dalle parti, tanto è vero che erano state esse stesse a pattuire un così lungo lasso temporale tra contratto preliminare e definitivo.

3.2 - Ora, con specifico riferimento ai doveri deontologici del notaio, questa Corte ha condivisibilmente affermato che il professionista non può limitarsi a procedere al mero accertamento della volontà delle parti e a sovrintendere alla compilazione dell'atto, occorrendo anche che egli si interessi "delle attività preparatorie e successive necessarie ad assicurare la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito" (Cass., Sez. Un. n. 13617/2012). Sempre nel suddetto ambito, è stato anche affermato che il cd. "dovere di consiglio", imposto dall'art. 42, comma 1, lett. a), del codice di deontologia notarile "investe solo le conseguenze giuridiche della prestazione richiesta al professionista, e non pure le circostanze di fatto dell'affare concluso, tra le quali rientrano i rischi economici dello stesso, la cui valutazione è rimessa in via esclusiva al prudente apprezzamento delle parti" (Cass. n. 11665/2015). Ancora, ma sul piano generale, si è anche affermato che "Poichè il notaio non è un destinatario passivo delle dichiarazioni delle parti, contenuto essenziale della sua prestazione professionale è il c.d. dovere di consiglio, che peraltro ha ad oggetto questioni tecniche, cioè

problematiche, che una persona non dotata di competenza specifica non sarebbe in grado di percepire, collegate al possibile rischio, ad es., che una vendita immobiliare possa risultare inefficace a causa della condizione giuridica dell'immobile trasferito; tale contenuto non può essere peraltro dilatato fino al controllo di circostanze di fatto il cui accertamento rientra nella normale prudenza, come la solvibilità del compratore nella vendita con pagamento dilazionato del prezzo, o l'inesistenza di vizi della cosa. (...)" (Cass. n. 7707/2007).

In definitiva, ciò che emerge dagli insegnamenti sopra riportati è che il "dovere di consiglio" del notaio, nel rispetto del principio di autoresponsabilità delle parti del contratto, non si spinge, nè fino alla valutazione della convenienza economica dell'operazione, nè tantomeno fino alle valutazioni che rientrano nella normale prudenza esigibile da chiunque, ma trova il proprio ambito elettivo nelle questioni tecniche, ossia in quelle che sfuggono di norma alla cognizione e alla comprensibilità dell'uomo medio o comunque non dotato di specifiche conoscenze in ambito giuridico.

3.3 - Ritene questa Corte che, nella specie, il giudice d'appello non si sia attenuto a tali condivisibili principi.

Anzitutto, è irrilevante che, nella specifica vicenda, il notaio D.L. sia andato assolto in sede disciplinare, dal momento che l'esito di tale procedimento non può configurare alcuna preclusione nel presente ambito processuale. Nel caso in esame, poi, non si tratta tanto di verificare se si siano prodotti gli effetti obbligatori del preliminare e gli effetti temporanei della sua trascrizione, come ha ritenuto la Corte d'appello: essa ha sul punto equivocato la domanda, incorrendo nella denunciata *ultra*-petizione, anche perchè non v'era affatto questione sulla circostanza che il notaio avesse garantito che, con la trascrizione, l'effetto protettivo si sarebbe protratto fino alla scadenza del termine pattuito. Si tratta invece di accertare se - in relazione alle circostanze concrete palesate al notaio dal B., ossia: 1) timore di fallimento del promittente; 2) lungo termine per la stipula del definitivo - possa dirsi diligente il comportamento del notaio che non avverta il promissario acquirente dei rischi dell'operazione; rischi che derivano da una specifica previsione normativa, concernente la soluzione proposta dallo stesso notaio per far fronte alle esigenze prospettate dal promissario (v. interrogatorio formale, *ut supra*). Trattandosi di questione che ha natura tecnica e che rientra, quindi, nelle specifiche competenze del professionista, la risposta al quesito che precede non può che essere negativa, perchè se il termine pattuito tra le parti per la stipula del contratto definitivo è pari a ben nove anni, e se lo stesso notaio, per cautelare il promissario, ha suggerito di trascrivere il preliminare - i cui effetti "protettivi" sono pari *ex lege* a tre anni - è evidente che il notaio, per adempiere al suo mandato professionale sulla base dei principi già sopra richiamati, non poteva limitarsi al suggerimento relativo alla trascrizione del preliminare, ma avrebbe dovuto chiarire alle parti gli ulteriori adempimenti al fine di garantire la sicurezza dell'operazione in relazione al lungo termine pattuito. E' quindi del tutto errata l'osservazione della Corte piemontese sul fatto che furono proprio le parti a convenire un inusuale termine di nove anni: ciò non esonera affatto il notaio, perchè costituisce un elemento che caratterizza la convenzione sottoposta alla valutazione del professionista incaricato e che costituisce il presupposto dello specifico "dovere di consiglio", nei termini sopra riportati, pacificamente rimasto inadempito nel caso in esame.

Non è infine pertinente l'affermazione della Corte piemontese circa il fatto che il B. non ha mai allegato che, se fosse stato avvertito, avrebbe valutato diversamente i termini dell'operazione

che sarebbe andato a concludere: il punto non è questo. Non era il B., infatti, a dover dimostrare alcunchè, ma era il notaio a dover dimostrare il corretto adempimento professionale, sulla base di informazioni complete, pertinenti, puntuali e corrette.

4.1 - In definitiva, il ricorso deve essere accolto. La sentenza impugnata va quindi cassata in relazione, con rinvio alla Corte d'appello di Torino, in altra composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità, e si atterrà al seguente principio di diritto: "il notaio, incaricato della redazione ed autenticazione di un contratto preliminare per la compravendita di un immobile, non può limitarsi a procedere al mero accertamento della volontà delle parti e a sovrintendere alla compilazione dell'atto, occorrendo anche che egli si interessi delle attività preparatorie e successive necessarie ad assicurare la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito ed esplicitato dalle parti stesse. (Nel caso di specie, in cui le parti avevano pattuito un termine particolarmente lungo tra la stipula del contratto preliminare e quella del contratto definitivo, la Corte ha ritenuto che rientra nel c.d. "dovere di consiglio", cui il notaio è tenuto in forza dell'art. 42, comma 1, lett. a), del codice di deontologia notarile, avvertire le parti che gli effetti della detta trascrizione cessano, in ogni caso, qualora, entro tre anni dalla trascrizione predetta, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'art. 2652 c.c., comma 1, n. 2))".

P.Q.M.

accoglie il ricorso, cassa in relazione e rinvia alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, che provvederà anche alle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Corte di Cassazione, il 10 febbraio 2017.
Depositato in Cancelleria il 18 maggio 2017.

**LA COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO NELL'ATTUALE SISTEMA DELLA
RESPONSABILITÀ CIVILE**
(Relatore: Davide Achille)

Cass., 22 giugno 2017, n. 15534

Va rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale investitura delle Sezioni Unite, il seguente quesito: se nella liquidazione del danno debba tenersi conto del vantaggio che la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza del fatto illecito, ad esempio percependo emolumenti versatigli da assicuratori privati (come nella specie), da assicuratori sociali, ovvero anche da terzi, ma comunque in virtù di atti indipendenti dalla volontà del danneggiante.

FATTO

1. - che la società Aerolinee Itavia S.p.A. (di seguito anche Itavia) convenne in giudizio il Ministero della difesa, il Ministero dei trasporti e il Ministero dell'interno, per sentirli condannare al risarcimento dei danni patiti a seguito della sciagura aerea verificatasi nel cielo di (OMISSIS), in occasione della quale era andato distrutto il DC 9/10-I-TIGI di proprietà di essa attrice ed erano decedute 81 persone;

che si costituì successivamente la Aerolinee Itavia S.p.A. in amministrazione straordinaria, facendo proprie le domande avanzate dall'attrice;

che, nel contraddittorio con le Amministrazioni convenute, l'adito Tribunale di Roma, con sentenza del novembre 2003, - ritenuto che il DC 9 dell'Itavia fosse stato abbattuto da un missile e che le Amministrazioni convenute non avessero garantito la regolare circolazione del volo e la sua sicurezza - accolse la pretesa risarcitoria e condannò i Ministeri dell'interno, della difesa e dei trasporti, in solido tra loro, al pagamento della complessiva somma di Euro 108.071.773,64, oltre accessori, nonchè alle spese di lite;

2. - che l'impugnazione di tale decisione da parte delle Amministrazioni soccombenti venne accolta dalla Corte di appello di Roma con sentenza dell'aprile 2007, la quale, a sua volta, fu oggetto di ricorso per cassazione da parte della Aerolinee Itavia S.p.A., in amministrazione straordinaria, sulla base di nove motivi;

3. - che questa Corte, con la sentenza n. 10285 del 2009, dichiarò inammissibile il ricorso nei confronti del Ministero dell'interno (con compensazione delle spese tra le parti), ne accolse i primi sette motivi nei confronti dei Ministeri della difesa e dei trasporti, dichiarò inammissibili i restanti ed enunciò i principi di diritto ai quali il giudice di rinvio doveva attenersi (p.p. 4.3. e 5.4. della sentenza, rispettivamente concernenti: l'accertamento del nesso causale in base alla regola probatoria "del più probabile che non" e l'accertamento dell'imputazione colposa nell'illecito omissivo in base al giudizio "controfattuale", previa individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere al condotta omessa in capo al soggetto);

4. - che, a seguito di riassunzione da parte della Aerolinee Itavia S.p.A., in amministrazione straordinaria, la Corte di appello di Roma, nel contraddittorio con il Ministero dell'interno, il Ministero della difesa ed il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con sentenza resa pubblica il 27 settembre 2012, pronunciava in via definitiva sulla domanda proposta dall'attrice nei confronti del Ministero dell'interno, rigettandola con compensazione delle spese processuali

dei gradi di merito; pronunciava in via non definitiva sulla domanda proposta dalla stessa società in amministrazione straordinaria nei confronti degli altri due Ministeri convenuti, dei quali accertava la responsabilità nella verifica del disastro occorso in data (OMISSIS) nel quale andò distrutto il DC9/10 di proprietà dell'Itavia, rimettendo la causa sul ruolo, con separata ordinanza, per la determinazione dell'ammontare del danno;

che, con sentenza definitiva resa pubblica il 4 ottobre 2013, la Corte di appello di Roma condannava il Ministero della difesa ed il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in solido tra loro, al pagamento, in favore della Aerolinee Itavia S.p.A., in amministrazione straordinaria, della somma di Euro 265.154.431,44 (di cui Euro 27.492.278,56 a titolo di risarcimento del danno, Euro 105.185.457,77 per rivalutazione ed Euro 132.476.695,11 per interessi), oltre interessi legali dalla sentenza al saldo, oltre al pagamento dei 3/4 delle spese processuali di tutti i giudizi, con compensazione del restante 1/4;

che, con detta sentenza, la Corte territoriale negava, però, il diritto dell'Itavia a vedersi risarcito: sia il danno per la perdita dell'aeromobile, in quanto la società attrice aveva incassato un indennizzo assicurativo da parte dell'Assitalia ammontante a lire 3.800.000.000, mentre il valore del velivolo al momento del sinistro, come accertato dal c.t.u., era di lire 1.586.510.540; sia il danno conseguente alla revoca delle concessioni di volo;

5. - che per la cassazione delle sentenze, non definitiva e definitiva, della Corte di appello di Roma ricorrono il Ministero della difesa ed il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, affidando le sorti dell'impugnazione a quattro motivi, illustrati da memoria;

che resiste con controricorso la Aerolinee Itavia S.p.A., in amministrazione straordinaria, proponendo, altresì, ricorso incidentale sulla base di quattro motivi, illustrati da memoria;

6. - che la causa è pervenuta all'udienza del 5 dicembre 2016 in prossimità della quale la Aerolinee Itavia S.p.A., in amministrazione straordinaria, ha depositato ulteriore memoria - a seguito di rinvio, disposto con ordinanza interlocutoria n. 19555 del 2015, al fine di attendere l'esito del giudizio dinanzi alle Sezioni Unite civile sulla questione relativa alla portata del principio della cd. *compensatio lucri cum damno* nell'ambito delle conseguenze risarcitorie da fatto illecito.

DIRITTO

1. - che con il primo mezzo del ricorso incidentale dell'Itavia è denunciata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione degli artt. 1905, 1916, 2041, 2042 e 2043 c.c., ivi argomentandosi diffusamente (come anche nelle successive memorie *ex art. 378 c.p.c.*) sull'errore in diritto che la Corte territoriale avrebbe commesso nell'escludere la risarcibilità del danno patito dalla stessa Itavia per la perdita dell'aeromobile a causa del sinistro del (OMISSIS), in quanto ritenuto non cumulabile con il superiore ammontare dell'indennizzo assicurativo corrisposto alla medesima società per lo stesso fatto.

1.1. - che il motivo pone a questa Corte la seguente questione di diritto, tradizionalmente indicata come "problema della *compensatio lucri cum damno*": se nella liquidazione del danno debba tenersi conto del vantaggio che la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza del fatto illecito, ad esempio percependo emolumenti versatigli da assicuratori privati (come nella specie), da assicuratori sociali, da enti di previdenza, ovvero anche da terzi, ma comunque in virtù di atti indipendenti dalla volontà del danneggiante;

che di tale questione - nella sua complessiva portata - erano state investite le sezioni unite civili con ordinanza interlocutoria n. 4447 del 2015 (a seguito di cui il presente giudizio è stato rinviato a nuovo ruolo in attesa del relativo pronunciamento), le quali, con sentenza n. 13372 del 30 giugno 2016, non ne hanno esaminato il fondo, reputando che, nella causa ad Esse rimessa, la problematica "della *compensatio lucri cum damno*, pur di estremo interesse sul piano giuridico, si presenta(ss) in concreto quanto meno prematura" per ragioni intrinseche alla vicenda processuale ivi rilevante;

che, nella presente controversia, detta questione assume diretto e centrale rilievo per la decisione del primo motivo del ricorso incidentale, senza, peraltro, patire interferenze dalle doglianze mosse con i restanti motivi dello stesso ricorso incidentale, attenendo l'una quella veicolata dal secondo motivo - ad un profilo risarcitorio (danno per revoca delle concessioni di volo) del tutto distinto e autonomo, mentre le altre - quelle poste con il terzo e quarto motivo - riguardano le spese di giudizio;

2. - che la rilevanza del tema della c.d. "*compensatio lucri cum damno*", ai fini della decisione del primo motivo di ricorso incidentale, si mantiene tale anche a fronte delle censure avanzate con il primo motivo del ricorso principale proposto dal Ministero della difesa e dal Ministero delle infrastrutture, che vertono sull'*an debeatur* (mentre non hanno incidenza sul predetto profilo le ulteriori doglianze del medesimo ricorso - mosse con i motivi dal secondo al quarto - , investendo tutte la statuizione inerente al risarcimento di danni distinti da quello per la perdita dell'aeromobile interessato direttamente dal sinistro), giacché il Collegio reputa di doverne disattendere le ragioni;

che, a tal fine, si osserva quanto segue:

a) - con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c. e art. 40 cpv. c.p.: la Corte territoriale, nella sentenza non definitiva, avrebbe mancato di individuare la "specifica condotta omissiva imputata alle Amministrazioni ricorrenti", quale presupposto per l'applicabilità della responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., non colmabile con il riferimento alla fonte giuridica da cui deriva l'obbligo di impedire l'evento (attività di controllo e di sorveglianza al fine di garantire la sicurezza dei voli e la difesa dello spazio aereo italiano), con ciò impendendo anche di operare, ai sensi dell'art. 40 c.p., il giudizio controfattuale ai fini della verifica del nesso causale.

a.1) - il motivo si palesa inammissibile: con esso, infatti, è veicolata una censura che, nella sua astrattezza (non superabile tramite le deduzioni sviluppate con la memoria *ex art. 378 c.p.c.*, quale atto che ha funzione solo illustrativa delle ragioni di doglianza e non già integrativa o emendativa delle carenze strutturali e/o di contenuto dei motivi di ricorso: tra le tante, Cass., 25 febbraio 2015, n. 3780), prescinde del tutto dalla *ratio decidendi* della sentenza impugnata, la quale, invece, concretamente, rivela un percorso argomentativo in cui sono chiaramente individuati - al fine della affermazione della responsabilità per illecito omissivo in base alla verifica di controfattualità (in armonia con il vincolo del principio di diritto enunciato dalla sentenza rescindente, Cass., 5 maggio 2009, n. 10285) - sia l'obbligo giuridico imposto all'agente, sia la condotta, omessa, che lo stesso avrebbe dovuto porre, invece, in essere per impedire la verifica dell'evento lesivo;

3. - che, pertanto, stante la rilevanza della questione posta dal primo motivo del ricorso incidentale, della relativa decisione il Collegio ritiene di dover investire nuovamente le Sezioni Unite di questa Corte;

che le ragioni della rimessione ai sensi dell'art. 374 c.p.c. sono le seguenti:

4. - Nella giurisprudenza di questa Corte il problema della *compensatio lucri cum damno* ha trovato soluzioni contrastanti, sebbene debba registrarsi - almeno sino ad un certo momento l'emersione di contrasti occulti, in assenza di corredi argomentativi, a sostegno dell'uno o dell'altro orientamento, che si facciano carico di confutare le opposte ragioni.

Invero, tale questione suscita un estremo interesse anche nell'elaborazione dottrinale, nella significativa presenza di soluzioni diversamente calibrate, tanto nei presupposti teorici, quanto negli effetti pratici.

In questo contesto ritiene il Collegio che il tema in questione vada, dunque, *rimeditato funditus*, e che, a prescindere dalla ricerca spesso illusoria d'una soluzione dogmaticamente perfetta, ad esso sia data una sistemazione chiara, idonea ai sensi dell'art. 65 ord. giud. a prevenire le liti e a rendere prevedibili le decisioni giudiziarie.

Ed è, quindi, in tale più ampia prospettiva che si ritiene necessario attivare, per l'appunto, il meccanismo di cui all'art. 374 c.p.c., tenuto conto, altresì, che la problematica in questione investe anche materie diverse dalla responsabilità civile e dai relativi profili assicurativi, sulle quali insistono competenze tabellari di altre Sezioni civili.

5. - I problemi della *compensatio lucri cum damno* nascono al momento stesso in cui si cerca di definirla.

In dottrina, infatti, si ravvisano ben tre orientamenti diversi: alcuni autori negano del tutto che nel nostro ordinamento esista un istituto giuridico definibile come "*compensatio lucri cum damno*"; altri ammettono che in determinati casi danno e lucro debbano compensarsi, ma negano che ciò avvenga in applicazione di una regola generale; altri ancora fanno della *compensatio lucri cum damno* una regola generale del diritto civile.

Chi aderisce al primo orientamento fa leva principalmente sulla mancanza di una regola ad hoc che definisca l'istituto e aggiunge un immancabile richiamo alla "iniquità" di un istituto che ha l'effetto di sollevare l'autore d'un fatto illecito dalle conseguenze del suo operato.

Chi aderisce al secondo orientamento condivide l'affermazione secondo cui non esiste nel nostro ordinamento alcuna norma generale che sancisca l'istituto della *compensatio lucri cum damno*, ma soggiunge che il problema delle individuazione delle conseguenze risarcibili d'un fatto dannoso è una questione di fatto, da risolversi caso per caso; e che nel singolo caso non può escludersi a priori che concause preesistenti o sopravvenute al fatto illecito consentano alla vittima di ottenere un vantaggio.

Chi aderisce al terzo orientamento, infine, sostiene che l'istituto della *compensatio lucri cum damno* - il quale ha radici storiche antiche e ramificatesi nel tempo sino ai giorni nostri (muovendo dalle fonti romane per transitare attraverso il diritto dei glossatori e la dogmatica pandettistica) - è implicitamente presupposto dall'art. 1223 c.c., là dove ammette il risarcimento dei soli danni che siano "conseguenza immediata" dell'illecito e che, inoltre, quel principio generale è desumibile da varie leggi speciali (tra queste, la L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 1-bis, o il D.P.R. 8 giugno 2011, n. 327, art. 33, comma 2).

Occorre, comunque, aggiungere che anche gli autori i quali ammettono l'esistenza dell'istituto della *compensatio lucri cum damno*, esprimono poi opinioni assai diverse quando si tratta di ravvisarne il fondamento e l'ambito di operatività.

Alcuni ammettono la *compensatio* solo per i danni patrimoniali, altri anche per i danni non patrimoniali.

Alcuni ammettono la *compensatio* solo se danno e lucro siano conseguenza diretta della lesione del diritto; altri si contentano che danno e lucro traggano origine dalla condotta illecita.

Alcuni esigono, per l'applicabilità della *compensatio*, che danno e lucro siano generati dall'azione del danneggiato, senza il concorso di altri; altri ammettono che la *compensatio* possa operare anche quando il lucro derivi dalla condotta di un terzo.

La maggior parte degli autori che ammettono la *compensatio*, infine, per l'operatività dell'istituto pretende che il fatto illecito sia stato causa, e non già mera occasione, tanto del danno, quanto del lucro: salvo poi tornare a dividersi allorché si tratta di stabilire quando un fatto illecito possa dirsi "causa", e quando "occasione", del lucro.

5.1. - I contrasti - come si accennava - non mancano nella stessa giurisprudenza di questa Corte. Essa ha sempre ritenuto esistente un istituto giuridico generale definibile "*compensatio lucri cum damno*". Tuttavia, quando si è trattato di stabilirne l'ambito applicativo, le soluzioni adottate si sono mostrate sensibilmente distanti tra loro.

5.1.1. - Secondo un primo orientamento, la *compensatio lucri cum damno* opera solo quando sia il danno che il lucro scaturiscano in via "immediata e diretta" dal fatto illecito.

In applicazione di questo principio è stata esclusa la *compensatio* in tutti i casi in cui la vittima di lesioni personali, oppure i congiunti di persona deceduta in conseguenza dell'illecito, avessero ottenuto il pagamento di speciali indennità previste dalla legge da parte di assicuratori sociali, enti di previdenza, pubbliche amministrazioni, come pure di indennizzi da parte di assicuratori privati contro gli infortuni. In questi casi - si disse - il diritto al risarcimento del danno trae origine dal fatto illecito, mentre il diritto all'indennità scaturisce dalla legge. Mancando la medesimezza della fonte, mancherebbe l'operatività della *compensatio*.

Si è esclusa, in particolare, la detraibilità:

(a) della pensione di reversibilità dal risarcimento del danno patrimoniale da morte dovuto alla vedova della vittima (Cass.: n. 20448 del 30 settembre 2014; n. 5504 del 10 marzo 2014; n. 3357 dell'11 febbraio 2009; n. 18490 del 25 agosto 2006; n. 12124 del 19 agosto 2003; n. 8828 del 31 maggio 2003; n. 2117 del 14 marzo 1996; n. 9528 del 22 dicembre 1987; n. 1928 del 10 ottobre 1970; n. 2491 del 17 ottobre 1966; n. 2530 del 7 ottobre 1964);

(b) degli indennizzi erogati dallo Stato al Comune di Castellavazzo, in conseguenza del disastro del Vajont, dal risarcimento del danno (patrimoniale e non) dovuto al medesimo Comune dal responsabile della sciagura (Cass., 15 aprile 1998, n. 3807);

(c) della indennità di accompagnamento (*ex* L. 11 febbraio 1980, n. 18) dal diritto al risarcimento del danno patrimoniale dovuto alla vittima di lesioni personali (Cass., 27 luglio 2001, n. 10291);

(d) della pensione di invalidità civile (L. 30 marzo 1971, n. 118, art. 2) dal risarcimento del danno patrimoniale da lesioni personali (Cass., 18 novembre 1997, n. 11440);

(e) dell'indennizzo pagato dall'assicuratore privato contro gli infortuni dal risarcimento del danno biologico dovuto alla vittima di lesioni personali (Cass., 15 aprile 1993, n. 4475).

Le decisioni che aderiscono a questo orientamento non sono motivate in altro modo che col richiamo - spesso tratlatizio - al principio per cui la *compensatio lucri cum damno* non opera quando danno e lucro traggano origine da fonti diverse (in alcune decisioni peraltro si parla di "titoli" diversi).

5.1.2. - Un diverso orientamento, all'opposto, ammette con maggior larghezza l'operatività della *compensatio lucri cum damno*. Questo orientamento tuttavia perviene a tale risultato attraverso percorsi diversi.

5.1.2.1. - Talune decisioni ammettono l'istituto della *compensatio* ed ammettono, altresì, che essa operi solo quando danno e lucro scaturiscono in via immediata e diretta dal fatto illecito: tuttavia, elevando la causa del lucro dal rango di "occasione" a quello di "causa", giungono al risultato di detrarlo dal risarcimento.

In applicazione di questo principio si è escluso il cumulo tra risarcimento del danno alla persona patito dal militare di leva durante lo svolgimento del servizio in conseguenza d'un fatto colposo dell'amministrazione della difesa e la pensione c.d. "privilegiata tabellare" dovuta alla vittima *ex D.P.R.* 29 settembre 1973, n. 601 (Cass., 4 gennaio 2002, n. 64; Cass., 16 settembre 1995, n. 9779).

5.1.2.2. - Altre decisioni pervengono al medesimo risultato, ma senza dichiarare apertamente di fare applicazione dell'istituto della *compensatio*. Si afferma, piuttosto, che se non si tenesse conto del lucro derivato dall'illecito, il danneggiato sarebbe pagato due volte sine causa; ed il danneggiante a risarcire due volte lo stesso danno. In applicazione di questi principi si è escluso: (a) il cumulo tra risarcimento del danno patrimoniale da incapacità di lavoro e quanto percepito dalla vittima a titolo di pensione di invalidità (Cass., 13 maggio 2004, n. 9094; Cass., 12 luglio 2000, n. 9228);

(b) il cumulo tra il risarcimento del danno dovuto al lavoratore infortunato (od ai suoi congiunti) dal datore di lavoro responsabile dell'infortunio e la rendita attribuita alla vittima (od ai suoi congiunti) dall'INAIL (Cass.: n. 5964 del 16 novembre 1979; n. 3806 del 15 aprile 1998; n. 3503 del 24 maggio 1986);

(c) il cumulo tra il risarcimento del danno dovuto alla vittima di infezione da emotrasfusione e l'indennizzo erogato ai sensi della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (tra le altre, Cass., 20 gennaio 2014, n. 991; Cass., 14 marzo 2013, n. 6573).

5.1.3. - Mette conto tuttavia segnalare che, con riferimento alla specifica materia della cumulabilità tra l'indennizzo dovuto dall'assicuratore contro i danni, e il risarcimento dovuto all'assicurato dal responsabile del danno, la giurisprudenza di questa Corte ha mostrato meno oscillazioni rispetto alle altre ipotesi di *compensatio lucri cum damno*.

Tale cumulabilità, in particolare, è stata esclusa nelle seguenti ipotesi, in cui si è stabilito che:

(a) nel caso di danni alla persona derivati da sinistri stradali, l'assicuratore del responsabile non è tenuto a risarcire le spese mediche già indennizzate dall'assicuratore privato della vittima (Cass. 7-101997 n. 9742; Cass., 13-11-1987, n. 8353)

(b) in tema di assicurazione contro il furto, l'assicurato - anche in assenza di patti espressi - è tenuto a restituire l'indennizzo, se dopo il pagamento di esso recupera in tutto od in parte i beni sottrattigli (Cass. 6.8.1968 n. 2823);

(c) nell'assicurazione contro l'incendio, il proprietario dell'immobile che sia stato indennizzato dal proprio assicuratore può pretendere dal locatore responsabile del danno solo l'eventuale differenza tra la reale entità del pregiudizio e l'indennizzo già ottenuto dall'assicuratore (Cass. 3.7.1979 n. 3761).

5.2. - Il Collegio ritiene che i problemi interpretativi ed applicativi sin qui riassunti potrebbero rinvenire una soluzione in base ai seguenti principi:

(a) alla vittima d'un fatto illecito spetta il risarcimento del danno esistente nel suo patrimonio al momento della liquidazione;

(b) nella stima di questo danno occorre tenere conto dei vantaggi che, prima della liquidazione, siano pervenuti o certamente perverranno alla vittima, a condizione che il vantaggio possa dirsi causato del fatto illecito;

(c) per stabilire se il vantaggio sia stato causato dal fatto illecito deve applicarsi la stessa regola di causalità utilizzata per stabilire se il danno sia conseguenza dell'illecito.

Corollario di quanto precede è che non potrebbe dirsi esistente nel nostro ordinamento un istituto definibile "*compensatio lucri cum damno*".

La regola tralatiziamente definita con questa espressione altro non è che un modo diverso di definire il principio di integralità della riparazione o principio di indifferenza, in virtù del quale il risarcimento deve coprire l'intera perdita subita, ma non deve costituire un arricchimento per il danneggiato.

Tale principio è desumibile dall'art. 1223 c.c..

All'illustrazione dei principi appena esposti saranno dedicati i p.p. che seguono, nei quali si esporranno dapprima i vulnera dell'orientamento tradizionale (p. 5.5. e relativi sottoparagrafi) e, quindi, le ragioni che il Collegio riterrebbe rilevanti per la soluzione del problema qui in esame (p. 5.6. e ss.).

In tal senso il Collegio intende collaborare fattivamente al compito di nomofilachia riservato alle Sezioni Unite in funzione della rimessione ai sensi dell'art. 374 c.p.c., evidenziando quali siano le ragioni di criticità degli orientamenti in campo, senza però celare il proprio intendimento al riguardo, in buona parte sorretto da taluni recenti pronunciamenti di questa Terza Sezione civile (segnatamente: Cass., 11 giugno 2014, n. 13233 e Cass., 13 giugno 2014, n. 13537).

5.3. L'orientamento che nega la *compensatio lucri cum damno* quando vantaggio e svantaggio non trovino ambedue causa immediata e diretta nell'illecito si fonda su quattro presupposti teorici non parrebbero condivisibili.

5.3.1. - Il primo *vulnus* dell'orientamento tradizionale è di tipo logico.

Esso, infatti, pretendendo la medesimezza del "titolo" per il danno e per il lucro, al fine dell'operare della *compensatio*, finisce per disapplicare di fatto l'istituto della *compensatio*, come attenta dottrina non ha mancato di segnalare. E' infatti assai raro (se non impossibile) che un fatto illecito possa provocare da sè solo, e cioè senza il concorso di nessun altro fattore umano o giuridico, sia una perdita, sia un guadagno.

Come messo in evidenza dalla dottrina prevalente da oltre un secolo, la *compensatio lucri cum damno* di compensazione non ha che il nome. Essa non costituisce affatto una applicazione della regola di cui all'art. 1241 c.c., così come la "compensazione delle spese" di cui all'art. 92 c.p.c. non è una compensazione in senso tecnico, nè lo è la c.d. "compensazione delle colpe" di cui all'art. 1227, comma 1, c.c..

La c.d. *compensatio lucri cum damno* costituisce piuttosto una regola per l'accertamento dell'esistenza e dell'entità del danno risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 c.c.

"Lucro" e "danno", pertanto, non vanno concepiti come un credito ed un debito autonomi per genesi e contenuto, rispetto ai quali si debba indagare soltanto se sussista la medesimezza della fonte. Del c.d. "lucro" derivante dal fatto illecito occorre invece stabilire unicamente se

costituisca o meno una conseguenza immediata e diretta del fatto illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c..

5.3.2. - Il secondo *vulnus* dell'orientamento tradizionale è di tipo dogmatico.

L'affermazione secondo cui la regola della *compensatio* opera soltanto se "danno" e "lucro" scaturiscano in modo diretto ed immediato dal fatto illecito appare infatti frutto di un equivoco, a sua volta scaturente da un inconsapevole fraintendimento della dottrina tradizionale.

Questa già alla fine dell'Ottocento aveva individuato, tra i presupposti della *compensatio lucri cum damno*, la necessità che danno e lucro derivassero dalla stessa condotta del responsabile. Colui il quale con una condotta "A" dovesse causare un danno, e con una condotta "B" dovesse procurare un vantaggio al danneggiato, se richiesto del risarcimento non potrà invocare la *compensatio*, a meno che non ricorrano i presupposti dell'ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.). Se, infatti, tali presupposti mancassero, non potrà giammai attribuirsi all'autore dell'illecito una posizione più favorevole rispetto a chi ha causato ad altri un vantaggio, non ripetibile *ex art. 2041 c.c.*, senza avere commesso alcun fatto illecito.

La regola secondo cui la *compensatio* esige la medesimezza della condotta, col passare degli anni, venne applicata sempre più tralatiziamente: e poichè la condotta è uno degli elementi dell'illecito, intorno agli anni Cinquanta del XX sec. la giurisprudenza nell'applicare il principio in esame incorse in un'autentica metonimia, finendo con l'indicare la parte per il tutto: così l'originario requisito della "medesimezza della condotta", da secoli fondamento della *compensatio lucri cum damno*, si trasformò nella "medesimezza del fatto", e questa a sua volta nella "medesimezza della fonte" tanto del lucro quanto del danno.

Ma è ovvio che altro è affermare che danno e lucro, per essere compensati, devono scaturire da una unica condotta del danneggiante, ben altro è sostenere che debbano scaturire dalla stessa causa. Mentre infatti la prima concezione ammetteva il concorso di cause, la seconda lo esclude. La regola applicata dall'orientamento tradizionale, in definitiva, non è affatto fondata sulla "dottrina tradizionale", come si pretenderebbe, ma costituisce anzi una deviazione dai principi di quella.

5.3.3. - Il terzo *vulnus* dell'orientamento tradizionale è un corollario del secondo: negando infatti l'operare della *compensatio* se non quando lucro e danno abbia per causa unica ed immediata la condotta del danneggiante, non si ammette l'operatività dell'istituto quando la vittima in conseguenza del fatto illecito abbia ottenuto un vantaggio patrimoniale in conseguenza d'una norma di legge (ad esempio, nel caso di percezione di benefici da parte di enti previdenziali, assicuratori sociali, pubbliche amministrazioni) o d'un contratto (ad esempio, nel caso di percezione di indennizzi assicurativi).

In questi casi, si afferma, il fatto illecito costituirebbe una mera occasione del lucro, e non la causa di esso, con conseguente esclusione della *compensatio*.

Questa opinione (oltre che tralatiziamente erronea nei presupposti storici da cui è desunta) è, soprattutto, incoerente:

(a) con la nozione di "causalità" che si è venuta sviluppando nella giurisprudenza di questa Corte ormai da molti anni in qua;

(b) sia coi principi generali della responsabilità civile.

(a.1.) E' incoerente con la moderna nozione di causalità giuridica, che ha assunto a proprio fondamento il concetto di "regolarità causale", il quale - abbandonando la sottile, ma difficile distinzione tra "causa" ed "occasione" - ricorre, per affermare l'esistenza d'un nesso di causalità

giuridica tra condotta e danno, al criterio della *condicio sine qua non*, in forza del quale una condotta è causa di un evento tutte le volte che, senza la prima, il secondo non si sarebbe verificato.

Questa Corte, infatti, ha ripetutamente affermato che ai sensi dell'art. 1223 c.c. "tutti gli antecedenti in mancanza dei quali un evento dannoso non si sarebbe verificato debbono considerarsi sue cause, abbiano essi agito in via diretta e prossima o in via indiretta e remota" (così Cass., 13 settembre 2000, n. 12103; nello stesso senso, tra le altre, Cass., 17 settembre 2013, n. 21255; Cass., 22 ottobre 2003, n. 15789); e che - come in precedenza già evidenziato - "il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere nel risarcimento anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale, con la conseguenza che, ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento, il rapporto fra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo" (Cass., 21 dicembre 2001, n. 16163, che si aggiunge alle pronunce innanzi citate).

Non è, dunque, corretto interpretare l'art. 1223 c.c. in modo asimmetrico e ritenere che "il rapporto fra illecito ed evento può anche non essere diretto ed immediato" quando si tratta di accertare il danno, ed esigere al contrario che lo sia, quando si tratta di accertare il vantaggio per avventura originato dal medesimo fatto illecito.

(b.1.) La tesi secondo cui l'illecito sarebbe mera "occasione" del lucro, quando questo è ottenuto dalla vittima in virtù della legge o del contratto, collide infine coi principi generali della responsabilità civile.

Non vi è dubbio che nel rapporto tra assistito o assicurato e il soggetto obbligato al pagamento del beneficio (poniamo, un ente previdenziale o una compagnia assicurativa) il diritto al beneficio scaturisce dalla legge o dal contratto e l'illecito è mera *condicio iuris* per l'erogazione di esso. E' nell'ambito di questo rapporto, dunque, che il fatto illecito può dirsi mera occasione o *condicio iuris* dell'attribuzione patrimoniale.

Ben diversa è la prospettiva se ci si pone nell'ottica del rapporto di diritto civile che lega vittima e responsabile.

In questo diverso rapporto giuridico si tratta di stabilire non già se il beneficio dovuto per legge o per contratto spetti o meno, ma di quantificare con esattezza le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito. E per quantificare tali conseguenze dal punto di vista economico non può spezzarsi la serie causale e ritenere che il danno derivi dall'illecito e l'incremento patrimoniale no: per la semplice ragione che, senza il primo, non vi sarebbe stato il secondo.

Dunque, l'affermazione secondo cui l'illecito non sarebbe "causa" in senso giuridico delle attribuzioni erogate alla vittima per legge o per contratto non tiene conto dell'intrecciarsi dei due ordini di rapporti: quello tra danneggiato e terzo sovventore e quello tra danneggiato e danneggiante. Che l'illecito non sia "causa" dell'attribuzione patrimoniale è affermazione che potrà ammettersi forse nell'ambito del primo di tali rapporti, ma non certo nell'ambito del secondo.

5.3.4. - Il quarto *vulnus* dell'orientamento tradizionale è anch'esso di tipo sistematico e riguarda l'ipotesi in cui il lucro derivato dal sinistro consiste nella percezione d'un beneficio previdenziale od assicurativo.

L'orientamento che nega la *compensatio* tra il danno ed i benefici erogati alla vittima dall'ente previdenziale o dall'assicuratore (non rileva se privato o sociale), infatti, finisce per abrogare

in via di fatto l'azione di surrogazione spettante (*ex artt.* 1203 e 1916 c.c. o in base alle singole norme previste dalla legislazione speciale) a quest'ultimo.

E' noto infatti che limite oggettivo della surrogazione è il danno effettivamente causato dal responsabile, il quale non può mai essere costretto, per effetto dell'azione di surrogazione, a pagare due volte il medesimo danno: una al danneggiato, l'altra al surrogante (principio pacifico e consolidato: tra le tante, Cass.: n. 4642 del 27 aprile 1995; n. 8597 del 7 agosto 1991; n. 380 del 15 febbraio 1971).

Pertanto, una volta che il responsabile del sinistro sia costretto a pagare l'intero risarcimento senza tener conto del beneficio previdenziale od assicurativo percepito dalla vittima per effetto dell'illecito, non potrebbe poi essere costretto dall'ente previdenziale od assicurativo a rifondergli le somme da questo pagate alla vittima.

Questo risultato però cozza contro evidenti ragioni di diritto e di giustizia.

Quanto alle prime, l'orientamento tradizionale priva l'assicuratore o l'ente previdenziale d'un diritto loro espressamente attribuito dalla legge (tra gli altri, art. 1916 c.c., applicabile anche alle assicurazioni sociali in virtù del rinvio di cui all'art. 1886 c.c.; D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, artt. 10 e 11, con riferimento all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro; L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 42, comma 1, con riferimento alle prestazioni di malattia erogate dall'INPS).

Quanto alle seconde, l'orientamento tradizionale - privando l'ente previdenziale o l'assicuratore dell'azione di surrogazione - addossa alla fiscalità generale, e quindi alla collettività, un onere il cui peso economico serve non a ristorare la vittima, ma ad arricchirla: così posponendo di fatto l'interesse generale a quello individuale.

5.3.4.1. - Giova in ogni caso evidenziare che l'istituto della surrogazione e la stima del danno da fatto illecito non sono legati da alcun nesso di implicazione bilaterale.

Se le conseguenze del fatto illecito sono state eliminate dall'intervento d'un assicuratore (privato o sociale che sia), ovvero da un qualsiasi ente pubblico o privato, il pagamento da tale soggetto compiuto, se ha avuto per effetto o per scopo quello di eliminare le conseguenze dannose, andrà sempre detratto dal credito risarcitorio, a nulla rilevando nè che l'ente pagatore non abbia diritto alla surrogazione, nè che, avendolo, vi abbia rinunciato.

La detrazione dell'*aliunde perceptum* è infatti necessaria per la corretta stima del danno, non per evitare al danneggiante un doppio pagamento.

5.4. - Detto delle ragioni per le quali non sarebbe condivisibile l'orientamento tradizionale che ammette la *compensatio lucri cum damno* nei ristretti limiti sopra censurati, occorre ora stabilire se ed a quali condizioni il vantaggio patrimoniale scaturito da un fatto illecito vada imputato nel risarcimento, con conseguente riduzione di quest'ultimo di un importo pari al vantaggio.

5.4.1. - Che nella stima del danno risarcibile debba tenersi conto dei vantaggi economici procurati alla vittima dall'illecito è principio che discende dal c.d. "principio di indifferenza" del risarcimento.

Il principio di indifferenza è la regola in virtù della quale il risarcimento del danno non può rendere la vittima dell'illecito nè più ricca, nè più povera, di quanto non fosse prima della commissione dell'illecito.

Esso si desume da un reticolo di norme diverse.

Innanzitutto dall'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento deve includere solo la perdita subita ed il mancato guadagno.

In secondo luogo dagli artt. 1909 e 1910 c.c., i quali assoggettano l'assicurazione contro i danni al c.d. principio indennitario e, di conseguenza, escludono che la vittima d'un danno possa cumulare il risarcimento e l'indennizzo.

Il principio in esame è, altresì, confermato indirettamente dall'art. 1224 c.c., comma 1, ultima parte: tale norma, stabilendo che nelle obbligazioni pecuniarie sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali "anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno", rende palese che, là dove il legislatore ha inteso derogare al principio di indifferenza, ha sentito la necessità di farlo in modo espresso.

Il principio indennitario è altresì desumibile da varie norme codicistiche che lo richiamano implicitamente: si considerino al riguardo le fattispecie previste dall'art. 1149 c.c. (che prevede la compensazione tra il diritto del proprietario alla restituzione dei frutti e l'obbligo di rifondere al possessore le spese per produrli); art. 1479 c.c. (che nel caso di vendita di cosa altrui prevede la compensazione tra il minor valore della cosa e il rimborso del prezzo.); art. 1592 c.c. (compensazione del credito del locatore per i danni alla cosa con il valore dei miglioramenti).

Anche varie previsioni contenute in leggi speciali confermano l'esistenza del principio in esame: ad esempio (e si tratta di disposizioni già citate) la L. n. 20 del 1994, art. 1, comma 1-*bis*, (compensazione del danno causato dal pubblico impiegato con i vantaggi conseguiti dalla pubblica amministrazione), o il D.P.R. n. 327 del 2011, art. 33, comma 2, (il quale in tema di espropriazione per pubblica utilità prevede la compensabilità del credito per l'indennità espropriativa col vantaggio arrecato al fondo).

Da tali disposizioni - e da molte altre analoghe - si desume l'esistenza d'un principio generale, secondo cui vantaggi e svantaggi derivati da una medesima condotta possono compensarsi anche se alla produzione di essi hanno concorso, insieme alla condotta umana, altri atti o fatti, ovvero direttamente una previsione di legge.

Corollario di questo principio è che il risarcimento non può creare in favore del danneggiato una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito.

5.4.1.1. - A queste conclusioni si obiettò in passato (e la ricorrente incidentale fa propria tale obiezione) che ammettere la *compensatio* in limiti così ampi solleverebbe il responsabile del danno dalle conseguenze di questo.

A prescindere dal rilievo che nella maggior parte dei casi di *compensatio* l'offensore non si sottrae affatto alle conseguenze dell'illecito, ma semplicemente cambia creditore (pagherà infatti, invece che la vittima a titolo di risarcimento, il terzo *solvens* a titolo di surrogazione: tuttavia, ciò non è stato nel caso di specie, ma sul punto si ritornerà più avanti), l'obiezione, ancorandosi ad una rigida concezione sanzionatoria dell'illecito, è, comunque, distonica rispetto al nostro sistema della responsabilità civile che, in linea generale, non assegna funzioni punitive al risarcimento del danno e non vede nel responsabile un reo da sanzionare (nè di vera e propria sanzione potrebbe mai parlarsi, al cospetto degli innumerevoli casi di responsabilità presunta od oggettiva previsti dall'ordinamento).

Il nostro diritto della responsabilità civile è, nel suo assetto generale, mirato sul danno, non sull'offensore: sicché, nella liquidazione del risarcimento, all'entità di questo deve guardarsi e non alla punizione del secondo.

5.4.2. - Essendo il risarcimento del danno governato dal principio di indifferenza, nella stima di esso deve tenersi conto di tutte le conseguenze che sono derivate dall'illecito: sia in bonam, che in *malam partem*.

Nello stabilire quali siano le conseguenze dell'illecito, non può che applicarsi il principio di equivalenza causale, di cui all'art. 41 cod. pen., a norma del quale "il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento".

Nota è l'evoluzione della giurisprudenza di questa corte in merito all'applicazione di tale norma in materia di responsabilità civile: il nesso di causa sussiste - si è ripetutamente stabilito - quando, senza l'illecito, il danno non si sarebbe mai verificato (teoria della "regolarità causale": tra le molte, in particolare, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576).

Il risarcimento spettante alla vittima dell'illecito andrà dunque ridotto in tutti i casi in cui, senza l'illecito, la percezione del vantaggio patrimoniale sarebbe stata impossibile.

Tale condizione ricorre in tutti i casi in cui il vantaggio dovuto alla vittima è previsto da una norma di legge che fa dell'illecito, ovvero del danno che ne è derivato, uno dei presupposti di legge per l'erogazione del beneficio.

Tale requisito sussisterà dunque di norma:

(a) rispetto al credito risarcitorio per danno biologico, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INAIL l'indennizzo del danno biologico ai sensi del D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, art. 13;

(b) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da incapacità lavorativa, quando la vittima di lesioni personali, avendo patito postumi permanenti superiori al 16%, abbia percepito dall'INAIL una rendita maggiorata, e limitatamente a tale maggiorazione;

(c) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da incapacità lavorativa, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INPS la pensione di invalidità (L. n. 118 del 1971);

(d) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da spese mediche e di assistenza, quando la vittima di lesioni personali abbia percepito dall'INPS l'indennità di accompagnamento (L. n. 18 del 1980);

(e) rispetto al credito risarcitorio per danno patrimoniale da perdita delle elargizioni ricevute da un parente deceduto, quando il superstite abbia percepito dall'INAIL la rendita di cui al D.P.R. 30 giugno 1965, n. 124, art. 66, comma 1, n. 4, ovvero una pensione di reversibilità.

Ciò vale, ovviamente, anche nel caso di assicurazione contro i danni, dove il beneficio (indennizzo) ha natura contrattuale, essendo però la legge (artt. 1904 c.c. e ss.) a tipizzare il contratto in funzione del "danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro" (principio indennitario), limite coesenziale alla funzione stessa del contratto assicurativo, e rimosso il quale quest'ultimo degenererebbe in una scommessa.

5.4.3. - Corollario di quanto esposto è il superamento della concezione della *compensatio* come una regola da applicare dopo avere liquidato il danno, allo scopo di "evitare l'arricchimento".

In realtà quando si procede alla *aestimatio* dei danni civili non ci sono affatto due operazioni da compiere (prima si liquida e poi si "compensa"). L'operazione è una soltanto e consiste nel sottrarre dal patrimonio della vittima ante sinistro il patrimonio della vittima residuo al sinistro. E se in tale operazione ci si imbatte in un vantaggio che sia conseguenza dell'illecito

non si dirà che per quella parte si sta "compensando" danno e lucro, ma si dirà che l'illecito non ha provocato danno.

I principi appena esposti sono gli unici coerenti col quadro normativo sopra illustrato e non sarà superfluo ricordare che la regola secondo cui nella stima del danno deve tenersi conto dei vantaggi realizzati dalla vittima, che siano conseguenza dell'illecito, risulta:

(a) condivisa dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale ha affermato che in un giudizio di responsabilità l'eccezione di *compensatio* "non si può, in via di principio, considerare infondata" (Corte giust. CE, 4 ottobre 1979, *Deutsche Getreideverwertung*, in cause riunite C-241/78 ed altre);

(b) recepita dai principi Europei di diritto della responsabilità (*Principles of European Tort Law - PETL*, art. 10:103, secondo cui "*when determining the amount of damages benefits, which the injured party gains through the damaging event, are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit*"), i quali ovviamente non hanno valore normativo, ma costituiscono pur sempre un utile criterio guida per l'interprete.

5.5. - A quanto precede va soggiunta una ultima notazione, di carattere processuale.

La circostanza che la vittima abbia realizzato un vantaggio in conseguenza del fatto illecito, e che questo vantaggio abbia diritto od escluso il danno, non costituisce oggetto di una eccezione in senso stretto: essa infatti attiene alla stima del danno, e gli elementi costitutivi del danno sono rilevabili d'ufficio dal giudice.

Ne consegue che essa non soggiace all'onere di tempestiva allegazione, nè di tempestiva deduzione, secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite di questa Corte (Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531).

Tuttavia resta onere di chi invoca la *compensatio* dimostrarne il fondamento, ed in caso di insufficienza di prova (sull'*an* del vantaggio ottenuto dalla vittima, od anche solo sul *quantum* di esso), le conseguenze di essa ricadranno sul convenuto, che resterà tenuto al risarcimento integrale (cfr. Cass., 24 settembre 2014, n. 20111 e Cass., 10 maggio 2016, n. 9434).

5.6. - Quanto, poi, ai profili più strettamente attinenti al problema del cumulo tra indennizzo dovuto in forza di un contratto di assicurazione contro i danni e risarcimento dovuto dal terzo responsabile dell'evento dannoso (che concerne più da vicino il caso in esame), alle già esposte considerazioni di carattere generale e di sistema occorre aggiungere - a fronte degli argomenti spesi dalla parte ricorrente incidentale - talune puntualizzazioni.

A tal riguardo, il Collegio ritiene di porre in rilievo gli argomenti espressi da Cass., 11 giugno 2014, n. 13233, che si pongono in linea con le coordinate sopra delineate e da esse sono, a loro volta, confortati.

5.6.1. - Un prima precisazione attiene al profilo del pagamento dei premi assicurativi.

Non sembrerebbe potersi affermare, anzitutto, che, avendo l'assicurato pagato i premi, egli avrebbe comunque diritto all'indennizzo in aggiunta al risarcimento, altrimenti il pagamento dei premi sarebbe sine causa.

Il pagamento del premio, infatti, non è mai sine causa, perchè al momento in cui viene effettuato sussiste l'obiettivo incertezza sul verificarsi del sinistro e sulla solvibilità del responsabile.

Invero, il pagamento del premio è in sinallagma col trasferimento del rischio e non con il pagamento dell'indennizzo, tanto è vero che se alla scadenza del contratto il rischio non si è verificato, il premio resta ugualmente dovuto.

Il rapporto sinallagmatico che si istituisce soltanto tra pagamento del premio e trasferimento del rischio esclude, altresì, che detto pagamento rappresenti una posta patrimoniale risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 c.c., in conseguenza dell'evento dannoso che fa sorgere, al tempo stesso, il diritto all'indennizzo assicurativo ed al risarcimento del danno (non cumulabili tra loro).

Del resto, se fosse sufficiente pagare il premio per cumulare indennizzo e risarcimento, e quindi trasformare il sinistro in una occasione di lucro, allora si dovrebbe conseguentemente ammettere che il contratto concluso non è più un'assicurazione, ma una scommessa, nella quale puntando una certa somma (il premio) lo scommettitore può ottenere una remunerazione complessiva assai superiore al danno subito.

Un siffatto mutamento causale del contratto da assicurazione a scommessa troverebbe conferma, peraltro, anche nella circostanza per cui la possibilità di cumulare indennizzo e risarcimento darebbe luogo, in teoria, ad un interesse positivo dell'assicurato all'avverarsi del sinistro, venendo così meno sia il requisito strutturale-funzionale del rischio (che, ai sensi dell'art. 1895 c.c., deve configurarsi come la possibilità di avveramento di un evento futuro, incerto, dannoso e non voluto), sia il fondamentale requisito d'un interesse dell'assicurato contrario all'avverarsi del sinistro, desumibile dall'art. 1904 c.c..

5.6.2. - Una seconda precisazione riguarda il profilo della surroga dell'assicuratore, nel caso in cui - come nella specie - quest'ultimo non abbia manifestato la volontà di avvalersene nei confronti del responsabile, *ex art. 1916 c.c.*

A tal fine, si deve ribadire che la surrogazione dell'assicuratore non interferisce in alcun modo con il problema dell'esistenza del danno e, quindi, col principio indennitario.

E', infatti, indifferente la rinuncia o meno dell'assicuratore alla surroga, perchè non può essere risarcito il danno inesistente ab origine o non più esistente; e il danno indennizzato dall'assicuratore è un danno che ha cessato di esistere dal punto di vista giuridico, dal momento in cui la vittima ha percepito l'indennizzo e fino all'ammontare di quest'ultimo.

Del resto, la surrogazione *ex art. 1916 c.c.* costituisce, secondo la giurisprudenza unanime, una successione a titolo particolare dell'assicuratore nel diritto dell'assicurato e, quindi, perchè il diritto si trasferisca, è necessario che esso sia perso dall'assicurato ed acquistato dall'assicuratore.

Tuttavia, l'estinzione del diritto al risarcimento in capo all'assicurato avviene per effetto del solo pagamento e non per effetto della surrogazione, la quale, semmai, è un effetto dell'estinzione e non la causa di essa.

Pertanto, l'effetto estintivo, prodotto dal pagamento, è indifferente alle vicende del diritto di surrogazione da parte dell'assicuratore. Questi, rinunciando alla surrogazione sin dal momento della stipula del contratto, dispone di un proprio diritto (futuro) e non dell'altrui e tale atto di disposizione non muta l'effetto estintivo del pagamento.

In altri termini, la percezione dell'indennizzo, da parte del danneggiato, elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estingue e non può essere più preteso, nè azionato.

Se così non fosse, il danneggiato avrebbe un interesse positivo al realizzarsi del sinistro, il che - come detto - contrasta insanabilmente con il principio indennitario e con la "neutralità" dell'intervento dell'assicuratore rispetto alle condizioni patrimoniali dell'assicurato in epoca anteriore al sinistro.

Dunque, se l'assicuratore della vittima abbia rinunciato alla surrogazione, ovvero non abbia ancora manifestato l'intenzione di esercitarla al momento in cui il danneggiato pretende il risarcimento dal responsabile (pur avendo corrisposto l'indennizzo), è circostanza irrilevante ai fini del problema. Ed infatti, a prescindere dalla circostanza se la surrogazione dell'assicuratore operi ipso iure o per effetto di una apposita *denuntiatio*, è dirimente osservare che non sussiste alcun nesso di implicazione reciproca tra il diritto di surrogazione ed il divieto di cumulo tra indennizzo e risarcimento. Il primo, infatti, costituisce una modificazione soggettiva dell'obbligazione, finalizzata ad evitare il depauperamento dell'assicuratore, e che può mancare senza che il contratto di assicurazione perda la sua natura; l'altro è un principio che attiene al nucleo causale del contratto di assicurazione e la cui mancanza finisce inevitabilmente per trasformare quest'ultimo in un contratto diverso.

Del resto, le sezioni unite di questa Corte (sentenza n. 5119 del 10 aprile 2002) hanno escluso la possibilità per l'assicurato di cumulare più indennizzi che, complessivamente, eccedano l'ammontare del danno patito; sicchè, se non possono cumularsi più indennizzi, a maggior ragione non può ritenersi possibile cumulare indennizzi e risarcimento.

5.9. - In conclusione, si ripropone, ai fini della rimessione *ex art. 374 c.p.c.*, il quesito iniziale: "se nella liquidazione del danno debba tenersi conto del vantaggio che la vittima abbia comunque ottenuto in conseguenza del fatto illecito, ad esempio percependo emolumenti versatigli da assicuratori privati (come nella specie), da assicuratori sociali, da enti di previdenza, ovvero anche da terzi, ma comunque in virtù di atti indipendenti dalla volontà del danneggiante".

Quesito, dunque, che in sè pone anche l'interrogativo sul se la c.d. "*compensatio lucri cum damno*" (così icasticamente denominato il meccanismo liquidatorio anzidetto) possa operare come regola generale del diritto civile ovvero in relazione soltanto a determinate fattispecie.

P.Q.M.

Rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile della Corte suprema di Cassazione, in data 5 dicembre 2016 e, a seguito di riconvocazione, in data 6 giugno 2017. Depositato in Cancelleria il 22 giugno 2017.

LA LESIONE DEL DIRITTO ALLA PROCREAZIONE COSCIENTE E RESPONSABILE

(Relatore: Giovanni Stella)

Cass., 11 aprile 2017, n. 9251

Posto 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, necessario per fa luogo all'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni dal suo inizio, non può derivare alcun danno risarcibile dall'omessa diagnosi dell'anomalia fetale da parte dei medici, in occasione dell'ecografia morfologica effettuata dopo il suddetto termine.

FATTO

Con sentenza del 2/5/2011 la Corte d'Appello di Milano ha respinto il gravame interposto dai sigg. Z.L. e P.V. in relazione alla pronunzia Trib. Monza 15/10/2007, di rigetto della domanda dai medesimi proposta - in proprio e quali legali rappresentanti del figlio minore Ma. - nei confronti della sig. M.A. e della società Centro Politerapico s.r.l. di risarcimento dei danni lamentati in conseguenza della mancata rilevazione da parte della prima, in sede di ecografia morfologica eseguita presso quest'ultima il (OMISSIS) nel corso della 21^a settimana di gravidanza della Z., della malformazione del nascituro, venuto alla luce il (OMISSIS) "completamente privo della mano sinistra".

Avverso la suindicata pronunzia della corte di merito i sigg. Z. e P., in proprio e nella qualità, propongono ora ricorso per cassazione, affidato a 4 motivi, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso la M., che ha presentato anche memoria.

L'altra intimata non ha svolto attività difensiva.

DIRITTO

Con il 1^a motivo i ricorrenti denunziano "violazione e falsa applicazione" della L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b).

Si dolgono che, nel riprendere le "palesamente illogiche e contraddittorie" argomentazioni della CTU, la corte di merito abbia escluso la sussistenza nella specie di una situazione idonea a legittimare l'eventuale scelta di interruzione della gravidanza erroneamente ritenendo che il grave pericolo per la salute psichica della donna debba coincidere con il "rischio suicidario con un'approssimazione vicina al 100%", laddove il "grave pericolo per la vita della donna è il presupposto richiesto dalla L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. a, ed è anche il requisito previsto dal successivo art. 7, comma 3 qualora il feto abbia possibilità di vita autonoma; ma non è affatto condizione per l'applicabilità del'art. 6, lett. b)".

Con il 2^o motivo denunziano "violazione e falsa applicazione" degli artt. 1218, 1223 e 1225 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si dolgono che la corte di merito abbia erroneamente basato la decisione sul "mancato soddisfacimento di un onere probatorio di certezza assoluta con approssimazione al 100%", laddove "il criterio della certezza degli effetti della condotta omessa è stato espressamente abbandonato in favore di quello della probabilità degli stessi e dell'idoneità della condotta a

produrli ove posta in essere", in tema di responsabilità civile valendo il principio della "preponderanza dell'evidenza".

Lamentano che il danno subito è non solo quello alla salute ma anche "il danno esistenziale ed economico riconducibili all'inadempimento del sanitario in termini di causalità adeguata", e che "qualora l'imperizia del medico abbia impedito alla donna di esercitare il proprio diritto all'aborto e ciò abbia determinato un danno alla salute della madre, è ipotizzabile che da tale danno derivi un danno anche alla salute del marito".

Con il 3 motivo denunciano - "Insufficiente contraddittoria" motivazione su punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Si dolgono che la corte di merito abbia erroneamente inteso la CTU laddove non ha considerato che era stata ivi data risposta positiva al quesito se la "situazione si sarebbe sostanzialmente modificata" qualora i genitori "avessero iniziato le cure sei mesi prima della nascita di Ma."

Con il 4 motivo denunciano "violazione e falsa applicazione" degli artt. 1223 e 2043 c.c., art. 32 Cost., art. 212 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si dolgono che la corte di merito abbia rigettato la domanda di risarcimento del "danno psichico e relazionale" sofferto dal minore Ma. erroneamente affermando che nel nostro ordinamento non esiste un diritto a non nascere o a non nascere se non sano.

Lamentano non essersi dalla corte di merito considerato che "il nascituro, concepito all'epoca del fatto illecito, e che sia successivamente nato, è personalmente titolare di un diritto all'azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocatigli da tale fatto".

I motivi, che possono congiuntamente esaminarsi in quanto connessi, sono infondati.

Come le Sezioni Unite di questa Corte hanno avuto modo di affermare in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite *praesumptio hominis*, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale. Orbene, nell'impugnata sentenza la corte di merito ha fatto invero sostanziale applicazione dei suindicati principi.

In particolare là dove, essendo "pacifico che nel caso in esame si versi nell'ipotesi di cui all'art. 6, in quanto ormai decorso, al momento dell'effettuazione dell'esame ecografico di cui si discute, il termine di novanta giorni indicati dal precedente art. 4", ha posto in rilievo come il giudice di prime cure abbia "correttamente impostato la questione verificando, alla luce del dato normativo e delle risultanze in atti, se ricorressero in fattispecie "processi patologici tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"".

Ancora, nella parte in cui ha posto in rilievo come il giudice di prime cure sia del pari correttamente pervenuto a "negare che sussistesse una situazione tale da poter legittimare, a termini di legge, un'eventuale scelta di interruzione della gravidanza da parte di Z.L.", condividendo la ravvisata "non ricorrenza di un grave pericolo per la salute psichica di Z.L." nonché la valutazione che l'"introduzione, con quattro mesi di anticipo, delle terapie di

sostegno, non sarebbe stata evenienza in grado, comunque, di apportare apprezzabili modificazioni sull'evoluzione del processo patologico".

Infine, là dove ha sottolineato la correttezza della considerazione secondo cui la circostanza che "un determinato sintomo patologico permanga nel tempo" non equivale "ad affermare che si tratti di un sintomo grave".

Ribadita l'insussistenza nel caso degli "elementi integrativi la fattispecie legale" delle "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro che determinino un grave pericolo per la salute della donna", la corte di merito ha per altro verso negato che "il primo giudice non abbia considerato che i coniugi, se tempestivamente e correttamente informati, sarebbero arrivati al parto preparati, a differenza di quanto è avvenuto", al riguardo sottolineando come il giudice di prime cure abbia in effetti "preso in considerazione l'evenienza", pervenendo tuttavia ad escludere "che la sofferenza psichica dagli stessi manifestata potesse essere evitata o lenita ove si fossero potuti trovare nella condizione - che in concreto è invece mancata - di conoscere tempestivamente la presenza della malformazione".

L'ordinamento non ammette infatti il c.d. "aborto eugenetico", prescindente cioè dal "serio" o dal "grave pericolo" per la "vita" o la "salute fisica o psichica" della donna (v. Cass., Sez. Un., 22/12/2015, n. 25767; Cass., 29/7/2004, n. 14488; Cass. 14/7/2006, n. 16123; Cass., 11/5/2009, n. 10741. E già Cass., 22/11/1993, n. 11503).

Atteso che alla L. n. 194 del 1978, art. 1 risulta posto il principio in base al quale lo Stato "tutela la vita umana dal suo inizio", con l'ulteriore precisazione che l'interruzione della gravidanza "non è mezzo per il controllo delle nascite" (cfr., da ultimo, Cass., Sez. Un., 22/12/2015, n. 25767), si è da questa Corte posto in rilievo che, mentre entro i primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza può essere ammessa quando, anche in ragione di "previsioni di anomalie o malformazioni del concepito", la prosecuzione della gravidanza o il parto comportino un "serio pericolo" per la "salute fisica o psichica" della gestante (L. n. 194 del 1978, art. 4), dopo i primi novanta giorni, essa può essere eccezionalmente consentita solo quando a) la gravidanza o il parto comportino un "grave pericolo" per la "vita della donna" ovvero b) siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un "grave pericolo" per la "salute fisica o psichica della donna".

Ciò in quanto l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente); le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano solo nei termini in cui possano cagionare il danno alla salute della gestante medesima, e non in sè e per sè considerate con riferimento al nascituro (così Cass., 29/7/2004, n. 14488).

A tale stregua, come questa Corte ha già avuto modo di porre in rilievo, pur riconoscendosi alla L. n. 194 del 1978, art. 1 il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione, l'interruzione della gravidanza è ammissibile solo nelle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante, sicchè la sola esistenza di malformazioni del feto non incidenti sulla vita o sulla salute della donna non consentono l'accesso all'aborto (v. Cass., 29/7/2004, n. 14488).

Alla L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b è espressamente previsto che idonei a determinare "un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna" sono solamente "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro".

Orbene, nell'esercizio dei propri poteri i giudici del doppio grado di merito hanno correttamente accertato essere la malformazione de qua (mancanza della mano sinistra) inidonea ad incidere sulla vita e sulla salute dell'odierna ricorrente, con congrua motivazione escludendo che essa possa integrare il presupposto normativo in argomento ("Sottolineando... come neppure il consulente di parte attrice, con valutazione effettuata *ex post*, avesse definito come grave il danno psichico di Z.L. (in quanto nella classificazione dallo stesso fornita, contemplante quattro fasce di gravità - lieve, rilevante, grave e molto grave - lo aveva definito "rilevante" e da collocarsi "nella parte alta della fascia che va dal 10% al 33%)" il Tribunale ha ritenuto che l'interruzione della gravidanza non avrebbe potuto essere lecitamente praticata in quanto non sarebbe stato ravvisabile in concreto "un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna". Ciò avrebbe pertanto impedito di ritenere sussistente qualunque danno derivante dal mancato esercizio di tale preteso diritto, in concreto insussistente").

In altri termini, dai giudici di merito si è correttamente escluso che la mancanza di una mano integri la ricorrenza dello stesso presupposto ("rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro") normativamente previsto ai fini della configurabilità del requisito del "grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna" legittimante l'eccezionale possibilità di farsi luogo, dopo i primi 90 giorni di gravidanza, alla relativa interruzione.

Quanto al danno fatto valere dallo stesso nato disabile, va per altro verso osservato che come dalle Sezioni Unite di questa Corte precisato non ne è invero in radice data la stessa configurabilità, in quanto "la ragione di danno da valutare sotto il profilo dell'inserimento del nato in un ambiente familiare nella migliore delle ipotesi non preparato ad accoglierlo" si rivela sostanzialmente quale mero "mimetismo verbale del c.d. diritto a non nascere se non sani", andando pertanto "incontro alla... obiezione dell'incomparabilità della sofferenza, anche da mancanza di amore familiare, con l'unica alternativa ipotizzabile, rappresentata dall'interruzione della gravidanza", non essendo d'altro canto possibile stabilire un "nesso causale" tra la condotta colposa del medico e "le sofferenze psicofisiche cui il figlio è destinato nel corso della sua vita" (così Cass., Sez. Un., 22/12/2015, n. 25767).

Senza per altro verso sottacersi che il danno del nato disabile risulta nella specie dai genitori invero prospettato come conseguenza del danno da essi asseritamente subito, laddove, stante la suindicata ravvisata relativa insussistenza, a fortiori difetta lo stesso presupposto per la configurabilità di un pregiudizio che si assume esserne conseguentemente derivato in capo al nato.

Il ricorso, assorbito ogni altro e diverso profilo, va dunque rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo in favore della controricorrente M., seguono la soccombenza.

Non è viceversa a farsi luogo a pronunzia in ordine alle spese del giudizio di cassazione in favore dell'altra intimata, non avendo la medesima svolto attività difensiva.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna i ricorrenti al pagamento, in solido, delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in complessivi Euro 3.200,00, di cui Euro 3.000,00 per onorari, oltre a spese a generali ed accessori come per legge, in favore della controricorrente M..

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, come modif. dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento da parte

dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, il 27 settembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 11 aprile 2017.

Cass., 10 gennaio 2017, n. 243

In tema di responsabilità medica, qualora risulti che un ginecologo, al quale una gestante si sia rivolta per accertamenti sull'andamento della gravidanza e sulle condizioni del feto, abbia omesso di prescrivere l'amniocentesi, esame che avrebbe evidenziato la peculiare condizione dello stesso ("sindrome di *Down*"), la mera circostanza che, due mesi dopo quella prestazione, la gestante abbia rifiutato di sottoporsi ad ulteriori accertamenti prenatali non elide l'efficacia causale dell'inadempimento del medico quanto alla perdita della "*chance*" di conoscere lo stato del feto sin dal momento in cui quell'inadempimento si è verificato; conseguentemente, ove la gestante lamenti di aver subito un danno alla salute psico-fisica, per aver scoperto la condizione del figlio solo al termine della gravidanza, la perdita di quella "*chance*" deve essere considerata parte del danno ascrivibile all'inadempimento del medico.

FATTO

p.1. B.V., M.R., B.A. e B.F. hanno proposto ricorso per cassazione contro la sentenza del 6 febbraio 2013, con cui la Corte d'Appello di Catania ha rigettato l'appello da essi ricorrenti proposto contro la sentenza del dicembre 2006, con la quale il Tribunale di Catania aveva rigettato la domanda, proposta contro il dottor L.F.F. nel novembre del 2001 da B.V. e dalla M., in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sui figli allora minorenni A. e F., per ottenere il risarcimento dei danni asseritamente subiti in conseguenza del comportamento tenuto dal medico in occasione della gravidanza della M., conclusasi con la nascita di un terzo figlio affetto da sindrome di *Down*.

p.2. Al ricorso hanno resistito con separati controricorsi il L.F. e la Zurich Insuranc Public Limited Company S.A. (già Zurigo Assicurazioni), che era stata chiamata in garanzia in primo grado dal L.F..

p.3. I ricorrenti hanno depositato memoria.

DIRITTO

p.1. Con il primo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione degli artt. 1176 e 1218 c.c., L. n. 833 del 1978, art. 2, artt. 2 e 32 Cost. - Omesso esame su fatti decisivi della controversia - Riferimento art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5".

Il motivo esordisce con il ricordare che la corte etnea avrebbe riconosciuto l'obbligo di informazione gravante sul medico ed "il correlato diritto della M., *rectius* della famiglia M." e, quindi, evidentemente alludendo alla motivazione che si vorrebbe criticare - osserva che essa, al rigo 21 della pagina 5, avrebbe aggiunto che il L.F. "comunque non ha mai fornito la prova

del proprio adempimento, pur essendovi tenuto", ancorchè "tuttavia quell'obbligo informativo" fosse "strumentalmente preordinato non tanto all'esercizio di una procreazione consapevole, sibbene alla possibilità di praticare l'interruzione della gravidanza", per poi affermare che la domanda non poteva essere accolta in quanto gli appellanti avevano dedotto "quale unica conseguenza lesiva... la violazione dell'obbligo informativo del sanitario".

Dopo avere così individuato la motivazione che si intende sottoporre a critica, nella successiva illustrazione si argomenta che gli attori non avevano "limitato la loro pretesa risarcitoria alla violazione dell'obbligo informativo del medico", adducendosi che era "stata lamentata sin dal primo grado (...) la lesione del diritto di sapere che ha precluso di scegliere consapevolmente se abortire o no".

Immediatamente dopo si asserisce che "frana dunque il teorema della Corte che assolve il medico con il mero aforisma del: ... siccome tu non avresti comunque abortito, poco importa se io non ti ho informata...".

La domanda avrebbe dovuto, invece, essere accolta sulla base della "logica equazione: mancata informazione tempestiva uguale impossibilità di scegliere se abortire oppure no".

p.1.1. Il motivo è inammissibile.

Rileva il Collegio che, all'esito della lettura dell'illustrazione del motivo, emerge un'evidente carenza di precisa individuazione della motivazione della sentenza impugnata che si vorrebbe criticare ed anzi una palese contraddizione fra il modo in cui ad essa ci si riferisce in limine dell'illustrazione (con la riproduzione delle due brevi espressioni sopra riprodotte) e il modo in cui ad essa ci si riferisce in chiusura della stessa illustrazione.

Nel primo caso si imputa alla sentenza d'appello di avere asserito che l'obbligo informativo del medico era finalizzato non all'esercizio di una procreazione consapevole, ma alla possibilità di praticare l'interruzione di gravidanza. Nel secondo si imputa alla Corte di merito di avere ritenuto che la mancanza di informazione sarebbe stata irrilevante perchè in ogni caso la M. non avrebbe abortito.

Il motivo, dunque, rivela un'intrinseca contraddizione nella necessaria attività di individuazione della motivazione criticata.

p.1.2. Peraltro, se si passa ad esaminare la sentenza impugnata, emerge che la prima delle brevissime frasi indicate nella prima parte dell'illustrazione del motivo è stata enunciata dalla Corte territoriale fra parentesi, dopo l'articolazione di una prima motivazione, imperniata in primo luogo sull'asserto che la pretesa risarcitoria derivante dalla lamentata violazione dell'obbligo informativo, "quantomeno così come espressa nell'atto di appello", non era "mai stata ricondotta alla impossibilità, da parte della gestante, di far luogo alla interruzione della gravidanza, ma piuttosto unicamente al fatto di non aver potuto proseguire la gestazione con la consapevolezza di avere in grembo un feto affetto da sindrome di *Down*", di modo che "nel caso in esame l'unica conseguenza lesiva che viene ricondotta alla violazione dell'obbligo informativo del sanitario" era "rappresentata unicamente dall'aver subito la M. al momento della nascita l'effetto "sorpresa" dal quale poi sarebbero scaturiti i dichiarati effetti dannosi alla di lei salute psico-fisica (nevrosi ansioso depressiva)". Dopo di che la Corte di merito ha escluso la responsabilità del medico adducendo che, poichè in atti era dimostrato un rifiuto della M. di sottoporsi all'amniocentesi, quel comportamento escludeva che potesse sul piano causale attribuirsi una qualche rilevanza riguardo al lamentato danno al comportamento del medico, pur inadempiente (in quanto non aveva fornito la prova del proprio adempimento: è qui che trovasi

inserita l'espressione richiamata nel motivo), di modo che era corretta la valutazione in tal senso della sentenza di primo grado.

p.1.3. Ebbene, una volta letta la motivazione della sentenza impugnata, emerge in modo manifesto innanzitutto che la seconda frase riportata dall'illustrazione del motivo con intermezzo di puntini sospensivi altera, proprio tramite di essi, quanto la sentenza ha affermato. In secondo luogo e comunque che la contraddittoria illustrazione del motivo non si correla affatto ad essa.

Ne deriva che il motivo di violazione di norme di diritto, al di là della già segnalata contraddittoria enunciazione, è per tale ragione inammissibile, in quanto la censura in iure sopra riferita si rivela non rivolta contro l'effettiva motivazione della sentenza impugnata.

L'illustrazione del motivo non contiene, poi, affatto l'indicazione di un fatto di cui sia stato omissa l'esame ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5 e semmai evoca circostanze di fatto senza fornire l'indicazione specifica ai sensi dell'art. 366 c.p.c., n. 6.

p.2. Con il secondo motivo si denuncia "violazione e falsa applicazione degli artt. 2727 e 2729 c.c. - Omissa esame su fatto decisivo della controversia - Riferimento art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5".

Vi si censura la motivazione con cui la Corte territoriale ha ritenuto che il rifiuto della M. di sottoporsi ad amniocentesi in occasione del controllo presso l'Ospedale (OMISSIS) sarebbe stato un comportamento della medesima idoneo ad elidere ogni efficienza causale del comportamento inadempiente del L.F. rispetto al danno che la stessa Corte ha ritenuto di individuare come oggetto della domanda per come limitata in appello.

L'illustrazione procede, dopo avere fatto richiamo a Cass. n. 7269 del 2013, particolarmente quanto all'affermazione, svolta in motivazione e pertinente rispetto alla decisione di merito allora impugnata, che "il rifiuto di sottoporsi ad amniocentesi, per i rischi ad essa connessi, è indice estremamente ambiguo, allorchè venga espresso in un contesto diagnostico non allarmante, di talchè la percezione del pericolo di danneggiare inutilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bimbo gravemente malato", con l'asserto che nella specie non si è tenuto in alcun conto che il rifiuto della M. era stata diretta conseguenza delle assicurazioni ottenute dal L.F. due mesi prima, di modo che esse avevano fatto sì che la M., assicurata sulla buona salute del bimbo, recepisce con "preoccupata, comprensibile diffidenza l'analisi propositale da medici diversi dal suo ginecologo".

A questa prospettazione, peraltro, seguono argomentazioni che lamentano l'erroneità di tale valutazione, adducendo che con essa la sentenza impugnata avrebbe ritenuto che la M., se anche informata a suo tempo dal L.F., in ogni caso avrebbe rinunciato alla scelta di abortire. Si critica, cioè, la sentenza impugnata come se avesse desunto dal rifiuto della M. di sottoporsi a novembre all'amniocentesi, la conclusione che la stessa non avrebbe scelto di abortire ove, una volta sottoposta all'esame, avesse avuto contezza della sindrome poi rivelatasi presente nel figlio e, quindi, l'ulteriore inferenza che, ove il L.F. due mesi prima le avesse consigliato quello stesso accertamento, parimenti essa, una volta conosciutone l'esito, non avrebbe interrotto la gravidanza.

p.2.1. Queste argomentazioni non considerano l'effettiva motivazione della sentenza impugnata, la quale, come s'è veduto esaminando il primo motivo, ha espressamente affermato che i ricorrenti in appello avevano concentrato la domanda risarcitoria individuando il danno

c.d. conseguenza sofferto dalla M. nell'effetto di "sorpresa" delle condizioni del figlio, dal che sarebbe scaturito il danno alla sua salute psico-fisica, cioè una nevrosi ansiosa depressiva.

Il motivo, peraltro, là dove, dopo avere svolto l'erronea supposizione di cui si è detto, sostiene che l'affermazione della sentenza impugnata circa l'interruzione del nesso causale riferito al danno così individuato da parte del rifiuto a sottoporsi all'anniocentesi sarebbe stata contraria all'art. 2727 c.c., in quanto l'applicazione di tale norma avrebbe giustificato che dal dato - che si dice pacifico - dell'insorgenza all'esito della gravidanza della nevrosi ansioso-depressiva, dovesse desumersi che analoga patologia si sarebbe manifestata nella M. se avesse conosciuto le condizioni del feto, ove il L.F. le avesse prescritto l'anniocentesi a settembre del 1999 e vi si fosse sottoposta.

Tuttavia, subito dopo tale asserto si torna a postulare che il comportamento del L.F. e, quindi, il deficit di informazione da lui provocato, avrebbe cagionato come danno la perdita della scelta di decidere se interrompere la gravidanza.

p.2.2. Il motivo, nonostante la confusione ingenerata dall'erroneo riferimento al danno rispetto al quale la Corte avrebbe ritenuto l'efficacia interruttiva sul piano del nesso causale del rifiuto della M. di sottoporsi all'anniocentesi rispetto al comportamento del medico, si presta ad essere inteso come motivo che investe la correttezza in iure della premessa che ha portato la Corte territoriale ad affermare quell'efficacia e come tale dev'essere scrutinato.

Il motivo dev'essere esaminato nell'esercizio dei poteri di questa Corte di attribuire alla censura in iure l'esatto significato che essa riveste in relazione al diritto oggettivo e con riferimento alla motivazione impugnata.

Detti poteri si debbono esercitare, al di là della correttezza dei ragionamenti svolti dal ricorrente, per sorreggere la censura in iure, essendo compito della Corte di Cassazione, una volta dedotto un motivo di violazione di norma di diritto, considerarlo al di là di detta correttezza, cioè dando rilievo alla questione di diritto che esso pone sulla base dell'esatto inquadramento nel tessuto normativo, che la Corte conosce in applicazione del principio *iura novit curia*.

p.2.3. Il motivo, stante l'evocazione della violazione degli artt. 2727 e 2729 c.c., prospetta come sostanza della censura che erroneamente la corte territoriale avrebbe inferito che il nesso causale fra il comportamento del medico, che la stessa Corte ha qualificato come di inadempimento, e l'evento dannoso (pur, come s'è veduto, erroneamente individuato) sia stato interrotto dal comportamento tenuto dalla M. nel (OMISSIS), allorquando la stessa si rifiutò di sottoporsi all'anniocentesi. Tale rifiuto, secondo la corte siciliana, avrebbe assunto efficacia causale esclusiva del danno, cioè, per il tramite dell'effetto di "sorpresa" circa la condizione del figlio verificatosi al momento della nascita, della determinazione delle conseguenze sulla salute psico-fisica della M..

Ora, la corte di merito non ha giustificato il suo ragionamento facendo riferimento alle norme degli artt. 2727 e 2729 c.c., evocate nell'intestazione del motivo, ma ha, facendo riferimento al concetto di interruzione del nesso causale, fatto applicazione del criterio di causalità, che nel nostro ordinamento civile non ha un preciso referente normativo, se non in quello di consequenzialità immediata e diretta di cui all'art. 1223 c.c., il quale, com'è noto, induce e giustifica l'applicazione delle regole di causalità dettate dal codice penale negli artt. 40 e 41. Sostanzialmente il ragionamento della corte territoriale si è risolto nella surrettizia applicazione dell'art. 41, comma 2, poichè ha attribuito al rifiuto, quale fatto sopravvenuto

all'inadempimento del L.F., efficacia causale esclusiva nella determinazione della sorpresa causativa del danno alla M..

Il motivo, dunque, avrebbe dovuto evocare la violazione dell'art. 41 c.p., comma 2.

Alla stregua di Cass. sez. un. n. 17931 del 2013 ciò di cui il ricorso si duole con il motivo in esame, pur nella confusione circa l'individuazione del danno che sopra è stata riferita, consente, però, di intendere l'esatto parametro normativo della cui sostanziale erronea applicazione si duole.

Ebbene l'applicazione implicita dell'art. 41 c.p.c., comma 2, che è stata fatta dalla sentenza impugnata, risulta erronea, una volta assunti i criteri di individuazione della causa sopravvenuta di per sè sola sufficiente a determinare l'evento dannoso e ad elidere l'efficacia causale del comportamento del soggetto inadempiente.

Occorre tenere conto della particolarità della fattispecie ed in particolare del fatto che, per effetto dell'inadempimento, pacificamente riconosciuto addebitabile al L.F. con affermazione della sentenza impugnata su cui si è formata cosa giudicata e che avrebbe dovuto essere impugnata, sia pure con ricorso incidentale condizionato, dai resistenti, la situazione della M., là dove non gli fu prescritto o almeno consigliato di sottoporsi all'amniocentesi, si connotò, fino al momento in cui venne fatta successivamente la prescrizione dell'accertamento due mesi dopo, come situazione che metteva la M. nella condizione di confidare che la gravidanza era regolare.

Nel momento in cui l'amniocentesi le venne invece prescritta oltre cinque mesi dopo la gravidanza, la situazione della M. non era quella che era stata al momento dell'inadempimento del L.F..

Allora era situazione di incertezza, per la cui soluzione si era affidata al medico e, successivamente allo svolgimento della prestazione del medico essa si trasformò in situazione di affidamento e certezza per effetto del risultato di quella prestazione. Ne segue che, al momento del rifiuto di sottoporsi all'amniocentesi due mesi dopo, tale rassicurazione la decisione della M. e, quindi, il comportamento cui si è attribuito efficacia causale esclusiva, ebbe luogo in una situazione e condizione diversa, nella quale da un lato vi era l'affidamento nell'operato del L.F. e dall'altro vi era la prescrizione dell'Ospedale. Non solo: la gravidanza era giunta ormai ad uno stato più avanzato di ben due mesi e, sebbene il diritto di scelta sul se continuare la gravidanza comunque si collocasse, come all'epoca della prestazione del L.F., al di là del periodo che consente alla gestante di scegliere di abortire liberamente, era mutato il bene coinvolto dalla scelta, atteso che il feto ormai aveva due mesi in più.

L'essere stata posta la M. in una condizione di scelta sul se proseguire la gravidanza o interromperla con due mesi in più di durata della stessa ed il dovere esercitare la scelta ponendo a raffronto, nei termini in cui un paziente può farlo, il risultato della prestazione del L.F. e quello della prescrizione dell'Ospedale, non consente di attribuire alla sua scelta, indirizzata con il rifiuto della seconda, l'efficacia di causa esclusiva oltre che della prosecuzione della gravidanza soprattutto dell'effetto della sorpresa poi verificatasi all'atto della nascita, quale evento dannoso che avrebbe avuto la conseguenza di ledere la sua integrità psico-fisica.

Essendo avvenuta la scelta di rifiutare anche sulla base e, quindi, con il condizionamento del risultato dell'inadempimento della prestazione del medico non si può ritenere in astratto - cioè utilizzando il criterio dell'*id quod plerumque accidit* quando taluno prima si rivolge ad un medico di fiducia e confida nella sua diagnosi e poi, da parte di una struttura ospedaliera, ha

una diagnosi diversa e si deve determinare - che il risultato della prestazione del L.F., cioè il suo inadempimento, sia di per sè divenuto privo di ogni efficienza causale. Poichè esso, sempre in astratto, ha condizionato la scelta di rifiutare la prescrizione della struttura, l'affermazione della corte di merito nel senso di attribuire alla scelta stessa un'efficacia causale sopravvenuta esclusiva non è corretta. Non è corretto cioè dire che, poichè la M. ha rifiutato l'amniocentesi a (OMISSIS), è solo tale rifiuto che ha cagionato la sorpresa dell'esito della gravidanza. L'efficacia causale esclusiva del rifiuto postulava il concreto accertamento che esso non dipendesse anche solo parzialmente dal fatto di confidare nella diagnosi del L.F..

Il che postulava il concreto accertamento delle modalità e del contesto in cui il rifiuto era avvenuto, naturalmente sulla base delle richieste istruttorie formulate dalle parti, se ammissibili, e naturalmente se il giudice d'appello ne era stato investito eventualmente anche con critica delle valutazioni espresse dal primo giudice.

p.2.4. D'altro canto, il ragionamento della Corte di merito risulta erroneo anche per un'ulteriore autonoma ragione: invero, la cattiva esecuzione della sua prestazione da parte del L.F. ha in ogni caso precluso alla M. la possibilità di conoscere lo stato del feto fin dal momento in cui si rivolse al medesimo. Su tale preclusione il successivo rifiuto dell'amniocentesi non ha potuto dispiegare alcuna efficacia causale esclusiva sopravvenuta per l'assorbente ragione che la perdita della *chance* di conoscere lo stato di gravidanza e, quindi, di abituarsi alla condizione del nascituro fin da quel momento, si era ormai definitivamente verificata quando nel (OMISSIS) ebbe luogo il rifiuto.

Nè può interpretarsi il rifiuto come una sorta di rinuncia tacita a dolersi della perdita della detta *chance*. Il rifiuto si risolve solo nella perdita - peraltro astrattamente imputabile anche all'inadempimento - della possibilità di conoscere lo stato del feto a partire dal momento in cui venne espresso.

Sotto questo secondo aspetto si configura certamente un'efficacia causale dell'inadempimento per quella parte del danno che si individui come determinata dalla perdita della *chance* di conoscere lo stato del feto ben prima dell'esito della gravidanza.

Le svolte considerazioni comportano l'accoglimento del motivo e la cassazione della sentenza impugnata.

La Corte di merito provvederà ad una nuova decisione applicando i seguenti principi di diritto, che intendono esprimere - secondo il modo delle c.d. massime di specie - il modo in cui la fattispecie concreta avrebbe dovuto essere sussunta sotto le regole giuridiche del rapporto causale:

a) "qualora risulti che un medico ginecologo, cui fiduciarmente una gestante si sia rivolta per accertamenti sulle condizioni della gravidanza e del feto, non abbia adempiuto correttamente la prestazione, per non avere prescritto l'amniocentesi ed all'esito della gravidanza il feto nasca con una sindrome che quell'accertamento avrebbe potuto svelare, la mera circostanza che due mesi dopo quella prestazione la gestante abbia rifiutato di sottoporsi all'amniocentesi presso una struttura ospedaliera in occasione di ulteriori controlli, non può dal giudice di merito essere considerata automaticamente come causa efficiente esclusiva, sopravvenuta all'inadempimento, riguardo al danno alla propria salute psico-fisica che la gestante lamenti per avere avuto la "sorpresa" della condizione patologica del figlio all'esito della gravidanza, occorrendo all'uopo invece accertare in concreto che sul rifiuto non abbia influito il convincimento ingenerato nella gestante dalla prestazione erroneamente eseguita";

b) "qualora risulti che un medico specialista in ginecologia, cui una gestante si sia rivolta per accertamenti sulle condizioni della gravidanza e del feto, non abbia adempiuto correttamente la prestazione per non avere prescritto l'amniocentesi ed all'esito della gravidanza il feto nasca con una sindrome che quell'accertamento avrebbe potuto svelare, la mera circostanza che, due mesi dopo quella prestazione, la gestante abbia rifiutato di sottoporsi all'amniocentesi, non elide l'efficacia causale dell'inadempimento quanto alla perdita della *chance* di conoscere lo stato della gravidanza fin dal momento in cui si è verificato e, conseguentemente, ove la gestante lamenti di avere subito un danno alla salute psico-fisica, per avere avuto la sorpresa della condizione patologica del figlio solo al termine della gravidanza, la perdita di quella *chance* dev'essere considerata un parte di quel danno ascrivibile all'inadempimento del medico".

p.3. Il terzo motivo lamenta che non si sia dato sfogo alle prove ritenute inammissibili dal primo giudice ed alla richiesta di c.t.u..

Non essendosi la Corte territoriale pronunciata riguardo alla loro ammissibilità e, quindi, sulla doglianza rispetto all'operato di quel giudice, esso resta assorbito.

Il giudice di rinvio dovrà pronunciarsi al riguardo ai fini dello svolgimento del giudizio di rinvio.

p.4. Il quarto motivo è inammissibile alla stregua di Cass. sez. un. n. 3840 del 2007.

Invero, la corte territoriale, una volta individuata - a torto o a ragione - la domanda per come devoluta dall'appello esclusivamente nella postulazione di un danno psico-fisico cagionato all'avere la M. avuto la "sorpresa" dello stato morboso del nuovo nato, non aveva *potestas iudicandi* sulla domanda intesa come relativa al danno da perdita della possibilità di scegliere di interrompere la gravidanza.

D'altro canto, i ricorrenti non hanno svolto alcun motivo di impugnazione contro l'affermazione della sentenza impugnata circa il tenore della domanda devoluta in appello.

Per discutere delle questioni poste dal motivo sarebbe stato necessario formulare un motivo di impugnazione.

p.5. Il quinto ed il sesto motivo pongono questioni che dovranno prospettarsi al giudice di rinvio, non essendo state decise dalla sentenza impugnata, in ragione della soluzione data all'appello.

p.6. Rimane assorbito anche il settimo motivo, concernente la statuizione sulle spese, che resta caducata, in conseguenza della cassazione della sentenza impugnata.

p.7. Conclusivamente la sentenza è cassata in relazione al secondo motivo.

Il giudice di rinvio, che si designa in altra sezione della Corte d'Appello di Catania, comunque in diversa composizione, provvederà al regolamento delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il primo motivo. Accoglie il secondo motivo. Dichiaro assorbito il terzo ed inammissibili il quarto, il quinto ed il sesto motivo. Dichiaro assorbito il settimo motivo. Cassa la sentenza in relazione al motivo accolto e rinvia ad altra sezione della Corte d'Appello di Catania, comunque in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile, il 13 ottobre 2016.
Depositato in Cancelleria il 10 gennaio 2017.

RITARDO NELLA DIAGNOSI E PERDITA DELLA POSSIBILITÀ DI UNA VITA PIÙ LUNGA O MIGLIORE: LA CASSAZIONI RIFLETTE (ANCORA) SUL DANNO DA PERDITA DI *CHANCE*

(Relatore: Daniela Maria Frenda)

Cass., 14 novembre 2017, n. 26822

La perdita di “*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. (Nella specie, in tema di 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, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva respinto la domanda in quanto, in base all’accertamento tecnico, il ritardo era stato assolutamente ininfluenza sull’evoluzione della patologia 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).

FATTO

M.O. ed I.E. convennero in giudizio l’Azienda Sanitaria Ospedaliera S. Croce e Carle di (OMISSIS) per sentirla condannare al risarcimento dei danni conseguiti alla inadeguata assistenza prestata al loro congiunto I.G., affetto da una patologia tumorale e deceduto il (OMISSIS): sostennero che il decesso era stato determinato, o comunque anticipato, da ritardi ed errori compiuti dai sanitari e richiesero il risarcimento del danno biologico *iure hereditatis* e del danno morale/parentale *iure proprio*.

L’Azienda convenuta resistette alla pretesa e il Tribunale di Cuneo, espletata c.t.u., rigettò la domanda, condannando le attrici al pagamento delle spese di lite.

La Corte di Appello ha rigettato il gravame della M. e della I., con condanna alle spese del grado.

Le soccombenti hanno proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi, illustrati da memoria; l’intimata non ha svolto attività difensiva.

DIRITTO

1. Il primo motivo denuncia la violazione degli artt. 1218, 1223 e 2679 (*rectius*: 2697) c.c. “per avere la sentenza ritenuto le appellanti gravate dall’onere di dimostrare il fatto che un intervento chirurgico tempestivo avrebbe evitato le successive complicanze ed incrementato la speranza di vita del paziente e considerato essere risarcibile solo la perdita della “probabilità” di conseguire un certo bene della vita” e non anche della sola possibilità.

Premesso di avere richiesto il risarcimento del danno sia per il “decesso” tout court del congiunto, sia per perdita della possibilità di essere sottoposto ad ulteriori cure per il miglioramento della propria salute (perdita di *chances*), le ricorrenti censurano la Corte per non avere ritenuto che il ritardo nella consegna dell’esito di un esame avesse comportato un

corrispondente ritardo del trattamento chirurgico e chemioterapico, privando il paziente della "possibilità di una vita anche solo di poco più lunga e/o migliore"; più specificamente, contestano l'affermazione che gravasse sugli attori l'onere di provare il nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno (e, in definitiva, di fornire la prova del danno stesso) e assumono che la *chance* non è risarcibile solo se scientificamente probabile, in quanto è "sufficiente la mera possibilità", "ponendosi la maggiore o minore "probabilità o verosimiglianza sul tutt'affatto diverso piano del *quantum debeatur*".

1.1. Premesso che il ritardo nella consegna del referto dell'esame con videocapsula eseguito il 9.3.2005 era quantificabile in dieci giorni, la Corte ha dato atto che i consulenti d'ufficio avevano affermato che esso era stato "assolutamente ininfluenza dal punto di vista prognostico e che, data la gravità e l'aggressività della malattia (...) non è dimostrabile che, se il paziente fosse stato operato con anticipo, non sarebbe andato incontro alle successive complicanze e sarebbe vissuto più a lungo" e, inoltre, che "non è neppure dimostrato nè scientificamente probabile che, nell'intervallo di tempo trascorso per la consegna dell'esito dell'esame, le condizioni della malattia si siano aggravate in maniera tale da rendere più difficile ed incerto l'esito dell'intervento".

1.2. Il motivo è infondato.

Considerato che - per quanto emerge dall'atto di citazione riprodotto in ricorso - la perdita di *chances*, era stata individuata in termini di "perdita della possibilità di essere sottoposto ad ulteriori cure per il miglioramento della propria salute" e che la Corte ha affermato - alla stregua della relazione di c.t.u. - l'assoluta ininfluenza di un ritardo di appena dieci giorni sulla diagnosi e sull'evoluzione di una patologia tumorale rara ed aggressiva, deve ritenersi che la sentenza non sia incorsa in alcuno degli errori denunciati.

Non quello concernente la stessa individuazione della natura "ontologica" della *chance*, giacché, pur potendo essere costituita da una mera possibilità presente nella sfera giuridica del danneggiato che sia stata compromessa dall'illecito, la *chance* deve tuttavia essere concreta ed effettiva e non meramente teorica ed ipotetica: carattere che difetta evidentemente laddove - come nel caso - risulti esclusa una qualunque menomazione delle possibilità di cura.

Non quello concernente la distribuzione dell'onere della prova, in quanto, ove sia dedotta una perdita di *chance*, la prova della "possibilità" perduta non può che essere posta a carico dell'attore, identificandosi con la prova stessa del danno.

Peraltro, la Corte non ha neppure affrontato espressamente il tema dell'onere della prova sul nesso di causa (che, a ben vedere, assume specifica rilevanza quando si tratti di stabilire a carico di quale parte debba porsi il dubbio residuo dall'istruttoria, nel senso che l'incertezza non potrà che ricadere in danno della parte onerata della prova), ma si è limitata ad affermare che non era stata fornita alcuna prova del danno (essendo risultato il ritardo "assolutamente ininfluenza dal punto di vista prognostico" e non essendo "dimostrabile" alcuna incidenza sulle complicanze o sulla sopravvivenza); con ciò accertando l'insussistenza della *chance* che si assumeva menomata, e quindi del danno, con statuizione che non è stata in alcun modo influenzata dalla scelta del criterio di riparto dell'onere probatorio sul nesso di causa.

2. Il secondo motivo denuncia la nullità della sentenza in relazione agli artt. 112 e 132 c.p.c. "per avere la sentenza gravata integralmente omesso di pronunciarsi sul quinto motivo d'appello (...) ovvero per avere (implicitamente) rigettato il predetto quinto motivo in assenza di qualsivoglia motivazione": premesso che, col quinto motivo di gravame (che è stato

ritualmente trascritto in ricorso), si erano dolute della mancata compensazione delle spese di lite, con ampia illustrazione delle ragioni, le ricorrenti si dolgono che la Corte non abbia statuito alcunché al riguardo e rilevano che neppure la formula "respinta ogni contraria istanza, eccezione, deduzione" che compare nell'incipit del dispositivo può valere a costituire una forma, "anche embrionale o sintetica o per *relationem*, di motivazione".

2.1. Il motivo è fondato: la censura sulle spese non è stata in alcun modo esaminata nel corpo della sentenza, nè può essere ritenuta implicitamente rigettata sulla base della generica formula contenuta nel dispositivo.

Il motivo va pertanto accolto, con cassazione della sentenza in relazione ad esso.

Atteso che non risultano necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con accoglimento della censura sull'omessa compensazione delle spese di primo grado, in quanto le ragioni illustrate nel motivo (come trascritte in ricorso) integrano giusti motivi ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 2, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla L. n. 69 del 2009; ne consegue anche la compensazione delle spese del giudizio di appello, stante la reciproca soccombenza.

3. Le spese del presente giudizio vanno compensate, in quanto il ricorso è risultato fondato soltanto in relazione al secondo motivo.

P.Q.M.

La Corte, rigettato il primo motivo, accoglie il secondo, cassa in relazione e, decidendo nel merito, compensa le spese di primo grado e del giudizio di appello; compensa le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, il 13 settembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 14 novembre 2017.

I RISARCIMENTI PUNITIVI FUORI O DENTRO IL SISTEMA?

(Relatore: Nicola Rizzo)

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

Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile, sicché non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i suoi limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero ed alla loro compatibilità con l'ordine pubblico. (Principio di diritto enunciato dalle S.U. ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c. in relazione all'inammissibilità del motivo di ricorso involgente la relativa questione di particolare importanza, ancorché all'esito di una pronuncia di complessivo rigetto del ricorso).

FATTO

La società NOSA Inc., con sede in Florida (USA), ha ottenuto dalla Corte di appello di Venezia che siano dichiarate efficaci ed esecutive, nell'ordinamento italiano, tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America, passate in giudicato:

la sentenza del 23 settembre 2008, esecutiva, della *Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count* (Florida), confermata in appello dal *District Court of Appeal of the State of Florida*, dell'11 agosto 2010, che aveva condannato la società italiana AXO Sport spa a pagare la complessiva somma di dollari USA 1.436.136,87, oltre interessi al tasso annuo dell'11%, a seguito di procedimento giudiziario svoltosi davanti a quell'autorità;

la sentenza del 14 gennaio 2009, con cui il medesimo giudice aveva liquidato dollari USA 106.500,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo dell'8%;

la sentenza del 13 ottobre 2010 che aveva liquidato, in relazione al giudizio di appello, l'ulteriore somma di dollari USA 9.000,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo del 6%. Con tali pronunce, i giudici americani hanno accolto la domanda di garanzia promossa da NOSA, in relazione ad un indennizzo di un milione di Euro transattivamente corrisposto ad un motociclista che aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara di motocross, per un asserito vizio del casco prodotto da AXO, distribuito da *Helmet House* e rivenduto da NOSA.

Nel giudizio promosso dal danneggiato anche nei confronti della società importatrice distributrice del casco (*Helmet*), NOSA aveva accettato la proposta transattiva del motociclista, e il giudice americano successivamente ha ritenuto che dovesse essere manlevata da AXO.

NOSA ha ottenuto dalla Corte di appello di Venezia (sentenza 3 gennaio 2014) il riconoscimento delle suddette pronunce, a norma della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, avendo la AXO accettato la giurisdizione straniera.

La AXO ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, cui si è opposta la NOSA.

Le parti hanno presentato memorie.

La causa è stata rimessa al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, a seguito di ordinanza n. 9978/16 della Prima sezione, che ha sollecitato un ripensamento sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

Nuove memorie delle parti sono state depositate prima della discussione conclusiva.

DIRITTO

2) Con il primo motivo di ricorso AXO denuncia violazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, nonché omesso esame di un fatto decisivo.

Lamenta che la Corte di appello abbia ritenuto non contraria all'ordine pubblico la condanna della ricorrente, ancorché il giudice americano abbia pronunciato contro AXO in forza dell'applicazione dell'istituto del *potential liability test*, senza verificare il fondamento della domanda di garanzia.

Parte ricorrente espone che in base all'istituto de quo, allorquando il garantito addivenga, con il danneggiato, ad una composizione transattiva del giudizio, il garante viene posto davanti all'alternativa di approvare la transazione stipulata *inter alios*, subendone gli effetti, ovvero assumere la difesa del garantito. Quest'ultimo pertanto risulterebbe comunque vittorioso, semplicemente dimostrando che al momento della stipula dell'accordo vi era ragionevole probabilità di un esito a sè sfavorevole del giudizio.

L'assenza di controllo sulla fondatezza della domanda di garanzia vedrebbe il garante coartato ad abbandonare le proprie difese rispetto alla domanda di garanzia, dando luogo ad una violazione dei principi dell'equo processo, del diritto alla difesa e al contraddittorio.

Verrebbero lesi i principi di relatività dei contratti e della *res judicata*, che segnano, secondo la ricorrente, "i confini dell'efficacia soggettiva anche della transazione".

La Corte di appello avrebbe errato nel ritenere sufficiente per la delibazione la possibilità, offerta ad AXO spa, di costituirsi nel giudizio di responsabilità del venditore e il non aver essa sollevato obiezioni alla transazione.

Nè potrebbe influire, ai fini della conformità all'ordine pubblico italiano, il rilievo della Corte veneta secondo cui vi era comunque stato un giudizio prognostico sul - ischio di causa, poichè trattavasi di valutazione che riguardava solo la posizione del garantito.

2.1) Nella giurisprudenza di questa Corte si rinvergono significative affermazioni che aiutano a valutare la questione posta.

In tema di riconoscimento di sentenze straniere si è detto (Cass. 11021/13) che il concetto di ordine pubblico processuale è riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie, e ciò in ragione delle statuizioni della Corte di Giustizia le cui pronunce (non solo il dispositivo, ma anche i motivi "portanti" della decisione) costituiscono l'interpretazione autentica del diritto dell'Unione Europea e sono vincolanti per il giudice "a quo". Ne consegue che anche il diritto di difesa tenuto conto degli orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. (sentenza 2 aprile 2009, causa C-394/2007, Gambazzi) - non costituisce una prerogativa assoluta ma può soggiacere, entro certi limiti, a restrizioni.

Si è aggiunto (Cass. 17519 del 03/09/2015) che "Il giudice deve verificare se siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento, anche relativi al procedimento formativo

della decisione, con la precisazione che non è ravvisabile una violazione del diritto di difesa in ogni inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto quando essa, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo, ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico processuale riferibile ai principi inviolabili a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, e non quando, invece, investa le sole modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie. Invero, secondo quanto si evince dalla giurisprudenza comunitaria il diritto di difesa può subire una moderata limitazione nel caso in cui il provvedimento sia stato emesso nei confronti di un soggetto che abbia avuto comunque la possibilità di partecipare attivamente al processo, quantomeno nella fase precedente a quella conclusasi con l'emissione del provvedimento".

2.2) Anche le sentenze di stati estranei all'Unione Europea sono soggette, come comprovato dalle pronunce citate e dalle molte altre che hanno progressivamente raffinato la nozione di ordine pubblico, all'assetto che questo istituto ha acquisito per effetto delle Carte fondamentali del diritto dell'Unione. Si può dire che, almeno a partire dalla sentenza *Krombach* (Corte Europea diritti dell'uomo, 13-02-2001), si è avviato un fenomeno definito in dottrina di comunitarizzazione/Europeizzazione del diritto internazionale privato e processuale. In forza di questo fenomeno si è detto che l'ordine pubblico da strumento di tutela dei valori nazionali, da opporre alla circolazione della giurisprudenza, diviene progressivamente "veicolo di promozione" della ricerca di principi comuni agli Stati membri, in relazione ai diritti fondamentali.

La tutela del diritto fondamentale ad un equo processo, più volte enunciata, non è stata intesa come prerogativa assoluta, cioè intransigente ricerca di qualsivoglia violazione in relazione alle movenze processuali di ogni singolo Stato, ma come mezzo per impedire, tramite l'esecuzione di sentenze, soltanto lesioni manifeste e smisurate del diritto delle parti al contraddittorio e alla difesa.

Ciò comporta prioritariamente, sul piano processuale, la ricerca di fattori unificanti e non di impedimenti all'esecuzione. Pertanto le lesioni devono essere state tali da intaccare in concreto e in modo sproporzionato (si consideri in proposito il caso *Renault*, regolato dalla Corte di Giustizia) la sostanza stessa delle facoltà difensive.

Inoltre la parte non può attestarsi a mò di trincea sul fronte dell'*exequatur*, se non ha fatto valere i propri diritti nel corso del giudizio a quo svoltosi nello Stato in cui sia stata evocata in giudizio.

2.3) Alla luce di queste considerazioni, le Sezioni Unite ritengono che il motivo di ricorso sia infondato.

La sentenza della Corte di appello ha chiarito puntualmente che il motociclista danneggiato aveva agito contro Nosa sul presupposto che le lesioni fossero derivate da un vizio del casco; che a seguito della transazione sulla base di un milione di dollari, Nosa aveva chiesto al produttore di "rifondere l'esborso effettuato"; che anche Axo era stata citata in giudizio dal motociclista e, dopo le transazioni di venditore e importatore del casco, aveva a sua volta "tacitato le pretese del danneggiato nei suoi confronti con il pagamento della somma di cinquantamila dollari".

La Corte ha correttamente rilevato che non forma oggetto della delibazione la verifica delle doglianze concernenti la asserita carenza di responsabilità con riferimento ai danni patiti dal motociclista.

Ha specificato che il fondamento della condanna a garantire Nosa risiede nelle scelte processuali di AXO, la quale non ha voluto partecipare, sostituendosi a NOSA, al giudizio di responsabilità intentato dal motociclista - si badi qui: per i danni derivatigli da difetti del casco - e si è giovata della transazione conclusa dal venditore. AXO ha infatti successivamente concluso una propria transazione diretta con il motociclista, per importo mitigato dalla soddisfazione dichiarata da quest'ultimo "anche alla luce degli esborsi già ricevuti".

Le censure addotte da parte ricorrente si concentrano nella asserita carenza di accertamento della responsabilità del garante e sulla tesi che la valutazione della Corte statunitense sarebbe stata limitata a una stima "probabilistica dell'esito della sola causa intentata dal danneggiato nei confronti del garantito".

Queste doglianze non evidenziano però alcuna lesione del principio fondamentale, prima ricordato, che regge la materia del riconoscimento di sentenze straniere, secondo il quale non ogni differenza rispetto all'ordinamento processuale italiano può configurare il divieto di circolazione, ma solo la lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo.

La responsabilità nei confronti del garantito non è sorta infatti in assenza di possibilità di difesa, ma dopo che era stata offerta alla parte la possibilità di intervenire in giudizio e sostenere la posizione del venditore del casco, che vantava nei suoi confronti la garanzia per i vizi del prodotto acquistato e rivenduto al motociclista.

Considerata la premessa della citazione, AXO avrebbe potuto difendere la propria posizione di produttore assumendo la difesa del rivenditore.

Non risultano, e neanche in questa sede sono state prospettate, ragioni difensive che siano state sacrificate per effetto del meccanismo del *potential liability test*, cioè del rifiuto di accettare la assunzione diretta della difesa.

Ed ancora, come ha notato la Corte di appello: nemmeno in presenza di anticipata comunicazione della proposta di transazione motociclista/Nosa, la odierna ricorrente aveva sollevato obiezioni, opponendosi.

Va poi osservato che un'opportunità difensiva piena e diretta di AXO era sorta in forza della citazione coevamente rivolta contro di lei dal motociclista, iniziativa giudiziaria anch'essa significativamente chiusasi con una transazione, cioè senza opporre difese tali da distinguere la posizione del produttore.

Anche in ragione di questa circostanza, che pur ha considerato un mero antefatto della pretesa di garanzia cui si riferiscono le sentenze da riconoscere, la Corte di appello ha escluso che vi sia stato un qualche significativo sacrificio delle facoltà difensive. Ha infatti opportunamente rilevato che, a differenza di quanto genericamente dedotto, parte AXO non era stata in grado di indicare quali altre domande del motociclista - diverse da quelle risarcitorie per l'infortunio nel sinistro - essa avesse transatto.

Ed ancora, a riguardo dell'assenza di sacrificio di posizioni difensive, mette conto richiamare un altro profilo, evidenziato dalla Corte di appello, che rafforza il giudizio di insieme sulla compatibilità, ai fini che interessano, del sistema processuale attuato: era stata la stessa AXO ad accettare che il processo con Nosa fosse deciso su un'unica questione, rappresentata dal valutare se al momento della stipula della transazione Nosa avesse ragionevole motivo per temere le domande del motociclista.

2.3.1) Resta ancora da rilevare che il meccanismo processuale qui denunciato era strutturato sia sulla base della opportunità difensiva piena offerta al garante: assumere la difesa del proprio

cliente/rivenditore in una causa imperniata sulla responsabilità per difetti del bene venduto; opporsi alla transazione preventivamente comunicata; sia sulla valutazione probabilistica del giudice che ha ammesso il meccanismo processuale.

Ciò il giudice ha fatto sulla base dei presupposti appena descritti, trattandosi inequivocabilmente di regolare una chiamata in garanzia che, nel sistema processuale del paese in cui si è svolta la causa, è atteggiata diversamente dal sistema italiano, ma non impedisce la difesa sul fondo della responsabilità del chiamato.

Il sistema consente cioè che il produttore evocato in giudizio per rispondere delle conseguenze dannose di asseriti difetti di un proprio prodotto dimostri la assenza dei presupposti della propria responsabilità e, nel giudizio con il garantito, verifica complessivamente il comportamento processuale del garante, il quale ha un variegato armamentario difensivo.

E' stato fatto valere un meccanismo processuale che si fonda non certo su una responsabilità oggettiva, ma sull'onere del soggetto che è all'origine della catena causale del danno di "farsi avanti" se ha ragioni per contrastare la pretesa risarcitoria.

Qualora il garante abbia ommesso di valersi delle opportunità difensive interne al sistema a quo, non gli è consentito nel giudizio di riconoscimento di far valere le differenze dei sistemi processuali, che non si siano risolte in compromissione irragionevole e sproporzionata del suo diritto di difesa.

3) Contro queste considerazioni si infrangono anche le doglianze esposte nel secondo motivo. Parte ricorrente attacca due parti della sentenza già esaminate: a) quella in cui si afferma che AXO aveva "profittato, ai sensi dell'art. 1304 c.c., dell'accordo stipi, lato da NOSA Inc"; b) quella in cui la Corte ha ritenuto che il processo statunitense fosse stato limitato alla sola questione del rischio di condanna di Nosa in favore del motociclista.

Quanto al profilo sub a), parte ricorrente nega di aver mai profittato dell'accordo concluso da Nosa e sostiene che la Corte di appello avrebbe errato nell'inquadrare gli accordi intercorsi tra le parti, perchè avrebbe ommesso di considerare che con le sue dichiarazioni il motociclista aveva rinunciato ad ogni pretesa contro AXO a fronte del pagamento di 50.000 USD e di altro "idoneo corrispettivo" ricevuto in precedenza. L'accettazione di soli cinquantamila dollari sarebbe maturata in un contesto che faceva presagire "prospettive alquanto nefaste" per l'attore, sicchè, se la Corte di appello avesse correttamente inteso la vicenda, avrebbe dovuto escludere che AXO sport avesse profittato della transazione che in precedenza gli altri convenuti avevano concluso con il motociclista.

Secondo parte ricorrente ciò avrebbe dovuto condurre la Corte di appello a negare il riconoscimento, per non esservi stata alcuna "cognizione in ordine alla responsabilità di AXO Sport spa" e alcun accertamento circa la effettiva responsabilità del garante, che non si era avvalso della transazione di alcun condebitore.

La censura è sotto ogni profilo priva di fondamento.

In primo luogo va rilevato che in sentenza non v'è nessuna traccia di ulteriori versamenti che (ricorso pag. 34) sarebbero stati fatti da AXO al motociclista. Questo riferimento, come rilevato in controricorso, sembra introdurre un'allegazione nuova in punto di fatto e quindi un tema di indagine non ammesso in sede di legittimità.

In memoria 2016 parte ricorrente non ha potuto replicare a questo rilievo, che è confortato dal puntuale accertamento della Corte di appello circa il fatto che la transazione diretta motociclista - AXO ebbe a riguardare proprio la domanda risarcitoria di danni e a completare la

soddisfazione del danneggiato in considerazione degli "indennizzi pagati dal venditore e dall'importatore del casco".

E' dunque smentita nei presupposti di fatto la tesi, illustrata in memoria, secondo cui detta transazione costituisca non accettazione ma negazione della volontà di avvantaggiarsi della transazione "stipulata *inter alios*".

Di qui l'inattendibilità della ulteriore conseguenza, peraltro di per sé irraggiungibile per la marginalità dell'assunto di partenza, che il motivo di ricorso ha preso di mira: l'inammissibilità del riconoscimento di una sentenza resa (nel giudizio NOSA/AXO) senza che il garante abbia potuto contestare la fondatezza della domanda di garanzia per il solo fatto che il garante avesse "già autonomamente definito, in via transattiva, i propri rapporti con il danneggiato".

Resta infatti saldo il giudizio di assenza di lesione del diritto di difesa in relazione a un giudizio tra le parti che è stato articolato su premesse - il rifiuto di esercitare direttamente la difesa del rivenditore; l'accettazione di una propria transazione nel giudizio intrapreso dal danneggiato contro AXO sugli stessi presupposti risarcitori; la valutazione probabilistica del giudice americano nell'ammettere, traendone fondamento per la pronuncia di garanzia, il meccanismo processuale ora denunciato - che dimostrano l'esistenza di spazi difensivi non incompatibili con il nostro ordinamento processuale.

3.1) Privo di decisività contro queste considerazioni è anche il secondo profilo del motivo, con il quale si contesta che fosse stata AXO stessa ad accettare di restringere il processo con NOSA sull'unica questione attinente la opportunità della transazione stipulata da quest'ultima a fronte del rischio di una condanna per importi molto maggiori.

Parte ricorrente lamenta che sia stato omissivo l'esame dell'*affidavit* dell'avv. Di Salvo, da cui è stata tratta questa considerazione della Corte di appello.

Deduce che la *pre trial stipulation* era stata conformata dalla mera presa d'atto della regola del *potential liability test*, con la conseguenza che il diritto di difesa e al contraddittorio sarebbero stati conculcati tra il dover accettare la transazione altrui e il doversi accollare la difesa del garantito.

La tesi è vanificata da una prima considerazione: solo "*ad abundantiam*" la Corte di appello ha valorizzato la circostanza che il processo con NOSA era stato spontaneamente circoscritto all'esame della ragionevolezza della transazione di NOSA. Il rilievo non sarebbe quindi decisivo.

In ogni caso, come si è notato nei paragrafi precedenti, la possibilità di una diversa perimetrazione della materia del contendere è stata pregiudicata da AXO con le altre scelte processuali fatte, quali il rifiuto di assumere la difesa del rivenditore e la stipula di una transazione diretta con il danneggiato. Queste scelte hanno autolimitato e addirittura impedito l'accertamento della insussistenza di responsabilità del produttore, che non ha neppure indicato cosa avrebbe potuto dedurre di nuovo, in cosa concretamente sarebbe consistita la perdita di chances difensive.

4) Il terzo motivo denuncia violazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, e vizio di motivazione e lamenta che la Corte veneziana non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte USA riguardava, senza specifica motivazione in ordine alla tipologia di danni indennizzati, un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi, perchè la proposta transattiva NOSA, accettata dal motociclista, fissava l'importo "a titolo di composizione integrale di tutte le pretese risarcitorie del sig. D., comprese quelle per *punitive damages*".

La Corte di appello ha respinto questo profilo delle difese di parte AXO, circa la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza americana, sulla base di tre convergenti osservazioni.

Si possono così riassumere: a) La sentenza non ha specificato quali danni sono stati indennizzati perchè ha recepito "l'importo della transazione con il danneggiato"; b) non è necessario individuare la tipologia di danni, perchè comunque AXO si è avvantaggiata di tale transazione; c) non risulta in atti il riconoscimento di tale profilo risarcitorio, ed anzi l'accordo va inteso diversamente.

AXO, oltre a richiamare le difese già oggetto delle precedenti censure, sostiene che il testo della proposta transattiva imputava espressamente "il pagamento di cui alla transazione" a "risarcimento di danni punitivi" e che a Corte di appello non ne avrebbe tenuto conto.

In secondo luogo la violazione di legge e il vizio di motivazione vengono denunciati in riferimento alla carenza di motivazione della sentenza americana circa la tipologia dei danni liquidati. La tesi svolta è che tale carenza motivazionale sarebbe ostativa al riconoscimento, "in presenza di un quantum risarcitorio abnorme". A questo proposito la ricorrente invoca Cass. 1781/12 e Cass. 1183/07, precedenti di cui dà conto l'ordinanza di rimessione 9978/16 nel chiedere un ripensamento delle Sezioni Unite in ordine alla compatibilità dell'istituto dei *punitive damages* con l'ordine pubblico italiano.

4.1) Il motivo risulta inammissibile, giacchè è imperniato su un presupposto insussistente: la configurabilità, nella condanna addebitata al garante, di una liquidazione di "danni punitivi" in favore della vittima del sinistro.

Su questo punto, che il ricorso non riesce a scalfire, la valutazione della Corte di appello non è viziata da omesso esame di alcun fatto decisivo, nel senso voluto dalla riforma dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

Occorre subito ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte (SU 805:3/14) va esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione e viene in rilievo, ai fini del controllo sulla motivazione, soltanto l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo.

Nel caso di specie va escluso che vi sia stata la lamentata "totale oblitterazione del fatto che la proposta transattiva" accettata da Nosa e posta a base della sentenza di condanna del garante riguardasse anche la pretese per *punitive damages*.

Nell'ultimo periodo di pag. 21, la Corte di appello ha chiaramente considerato la circostanza che si era discusso tra le parti di danni punitivi. Ha però ritenuto che l'accordo non implicasse la liquidazione di danni punitivi e il loro recepimento, ma "solo che NOSA inc. richiese una rinuncia anche a pretese per danni punitivi, in un'ottica di chiusura complessiva dei rapporti tra le parti".

Questa inequivocabile motivazione, che rimanda a un'interpretazione della sentenza americana alla luce della transazione che sta alla base della liquidazione, non è quindi viziata dall'omissione ipotizzata nel motivo di ricorso. L'accordo transattivo è stato considerato e la maggiore o minore plausibilità delle conclusioni raggiunte in ordine alla sua portata non è sindacabile in questa sede (circa i limiti del controllo sull'apprezzamento del giudice di merito sul contenuto del provvedimento da delibare, indagine di fatto riservata al medesimo giudice cfr proprio Cass. 1183/07 e, ivi, i richiami a Cass. n. 1266/1972, n. 3709/1983, n. 3881/1969). La censura è quindi inammissibile.

4.2) Anche il secondo profilo del motivo è inammissibile.

Esso afferma che la sentenza americana sarebbe veicolo di una liquidazione di danni punitivi, sul presupposto dell'abnormità del risarcimento accordato al danneggiato.

Questo presupposto, indispensabile premessa della tesi che propugna il divieto di riconoscimento nel nostro ordinamento, *ex art. 64*, dei c.d. danni punitivi, è tuttavia enunciato apoditticamente.

Va ricordato in proposito che, se è vero che in caso di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera, ai sensi dell'art. 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, l'indagine relativa alla sussistenza dei requisiti del riconoscimento deve essere compiuta dal giudice anche d'ufficio (Cass. 13662/04), tuttavia tale indagine incontra i limiti delle risultanze processuali, secondo i relativi oneri probatori delle parti.

Nel caso di specie, a fronte di grave pregiudizio alla persona (al calcolato silenzio del ricorso sul punto, ha fatto riscontro il dettagliato controricorso, che ha specificato i particolari delle lesioni craniche e dei postumi invalidanti subiti dall'infortunato) la liquidazione, peraltro su base transattiva, di un importo di un milione di Euro (o due, considerando la analoga transazione stipulata dall'infortunato con *Helmet*, come sottolineato negli scritti di parte), non è definibile di per sé abnorme.

L'apprezzamento di fatto reso sotto questo profilo dalla Corte di appello non è sindacabile in questa sede, perchè la Corte di appello ha valorizzato la considerazione della sentenza americana circa la ragionevolezza della transazione e ha osservato, a chiusura, che ulteriore somma era stata aggiunta a quell'importo con la transazione diretta AXO-motociclista.

Se così è, non v'è margine in sede di legittimità per una nuova valutazione della pretesa abnormità degli effetti della sentenza americana nell'ordinamento italiano (questo è l'ambito del sindacato della Corte Suprema, che non può valutare la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana: cfr. 9483/13, ma già, acutamente, Cass. 10215/07).

Non vi è questo spazio soprattutto perchè lo si propugna in relazione all'asserita liquidazione di danni punitivi, dedotta in assenza di una puntuale evidenziazione, in ricorso, delle circostanze che legittimerebbero tale affermazione, relative alla articolazione (tra danni patrimoniali, morali ed eventualmente punitivi) delle richieste delle parti, al loro fondamento giuridico nel sistema a quo, all'incedere delle contestazioni insorte sul punto nel giudizio americano, etc..

Nè giova a parte ricorrente dedurre che in carenza di indicazione, nella sentenza, di regole e/o criteri di liquidazione del danno si dovrebbe presumere una natura parzialmente sanzionatoria del quantum transatto.

Questa via, che si inerpica nuovamente sulla strada impercorribile del vizio di motivazione, è contraddetta dalle stesse ammissioni (pag. 13 di memoria 2016) circa il fatto che nell'affidavit Di Salvo, oltre alle spese mediche sostenute per 335.000 USD, la sola perdita della capacità di guadagno era stata stimata dai due a tre milioni di dollari.

Pertanto a poco vale addurre che inizialmente il difensore del motociclista aveva testimoniato avanti la giuria della Florida che il valore della domanda oscillava dai 10 ai 30 milioni di dollari. Proprio questa prospettiva, che avrebbe potuto essere grossolanamente sanzionatoria e abnorme, risulta abbandonata dal ridimensionamento della transazione ben sotto i limiti della sola componente patrimoniale del risarcimento richiesto.

Ne discende che non v'è alcun modo per ipotizzare il carattere "punitivo" della condanna pronunciata, carattere che comunque non si può presumere sol perchè manchi nella sentenza, o meglio nella transazione recepita dal giudice americano, una chiara distinzione delle componenti del danno.

Il motivo in questo senso ripropone una lettura "radicale" dei precedenti specifici citati, i quali erano però fondati (cfr in particolare Cass. 1781/12) sul riscontro dell'"insufficienza argomentativa", canone ormai non utilizzabile e che costringe quindi chi si opponga al riconoscimento a individuare inequivocabilmente eventuali profili normativi falsamente applicati dal provvedimento di delibazione.

5) L'esito dei tre motivi svolti da parte ricorrente conduce al rigetto del ricorso. L'inammissibilità dell'ultimo motivo dà tuttavia alle Sezioni Unite la facoltà di pronunciarsi sulla questione in esso dibattuta, potendosi interpretare l'art. 363 c.p.c., comma 3, nel senso che la enunciazione del principio di diritto è consentita anche in relazione a inammissibilità di un singolo motivo di ricorso che involga una questione di particolare importanza, ancorchè il ricorso debba nel suo complesso essere rigettato.

Nella specie le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema e dalla stessa ordinanza di rimessione, stimolata dalla sagacia espositiva delle parti.

5.1) Nel 2007 la Cassazione ha fondato il rifiuto di riconoscimento di una pronuncia in materia, sancendo l'estraneità al risarcimento del danno dell'idea di punizione e di sanzione, nonché l'indifferenza della "condotta del danneggiante". Ha affermato il carattere monofunzionale della responsabilità civile, avente la sola funzione di "restaurare la sfera patrimoniale" del soggetto leso.

Immediatamente censurata dalla dottrina maggioritaria, che ha criticato il contrasto tra queste proposizioni e il dinamico percorso dalla nozione di responsabilità civile nei lustri anteriori, la sentenza 1183/07 ha trovato conferma qualche anno dopo.

In Cass. 1781/2012 l'esclusione del carattere sanzionatorio della responsabilità civile è stata più esplicitamente riferito ai limiti della "verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale".

Le Sezioni Unite ritengono che questa analisi sia superata e non possa più costituire, in questi termini, idoneo filtro per la valutazione di cui si discute.

Già da qualche anno le Sezioni Unite (cfr. SU 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori) hanno messo in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più "incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacchè negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento".

Le Sezioni Unite hanno tuttavia precisato che questo connotato sanzionatorio non è ammissibile al di fuori dei casi nei quali una "qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'art. 25 Cost., comma 2, nonché dall'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali".

Se si completa quest'avvertenza con il richiamo, altrettanto pertinente, all'art. 23 Cost., si può comprendere perchè mai, perfino nello stesso ambito temporale, ritornino (l'esempio più significativo: SU n. 15350/15) dinieghi circa la funzione sanzionatoria e di deterrenza della responsabilità civile. Essi risalgono, quando non si tratta di meri arricchimenti argomentativi,

alla esigenza di smentire sollecitazioni tese ad ampliare la gamma risarcitoria in ipotesi prive di adeguata copertura normativa.

Non possono valere tuttavia a sopprimere quanto è emerso dalla traiettoria che l'istituto della responsabilità civile ha percorso in questi decenni.

In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva.

5.2) Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall'altro dimostra, con la sua vivacità, quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riducibili alla "categoria".

A incaricarsi di formare questo elenco, per definizione mai completo, sono state, oltre agli studi dell'Ufficio del Massimario, l'ordinanza di rimessione n. 9978/16 e la sentenza n.7613/15, chiamata a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle misure di astreintes previste in altri ordinamenti (nella specie in quello belga).

Quest'ultima ha recensito: " in tema di brevetto e marchio, il R.D. 29 giugno 1127, n. 1939, art. 86, e R.D. 21 giugno 1942, n. 929, art. 66, abrogati dal D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'art. 124, comma 2, e art. 131, comma 2; il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto"; secondo alcuni, l'art. 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'art. 614 *bis* c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"; il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza." Ha considerato "le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli artt. 388 e 650 c.p. - l'art. 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particolare gravità, la mancata reintegrazione è scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 31, comma 2, per il quale il locatore pagherà una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'art. 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il D.L. 22 settembre 2006, n. 259, art. 4, convertito in L. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali".

L'ordinanza 9978/16 ha menzionato tra gli altri:

gli L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158, e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125, (proprietà industriale), pur con i limiti posti dal cons. 26 della direttiva CE (cd. *Enforcement*) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16

marzo 2006, n. 140 (v. art. 158) e la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria riconosciuta da Cass. n. 8730 del 2011;

- il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 *undecies*, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria); - "il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva". Entrambe le pronunce annettono precipuo rilievo alla L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa e al novellato art. 96, comma 3, c.p.c., che consente la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo l'art. 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Mette conto citare anche l'art. 28 del d.lgs n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento.

E ancora, si vedano l'art. 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il D.Lgs. n. 81 del 2015, art. 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento. L'elenco di "prestazioni sanzionatorie", dalla materia condominiale (art. 70 disp. att. c.c.) alla disciplina della subfornitura (L. n. 192 del 1998, art. 3, comma 3), al ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (D.Lgs. n. 231 del 2002, artt. 2 e 5) è ancora lungo. Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto.

5.3) Giova segnalare, piuttosto, che nella stessa giurisprudenza costituzionale si trovano agganci meritevoli di considerazione.

Corte Cost. n. 303 del 2011, riferendosi alla normativa in materia laburistica da ultimo citata (L. n. 183 del 2010), ha avuto modo di chiarire che trattasi di una novella "diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione", avente "l'effetto di approssimare l'indennità in discorso al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza", senza ammettere la detrazione dell'*aliunde perceptum* e così facendo assumere all'indennità onnicomprensiva "una chiara valenza sanzionatoria".

Corte Cost. n. 152 del 2016, investita di questione relativa all'art. 96 c.p.c., ha sancito la natura "non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative" di questa disposizione e dell'abrogato art. 385 c.p.c..

Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in

molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. Infine va segnalato che della possibilità per il legislatore nazionale di configurare "danni punitivi" come misura di contrasto della violazione del diritto Eurounitario parla Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072.

Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno *extracontrattuale*, ma anche *contrattuale*, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati.

Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., (correlato agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario.

6) Questo inquadramento del tema illumina la questione della compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze di condanna per *punitive damages*.

La descrizione dell'ordine pubblico internazionale, "come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria" (cfr. ord. 9978/16 pag. 21), può far pensare a una "riduzione della portata del principio di ordine pubblico".

Ciò che va registrato è senz'altro che la nozione di "ordine pubblico", che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da "complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici" (così Cass. 1680/84) è divenuto il distillato del "sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicchè occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE (Cass. 1302/13)".

La dottrina ha spiegato che l'effetto principale recato dal recepimento e dall'interiorizzazione del diritto sovranazionale non è la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possono "minare la coerenza interna" dell'ordinamento giuridico.

Come si è anticipato sub p. 2.2, a questa storica funzione dell'ordine pubblico si è affiancata, con l'emergere e il consolidarsi dell'Unione Europea, una funzione di esso promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell'Unione.

E' stato pertanto convincentemente detto che il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza.

Le Sezioni Unite ne traggono riprova dall'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il quale afferma che "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

Pertanto a fungere da parametro decisivo non basta il confronto tra le reazioni delle corti dei singoli Stati alle novità provenienti da uno Stato terzo, o da un altro stato dell'Unione; nè lo è

un'enunciazione possibilista come quella, proprio in tema di danni non risarcitori, contenuta nel Considerando n. 32 del reg. CE 11 luglio 2007 n. 864.

La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale.

Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dell'effettività dei diritti fondamentali di difesa, il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non può dirsi altrettanto.

Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca.

Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della "*lex fori*" in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica.

Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani. Non avrebbe utilità chiedersi se la ratio della funzione deterrente della responsabilità civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i *punitive damages*.

L'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che bussava alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione.

7) Le considerazioni svolte fanno da guida alle conclusioni che si intendono raggiungere in materia di riconoscimento di sentenze che condannino a risarcire *punitive damages*.

Schematicamente si può dire che, superato l'ostacolo connesso alla natura della condanna risarcitoria, l'esame va portato sui presupposti che questa condanna deve avere per poter essere importata nel nostro ordinamento senza confliggere con i valori che presidiano la materia, valori riconducibili agli artt. da 23 a 25 Cost..

Così come (cfr p. 5.2) si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera.

Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi.

Il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano.

Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità).

Resta poi nella singolarità di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il

loro ancoraggio a profili sanzionatori o più strettamente compensatori, che risponderà verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito.

Presidio basilare per la analisi di compatibilità si desume in ogni caso dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene".

La sua applicazione comporta, è stato notato anche in dottrina, che il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione.

La proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile.

7.1) E' d'uopo a questo punto dar conto della circostanza che nell'ordinamento nordamericano, dal quale provengono le condanne per le quali la giurisprudenza degli Stati Europei si affatica, vi è stata una rapida evoluzione, che ha ormai scacciato la prospettiva dei danni cosiddetti *grossly excessive*.

Se nel 1996 già la Corte Suprema (caso *BMW Supreme Court* (Usa), 20-051996.) aveva ripudiato, con due sole opinioni dissenzienti, questa configurazione dell'istituto, dodici anni dopo il percorso si era quasi ultimato. Nel mentre gran parte degli Stati disciplinavano normativamente l'istituto, sottraendolo a verdetti imprevedibili delle giurie (pur costituite, in origine, per garantire al danneggiante il giudizio dei suoi pari), la Supreme Court (20-022007, caso *Philip Morris*) sanciva che nel diritto statunitense lede la *due process clause*, di cui al XIV emendamento della Costituzione, la concessione di danni punitivi basati sul valore del diritto di credito vantato da tutti coloro che non hanno instaurato la lite.

E la sentenza *EXXON* (U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008) è giunta a stabilire anche un rapporto massimo di 1 a 1 tra importo della somma riconosciuta a titolo compensativo e liquidazione punitiva.

A guisa di esempio può essere utile uno sguardo all'attuale legge della Florida (*Florida Statute*), stato da cui provengono le sentenze di cui si tratta, ove sono stati introdotti limiti al fenomeno della responsabilità multipla. Limiti costituiti dal divieto del *ne bis in idem*, dall'introduzione di massimali alternativi a seconda del tipo di responsabilità che si configura, dalla necessità di seguire un complesso rito con una verifica iniziale della responsabilità ed una fase successiva relativa agli eventuali *punitive damages* (un miniprocesso, significativo per quanto riguarda il nostro sistema in quanto rafforzamento della garanzia sul procedimento *ex art. 24 Cost.*).

Non è dunque puramente teorica la possibilità che viene schiusa con la revisione giurisprudenziale che le Sezioni Unite stanno adottando.

Il caso di specie, che neppure comporta pronuncia a risarcimenti punitivi, non offre il destro per ulteriori approfondimenti, che la casistica potrà incaricarsi di vagliare. Ciò che conta ribadire è che la riconoscibilità del risarcimento punitivo è sempre da commisurare agli effetti che la pronuncia del giudice straniero può avere in Italia, con tutta l'ampiezza di verifica che si deve praticare nel recepimento, con le pronunce straniere, di un istituto sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema.

8) E' quindi possibile enunciare il seguente principio di diritto:

Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poichè sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile.

Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

Il ricetto del ricorso comporta la sussistenza delle condizioni per il raddoppio del contributo unificato.

Le spese di questo grado del giudizio possono essere interamente compensate, in considerazione della novità e complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Enuncia, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., il principio di diritto di cui al punto 8 della motivazione.

Dà atto della sussistenza delle condizioni di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, introdotto dal comma 17 della L. n. 228 del 2012, art. 1, per il versamento di ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 7 febbraio 2017.
Depositato in Cancelleria il 5 luglio 2017.

IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA DELLE CAUSE

(Relatore: Fabrizio Piraino)

Cass. ord. 28 luglio 2017, n. 18753

In tema di responsabilità civile, qualora l'evento dannoso si ricollegli a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41, c.p., in virtù del quale 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. 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 ridurne le conseguenze, non potendo esserne esclusa l'efficienza soltanto perché sia incerto il suo grado di incidenza causale. (Nella specie, concernente il risarcimento dei danni derivati da un incidente stradale concretizzatosi nell'uscita di un autoveicolo dalla carreggiata e nel successivo ribaltamento del veicolo medesimo in una buca presente sulla banchina, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata - che aveva escluso la responsabilità dell'Ente custode della strada, sul presupposto che il conducente avesse mancato di tenere una velocità adeguata - affermando che il giudice del merito avrebbe dovuto valutare se, nonostante la velocità, l'auto si sarebbe comunque fermata sulla banchina, senza cadere nella buca, qualora quest'ultima fosse stata adeguatamente protetta dall'Ente preposto alla manutenzione).

FATTO

La sig.ra D.A.M. e la ditta Computer Point di I.R. convennero in giudizio, dinanzi il Tribunale di Ascoli Piceno, il Consorzio per l'Industrializzazione delle Valli del Tronto per sentirlo condannare al risarcimento dei danni subiti sulla strada statale (OMISSIS), in località (OMISSIS), allorchè la D.A., alla guida dell'auto di proprietà dello I., era fuoriuscita dalla carreggiata precipitando dentro una buca, a margine della stessa, che assumeva essere nè presegnalata nè protetta.

Instaurato regolarmente il contraddittorio, acquisite prove testimoniali il Tribunale, con sentenza n. 3 del 2007, rigettò la domanda assumendo che la buca fosse segnalata e che non costituisse ostacolo occulto o inevitabile, mentre la responsabilità del sinistro doveva essere ascritta a fatto e colpa del danneggiato.

In appello il Giudice, pur richiamando diffusamente i principi elaborati da questa Corte ed in particolare da questa Sezione, circa l'applicabilità dell'art. 2051 c.c., e, pertanto, affermando, in astratto, la responsabilità della P.A. anche sul buono stato di manutenzione della zona non asfaltata posta tra i margini della carreggiata e i limiti della sede stradale, cd. "banchina", in concreto ha escluso la responsabilità della P.A. ed ha ritenuto che l'incidente fosse stato causato dalla velocità tenuta dalla conducente, non adeguata alla situazione della strada. Infatti, ad avviso del Giudice del gravame, la conducente non aveva utilizzato la banchina per manovre d'emergenza o per manovre comunque riconducibili alla normalità o prevedibilità della circolazione stradale, ma per avere perso il controllo dell'autovettura finendo fuori della sede

riservata alla circolazione. Vi sarebbe, nel caso in esame, la prova del fortuito con un comportamento del danneggiato tale da interrompere la serie causale del danno.

Conseguentemente la Corte d'Appello di Ancona, con sentenza del 13/12/2013, ha rigettato l'appello, condannando gli appellanti alle spese del grado.

Avverso detta sentenza D.A.M. e Computer Point di I.R. propongono ricorso per cassazione affidato a tre motivi.

Resiste il Consorzio per l'Industrializzazione delle Valli del Tronto dell'Aso e del Tesino con controricorso illustrato da memoria.

DIRITTO

Con il primo motivo i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione di norme di diritto - artt. 2051 e 2043 c.c., artt. 1227 e 2697 c.c., artt. 112,132 e 345 c.p.c., artt. 161 e 342 c.p.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4 - nullità della sentenza.

In sostanza i ricorrenti censurano la sentenza impugnata nella parte in cui avrebbe modificato il *thema decidendum* dei due gradi del merito, introducendo l'argomento del fortuito, laddove, invece, il contraddittorio era avvenuto esclusivamente sull'esistenza o meno della visibilità della buca e della sua segnalazione e non sul nesso di causalità tra il fatto e il danno.

Il motivo è infondato. Il giudice non ha affatto ampliato il *thema decidendum* ma ha semplicemente qualificato la fattispecie, qualificazione che lo ha portato a ritenere che, nel caso in esame, si fosse verificato un evento che rompeva del tutto il nesso di causalità tra il comportamento della P.A. ed il danno sicchè, ponendosi nella prospettiva dell'art. 2051 c.c., ha ritenuto che mancassero gli elementi per poter affermare la responsabilità oggettiva della P.A..

Con il secondo motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto - artt. 2043,2051 e 1227 c.c., artt. 132 e 161 c.p.c. - art. 2 T.U. 15.6.1959 n. 393, con riferimento all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 4 - error in procedendo ed in iudicando.

Secondo i ricorrenti la Corte d'Appello avrebbe erroneamente ritenuto interrotto il nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento lesivo.

L'errata ratio decidendi della sentenza impugnata consisterebbe nel ritenere che l'impiego della banchina da parte dell'attrice fosse avvenuto impropriamente, in quanto la stessa sarebbe stata utilizzata non per una manovra di emergenza, costretta da evenienze della circolazione, ma a causa dello sbandamento della sua autovettura.

In sostanza la Corte d'Appello avrebbe erroneamente ritenuto che lo sbandamento, verosimilmente dovuto ad un guasto meccanico, non potesse essere inteso come causa di legittima occupazione della banchina.

Sarebbe stato, invece, adeguato affermare che l'occupazione della banchina fosse legittima, sia per una volontaria manovra di emergenza che per una forzata e involontaria occupazione, dovuta alla perdita di controllo del veicolo a seguito di guasto meccanico.

Il motivo è fondato. La Corte d'Appello ha sussunto il caso sotto la disciplina dell'art. 2051 c.c., premettendo alcuni riferimenti alla giurisprudenza di questa Corte, confermati dai più recenti arresti. Con particolare riguardo agli anni successivi al 2004 (Cass. 3, n. 19653 del 1/10/2004) fino alle pronunce più recenti (Cass., 3, n. 9547 del 12/05/2015; Cass. 3, n. 10916 del 5/5/2017) questa Corte ha ampliato l'ambito di protezione del danneggiato ai sensi dell'art. 2051 c.c., affermando l'obbligo del custode di provare il fortuito in termini rigorosi, al fine di distribuire tra le parti l'onere probatorio ed estendere la responsabilità del custode sui beni

destinati all'uso comune dei cittadini sui quali sia possibile esercitare il controllo (strade, edifici, complessi immobiliari).

Così ha sostenuto, per richiamare un precedente che si attaglia alla fattispecie in esame, che la custodia esercitata dal proprietario o gestore della strada non è limitata alla sola carreggiata ma si estende anche agli elementi, accessori o pertinenze, ivi comprese eventuali barriere laterali con funzione di contenimento e protezione della sede stradale, sicchè ove si lamenti un danno conseguente alla precipitazione di un veicolo in un burrone fiancheggiante una curva - derivante dalla loro assenza o inadeguatezza - la circostanza che, alla causazione dello stesso, abbia contribuito la condotta colposa dell'utente della strada non è idonea ad integrare il caso fortuito, occorrendo accertare giudizialmente la resistenza che la presenza di un'adeguata barriera avrebbe potuto opporre all'urto da parte del mezzo (Cass., 3, n. 9547 del 12/05/2015);

Nel caso in esame la Corte d'Appello, pur partendo da premesse del tutto conformi ai principi elaborati da questa Corte sull'art. 2051 c.c., statuendo che l'ente pubblico proprietario (o gestore) di una strada *extraurbana* ha l'obbligo di mantenere in buono stato di manutenzione anche la zona non asfaltata posta a livello tra i margini della carreggiata stradale e i limiti della sede stradale, ha poi erroneamente dato assorbente rilievo causale al fatto che l'attrice non avesse utilizzato la banchina per manovre di emergenza o per manovre comunque riconducibili alla normalità e prevedibilità della circolazione stradale, concludendo che la stessa attrice aveva dato luogo, con il proprio comportamento, ad una serie causale autonoma di produzione del danno che andava ad incidere, facendolo venir meno, sul rapporto di custodia tra l'ente pubblico e la strada. Il tutto senza considerare se le conseguenze dell'errata manovra erano state aggravate dallo stato di manutenzione della banchina.

Il motivo merita, pertanto, accoglimento.

Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 112,339 e 342 c.p.c., e art. 2051 c.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., nn. 3, 4, 5, censurando il capo di sentenza secondo il quale la responsabilità del Consorzio non avrebbe potuto mai essere del tutto esclusa anche in presenza di eventuale responsabilità concorrente della sig.ra D.A. conducente l'autovettura, in quanto l'art. 2051 c.c. non derogherebbe ai principi sul rapporto di causalità e del concorso di cause.

Il motivo è fondato. Una concausa costituita dal fatto del danneggiato, in presenza di una catena causale concorrente non può, perciò solo, escludere il nesso causale tra le condizioni della banchina e l'evento dannoso e, conseguentemente, escludere la responsabilità dell'ente tenuto alla manutenzione della strada ed anche della banchina.

Nel caso in esame riconducibile alla fattispecie dell'art. 2051 c.c., che prevede una responsabilità oggettiva, ferma restando la facoltà del custode di provare che il danno è stato determinato da cause create dal danneggiato, da lui non conoscibili nè eliminabili con immediatezza, neppure con la più efficiente attività di manutenzione (Cass., 3, 30/09/2009 n. 20943), la Corte d'Appello avrebbe dovuto valutare se, pur in presenza di una velocità non adeguata dell'auto condotta dalla D.A., la stessa auto si sarebbe fermata sulla banchina ma non sarebbe finita nella buca, qualora questa fosse stata adeguatamente protetta dall'ente preposto alla manutenzione.

In tema di responsabilità civile, qualora l'evento dannoso si ricolleggi a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41 c.p., in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute anche se indipendenti dall'omissione

del colpevole, non esclude il rapporto di causalità tra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva valenza causale di una di esse. In particolare in riferimento al caso in cui una delle cause consiste 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, nè può esserne esclusa l'efficienza soltanto perchè sia incerto il suo grado di incidenza causale (Cass., 3, 13/5/2008 n. 11903; Cass., L, 30/11/2009 n. 25236; Cass., 3, 02/02/2010n. 2360; Cass., sez. 6-3, ordinanza 14/07/2011 n. 15537).

Da ciò consegue che anche il terzo motivo merita accoglimento. Complessivamente il ricorso va accolto con riguardo al secondo e terzo motivo (rigettato il primo) e la causa va rinviata alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo ed il terzo, cassa e rinvia alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 17 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 28 luglio 2017.

LA RESPONSABILITÀ DELL'ISTITUTO SCOLASTICO PER I DANNI SUBITI DAGLI ALUNNI

(Relatore: Emanuele Tuccari)

Cass. ord. 19 luglio 2017, n. 21593

In caso di danni occorsi agli alunni durante il tempo in cui dovrebbero esser sorvegliati dal personale della scuola, si può prospettare, a carico del Ministero dell'Istruzione (come pure, in caso di scuola privata, dell'ente che la gestisce), una duplice forma di responsabilità, sia pure indiretta (a mente dell'art. 2049 c.c., secondo cui "i padroni ed i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro dipendenti e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti"), esperibile contemporaneamente: a) una responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c., se la domanda è fondata sull'inadempimento all'obbligo specificatamente assunto di vigilare; b) una responsabilità *extracontrattuale* per fatti imputabili ai propri dipendenti, se la domanda è fondata sulla violazione del generale dovere di non recare danno ad altri: essa, in particolare, può attenersi, da un lato, all'omissione rispetto all'obbligo di vigilanza sugli alunni minori, *ex artt.* 2047 e 2048 c.c., e, dall'altro, all'omissione rispetto agli obblighi organizzativi, di controllo e di custodia, *ex artt.* 2043 e 2051 c.c.

FATTO

1. Nel 2003 S.A. e Sa.As., in proprio e quali rappresentanti del figlio minore S.A., convenivano a comparire dinnanzi al Tribunale di Firenze Alessandro C., la Unipol Assicurazioni Spa, la Ferroviaria Italiana Spa, il Comune di Castelfocognano ed il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, per sentirli dichiarare responsabili, ciascuno per il rispettivo titolo, della morte del piccolo S.M., quale figlio e fratello degli attori.

Riferivano che in data (OMISSIS) S.M. (11 anni) veniva investito dall'autobus di linea della Ferroviaria Italiana Spa, assicurato con Unipol Assicurazioni Spa (compagnia assicuratrice altresì del Comune convenuto), condotto dal Alessandro C. all'uscita di scuola.

Si costituivano in giudizio i convenuti e veniva chiamata in causa su richiesta del Ministero la Faro Compagnia di assicurazioni e riassicurazioni Spa quale assicuratrice di quest'ultimo.

Il Tribunale adito, con sentenza 654 del 2009, dichiarava che la responsabilità del sinistro di qua era da ascrivere al C. per il 40%, al Comune nella stessa misura e al Ministero per il restante 20 %, sulla base di quanto era emerso nel processo penale svoltosi sui medesimi fatti a carico dell'insegnante dell'ultima ora e della preside nel corso del giudizio civile, liquidando il danno subito dal padre complessivamente in Euro 150.000, dalla madre in Euro 200.000 e dal fratello in Euro 70.000, sulla base delle tabelle di uso comune. Condannava altresì la Faro a tenere indenne il Ministero dell'Istruzione e liquidava le spese di giudizio.

Ha ritenuto responsabile il Comune per non aver correttamente adempiuto all'onere della prova ai sensi dell'art. 2051 c.c.. Ha condannato il ministero perchè ai sensi dell'art. 3 del regolamento d'istituto non doveva essere interrotta la vigilanza della scuola fino all'affidamento dei minori al personale di trasporto o, in mancanza di questo, a soggetti pubblici responsabili. Nel caso di specie invece i ragazzi appena usciti dalla scuola sarebbero stati lasciati liberi sulla strada pubblica.

2. S.A. e Sa.As., in proprio e in qualità di rappresentanti del minore S.A., proponevano appello avverso la statuizione di primo grado lamentando un'inadeguata valutazione equitativa del danno sofferto dagli appellanti poichè il giudice di primo grado avrebbe dovuto fare applicazione dei massimi tabellari. Si costituivano dinnanzi alla Corte di Firenze il Comune, il C., Unipol Spa, la Ferroviaria Spa ed il Ministero che presentava appello incidentale, mentre rimaneva contumace la liquidazione coatta amministrativa della Faro Spa.

La Corte di Firenze con sentenza 1052 del 20 giugno 2014 accoglieva il ricorso principale circa il quantum del danno non patrimoniale, ridefinendo le somme riconosciute in primo grado alla madre e al padre del S.M. alla luce delle voci medie di danno riportate nelle Tabelle Ambrosiane che liquidava in Euro 244.600 a ciascun genitore, mentre ritenevano equa la somma stabilita in favore del fratello. Respingevano invece l'appello incidentale proposto dal Ministero dell'Istruzione sulla base delle evidenze emerse nel corso del giudizio penale intentato nei confronti della preside e dell'insegnante dell'ultima ora, conclusosi con sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione e dalla quale emergeva in ogni caso il profilo di colpevolezza degli imputati tracciato dal Tribunale.

3. Avverso tale pronuncia il Ministero soccombente propone ricorso per cassazione sulla base di 5 motivi.

3.1 Resistono con controricorso e ricorso incidentale, illustrato da memoria, Sa.An., Sa. e As., in proprio e quali esercenti la responsabilità genitoriale del minore S.A..

DIRITTO

4.1. Con il primo motivo il Ministero ricorrente lamenta la "violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5".

La Corte di Firenze avrebbe omissis qualunque tipo di valutazione in ordine alle difese dell'Amministrazione scolastica, fondando il proprio convincimento esclusivamente sul giudicato penale. Sostiene il Ministero che l'incidente si è verificato all'esterno degli edifici scolastici, ove non si estende l'obbligo di vigilanza sui minori da parte del corpo docente o del personale dipendente del Ministero, in quanto l'amministrazione scolastica assume la custodia degli alunni all'interno della sede nello svolgimento delle attività scolastiche e non, come nel caso di specie, in luoghi di pertinenza dell'istituto scolastico. Infatti il punto di raccolta degli alunni esterna al cancello della scuola non costituisce pertinenza dell'istituto e pertanto difettava in radice qualunque obbligo di custodia all'esterno della scuola. Tale profilo non è stato esaminato dal giudice del merito.

Il motivo è inammissibile.

Il motivo non è di specifico in violazione dell'art. 366 c.p.c., n. 6 e art. 369 c.p.c., n. 4, poichè è orientamento consolidato di questa Corte, (*ex multis* Cass. 19881/2014), che la parte ricorrente debba indicare il "fatto storico" il cui esame sia stato omissis, il "dato" testuale o *extra-testuale* da cui ne risulti l'esistenza, il "come" ed il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione tra le parti e la "decisività" del fatto stesso.

4.2. Con il secondo motivo si lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4".

La Corte d'Appello non avrebbe motivato in relazione al rigetto dell'appello incidentale proposto dal Ministero riportandosi per *relationem* alla pronuncia penale sulla quale ha fondato

il proprio convincimento circa la responsabilità dell'istituto scolastico e dunque del Ministero dell'Istruzione.

Il motivo è inammissibile.

Anche il secondo motivo di censura va dichiarato inammissibile in quanto non si indica, al fine di assolvere l'onere indicato dall'art. 366 c.p.c., n. 6, la motivazione del giudice specificamente condivisa dal giudice d'Appello, nonchè le critiche a queste mosse con l'atto di gravame, necessario ad accertare che con le rese motivazioni in realtà il giudice avrebbe eluso i propri oneri motivazionali (così Cass. n.7074 del 2017).

4.3. Con il terzo motivo si lamenta "violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

I giudici di secondo grado avrebbero errato nel rigettare l'appello incidentale del Ministero volto a dimostrare l'assenza di responsabilità contrattuale dell'istituto scolastico nella vicenda in esame perchè l'incidente si è verificato all'esterno degli edifici scolastici a seguito della fine dello svolgimento delle attività scolastiche, quindi in un luogo in cui non si estende l'obbligo di vigilanza sui minori della scuola o del personale addetto alla vigilanza dipendente dal ministero.

Il motivo è infondato.

Come rilevato dal primo giudice e implicitamente condiviso dalla Corte Fiorentina sussiste un obbligo di vigilanza in capo all'amministrazione scolastica con conseguente responsabilità ministeriale sulla base di quanto disposto all'art. 3, lett. d) ed f del Regolamento d'istituto.

Le norme ora richiamate, infatti, rispettivamente pongono a carico del personale scolastico l'obbligo di far salire e scendere dai mezzi di trasporto davanti al portone della scuola gli alunni, compresi quelli delle scuole medie, e demandano al personale medesimo la vigilanza nel caso in cui i mezzi di trasporto ritardino.

Sulla scorta di quanto prescritto nel richiamato regolamento scolastico il giudice di primo grado e quello di secondo grado hanno logicamente dedotto che l'attività di vigilanza della quale l'amministrazione scolastica era onerata non avrebbe dovuto arrestarsi fino a quando gli alunni dell'istituto non venivano presi in consegna da altri soggetti e dunque sottoposti ad altra vigilanza, nella specie quella del personale addetto al trasporto.

4.4. Con il quarto motivo il ricorrente deduce la "violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. in combinato con l'art. 651 c.p.p. e con gli artt. 24 e 111 Cost. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

La sentenza resa nel giudizio penale non avrebbe dovuto opporsi al Ministero in quanto trattasi di sentenza di assoluzione e non di condanna e non essendo questi intervenuto nel richiamato giudizio in qualità di responsabile civile, cosicchè i Giudici di secondo grado avrebbero violato il disposto all'art. 651 c.p.p..

Il motivo è infondato.

In materia di rapporti tra processo penale e civile, come recentemente sottolineato dalla giurisprudenza di questa Corte di legittimità nella sentenza n 9358 del 2017, la sentenza di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato, passata in giudicato, non è vincolante nel giudizio civile di danno anche quando lo stesso si svolga nelle forme del giudizio di rinvio conseguente a quello penale *ex art. 622 c.p.p.*, giacchè rispetto ad esso non è ipotizzabile un vincolo paragonabile a quello derivante dall'enunciazione del principio di diritto *ex art. 384 c.p.c., comma 2.*

Nella specie la Corte d'Appello di Firenze ha richiamato quanto accertato in sede penale circa la colpevolezza dell'insegnante dell'ultima ora e della preside nonostante il giudice penale le avesse prosciolte per intervenuta prescrizione del reato loro imputato, non essendo questi in alcun modo vincolato all'esito del medesimo e dunque potendo liberamente scegliere di discostarsi dalla pronuncia dichiarativa di intervenuta prescrizione. Erra pertanto la ricorrente nel ritenere violato l'art. 651 c.p.p., dal momento che la Corte fiorentina non ne ha fatto applicazione alcuna al caso in oggetto, richiamando invece e più semplicemente le risultanze sulla colpevolezza delle imputate cui si giungeva nel giudizio penale e ponendo le stesse a fondamento della responsabilità indiretta del Ministero.

4.5. Con il quinto ed ultimo motivo si censura "violazione e falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4".

La ricorrente lamenta assenza totale di motivazione da parte della Corte di Firenze sul mutamento dei parametri di calcolo del danno non patrimoniale rispetto al giudice di prime cure, avendo questi applicato un criterio più vicino al valore medio del danno da perdita di un figlio senza giustificare il maggior danno riscontrato rispetto al valore minimo che veniva invece utilizzato dal primo giudice.

Il motivo è infondato.

La Corte di Firenze ha operato una rivalutazione del danno non patrimoniale lamentato ritenendo che dai dati concretamente emersi nel corso della vicenda controversa sarebbe stato più confacente ad una corretta stima del sofferto danno l'applicazione del valore medio del danno da perdita di un figlio riportato dalla Tabelle ambrosiane.

In questi termini i Giudici di secondo grado motivano la valutazione equitativa del danno, che seppur rimessa alla discrezionalità dell'Organo giudicante viene ricondotta in termini di oggettività attraverso l'utilizzo dei criteri legislativamente prescritti dalle Tabelle e adeguatamente adoperate dai Giudicanti nell'impugnata sentenza.

Come pacificamente ritenuto da questa Corte il sindacato sulla valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c.* si arresta dinnanzi ad una motivazione dalla quale emerge non solo l'applicazione dei criteri legislativamente prescritti ma anche i dati di fatto acquisiti al processo come fattori costitutivi dell'ammontare dei danni liquidati (*ex multis* Cass. n. 5090 del 2016 e n. 8213 del 2013).

Pertanto seppur in maniera sintetica ed essenziale l'iter logico argomentativo alla base delle considerazioni operate nella pronuncia è facilmente deducibile.

5. Con ricorso incidentale i ricorrenti, censurano "violazione e falsa applicazione dell'art. 1226 c.c., art. 2056 c.c. e art. 32 Cost. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3".

Non sarebbero evidenti le ragioni per cui la Corte di Firenze avrebbe applicato al caso di specie i valori medi e non il massimo così disattendendo i contenuti dispositivi degli articoli su richiamati.

Il ricorso è infondato e va rigettato.

Il giudice chiamato a pronunciarsi sul proposto gravame ha operato una nuova valutazione dei criteri applicati dal Tribunale di primo grado motivando, in maniera succinta ma chiara, che alla luce dei dati oggettivamente emersi nell'esaminata questione il riconoscimento dei valori medi riconosciuti nelle Tabelle di Milano avrebbero meglio ristorato il sofferto danno da perdita di un figlio.

Il sindacato di legittimità di questa Corte si arresta di fronte ad una motivazione dalla quale si evince l'iter logico sotteso alla valutazione equitativa del danno *ex art. 1226 c.c. e art. 2056 c.c.*.

6. Pertanto la Corte rigetta il ricorso principale e quello incidentale. In virtù della reciproca soccombenza dispone la compensazione delle spese.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso principale e quello incidentale. Spese compensate.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dà atto della non sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, ed invece della sussistenza per i ricorrenti incidentali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 23 maggio 2017.

Depositato in Cancelleria il 19 settembre 2017.

SERVIZI DI *HANDLING* E RESPONSABILITÀ DEL VETTORE AEREO

(Relatore: Matteo Dellacasa)

Cass. sez. un. 20 settembre 2017, n. 21850

Nel trasporto aereo di merci, l'attività svolta dall'impresa esercente il servizio di c.d. "*handling*" aeroportuale non viene resa in esecuzione di un autonomo contratto di deposito a favore di terzo, concluso tra l'"*handler*" (promittente) e il vettore (stipulante) a beneficio del mittente o del destinatario, ma rientra, come attività accessoria, 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 ad esso antecedente (allorché l' "*handler*" riceve la merce dal mittente in funzione della consegna al vettore, nell'aeroporto di partenza) e la fase ad esso successiva (allorché riceve la merce dal vettore in funzione della messa a disposizione del destinatario, nell'aeroporto di destinazione), atteso che tale 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 da ciò che: a) 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) nell'ipotesi di perdita o avaria delle cose trasportate nella fase in cui le stesse sono affidate all' "*handler*", il proprietario di esse può agire contrattualmente nei confronti del vettore, il quale è responsabile del fatto colposo del proprio ausiliario, ai sensi dell'art. 1228 c.c.; c) nella medesima ipotesi, l'operatore di "*handling*" non risponde nei confronti del mittente o del destinatario a titolo contrattuale, non essendo parte del rapporto obbligatorio nascente dal contratto di trasporto, ma risponde, 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) in quanto ausiliario del vettore aereo, l' "*handler*", pur rispondendo a titolo *extracontrattuale*, 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.

FATTO

1. Nell'ottobre del 2004 la società FERRARI, spedizioniere professionale, ricevette l'incarico dalla propria cliente Songa s.p.a. di stipulare un contratto di trasporto con un vettore aereo per la spedizione di un collo contenente gioielli destinato alla Cartish s.a..

1.2. Sottoscritta la lettera di vettura con la quale il vettore aereo KLM assumeva l'incarico del trasporto della merce dall'aeroporto di (OMISSIS) a quello di (OMISSIS), la Ferrari, su indicazione del vettore, consegnò il collo alla società di *handling* (OMISSIS) s.p.a

1.3. Quest'ultima, ricevuto il collo già sigillato, lo aveva custodito per una notte nel suo deposito blindato, per poi consegnarlo, il mattino successivo, ad una guardia giurata dipendente

della società di gestione aeroportuale SEA s.p.a., perchè lo scortasse sino all'aeromobile, dove fu caricato.

1.4. All'arrivo all'aeroporto di destinazione, i dipendenti della KLM accertarono che i preziosi erano stati trafugati e sostituiti con un mattone.

2. Dopo aver corrisposto alla propria cliente l'importo di circa 150 mila dollari a ristoro del furto - così surrogandosi nei diritti del mittente in forza di quietanza con cessione del 23 maggio 2005 -, la FERRARI convenne dinanzi al Tribunale di Milano il vettore KLM per il risarcimento del danno.

2.1. Quest'ultimo, proposta in *limine litis* l'eccezione di estinzione del diritto azionato per essere ormai decorso il termine di 15 giorni previsto dall'art. 31 della Convenzione di Montreal sul trasporto aereo internazionale (ratificata e resa esecutiva in Italia con L. n. 12 del 2004), chiese ed ottenne di chiamare in causa la società di *handling* ALHA AIRPORT s.p.a., la società di gestione aeroportuale SEA s.p.a. e la SEA *HANDLING* s.p.a., da ritenersi, separatamente o congiuntamente, responsabili dell'illecito contestato, per esserne manlevato in caso di soccombenza.

2.2. In seguito alla costituzione in giudizio delle società chiamate, la FERRARI s.p.a. estese ad esse l'originaria domanda risarcitoria.

2.3. Il Tribunale di Milano, respinte tutte le istanze istruttorie proposte dalle parti, con sentenza del 10 agosto 2010 accolse la domanda nei confronti dell'ALHA AIRPORT s.p.a. e della SEA s.p.a., rigettando quella avanzata nei confronti della KLM e della SEA *HANDLING*.

2.4. Ritenne il giudice di prime cure che la KLM non fosse responsabile di quanto accaduto, poichè, al momento della sostituzione della merce, questa non le era stata ancora consegnata, e che la SEA *HANDLING* fosse a sua volta estranea ai fatti di causa, non avendo in alcun modo preso parte alle operazioni di carico, mentre la ALHA e la SEA, entrambe obbligate *ex contractu* alla custodia e alla riconsegna dei preziosi, non avevano offerto la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.

3. La pronuncia è stata confermata dalla Corte di Appello di Milano con sentenza depositata il 23 ottobre 2012, sul rilievo che:

la società di *handling* (l'ALHA AIRPORT) avesse concluso con il vettore KLM un contratto di deposito a favore del terzo (lo spedizioniere FERRARI), obbligandosi nei confronti del primo a ricevere dal secondo le merci da imbarcare, e così assumendo gli obblighi tipici del depositario - in particolare, quelli di custodire le cose e di consegnarle al vettore nell'interesse del proprietario;

il contratto di deposito dovesse ritenersi autonomo e distinto dal contratto di trasporto stipulato dallo spedizioniere con il vettore aereo, così che la sua esecuzione si sarebbe potuta ritenere perfezionata soltanto con la consegna delle cose al vettore, mentre l'esecuzione del trasporto avrebbe avuto inizio solo nel momento della materiale consegna e della materiale apprensione della res da parte del vettore;

- la perdita della cosa prima della consegna al vettore integrava, pertanto, gli estremi dell'inadempimento del contratto di deposito a favore del terzo (di cui era responsabile l'*handler* in qualità di depositario-promittente) e non quella dell'inadempimento del contratto di trasporto (imputabile al vettore);

in quanto autore di una prestazione resa in esecuzione di un contratto autonomo e non in funzione accessoria al contratto di trasporto, l'*handler* non poteva ritenersi un "ausiliario" del

vettore, di tal che non solo doveva ritenersi responsabile del danno cagionato dal suo inadempimento (mentre il vettore andava assolto da ogni responsabilità), ma non poteva neppure invocare le limitazioni di responsabilità stabilite, in favore del vettore e dei suoi dipendenti od incaricati, dagli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal;

era altresì responsabile della perdita della cosa la società di gestione aeroportuale (SEA s.p.a.), che aveva assunto l'obbligo di scortare la merce all'aeromobile per il tramite della guardia giurata sua dipendente, mentre nessuna responsabilità poteva essere ravvisata nei confronti della SEA *HANDLING* s.p.a., che non aveva in alcun modo partecipato alle operazioni di carico.

4. La sentenza è stata impugnata dalla ALHA AIRPORT s.p.a. con ricorso principale, dalla SEA s.p.a. con ricorso che, notificato in epoca successiva a quello della ALHA, assume veste di ricorso incidentale, dalla KLM con ricorso incidentale (cui ha resistito con controricorso la SEA s.p.a.), e dalla FERRARI s.p.a. con ricorso incidentale condizionato, cui hanno resistito con controricorso la KLM e la SEA s.p.a.

4.1. Con il primo motivo del ricorso SEA (Violazione o falsa applicazione degli artt. 18, 30, 22 e 31 della Convenzione di Montreal, nonché dell'art. 1411 c.c. - art. 360 c.p.c., n. 3), è dedotta l'errata collocazione del contratto di *handling* nella fattispecie normativa del deposito a favore di terzo, mentre la prestazione dell'*handler* avrebbe dovuto essere correttamente riferita, quale prestazione accessoria, al momento esecutivo del contratto di trasporto, con conseguente applicabilità all'*handler* (quale preposto del vettore) della normativa internazionale sul trasporto aereo.

4.2. Con il terzo motivo del ricorso AHLA - il cui esame nel merito non sarebbe impedito, secondo l'ordinanza interlocutoria di cui a breve si dirà, dalla delibazione delle eccezioni preliminari di inammissibilità e di giudicato sollevate dalle parti vittoriose nel giudizio di merito - la ricorrente ha censurato la sentenza impugnata lamentando, in particolare, che la Corte territoriale avrebbe errato nel non qualificare l'*handler* in termini di "ausiliario" del vettore aereo - e che, conseguentemente, l'azione di danno esercitata nei suoi confronti dallo spedizioniere non fosse soggetta ai termini di decadenza e ai limiti stabiliti dalla Convenzione di Montreal in favore del vettore e dei suoi dipendenti ed incaricati. A fondamento del proprio assunto difensivo, l'ALHA AIRPORT ha tratto argomento (oltre che dal novellato art. 953 c.p.c., da assumersi a canone interpretativo delle regole di diritto internazionale uniforme, ed in particolare di quella contenuta nell'art. 18 della Convenzione di Montreal), dal disposto dell'art. 1693 c.c., secondo cui il vettore è responsabile della perdita e della avaria delle cose consegnategli per il trasporto sino al momento in cui le riconsegna al destinatario. Sarebbe dunque il vettore il soggetto responsabile anche della perdita verificatasi, nella fase iniziale del trasporto, dopo l'affidamento delle cose da parte del mittente all'*handler*, in quanto quest'ultimo le riceverebbe per suo conto e nel suo interesse, onde la sua prestazione non sarebbe autonoma, ma accessoria a quella dovuta dal vettore in esecuzione del contratto di trasporto: l'*handler* sarebbe, dunque, un ausiliario del vettore e, in quanto tale, dovrebbe beneficiare delle limitazioni di responsabilità previste dal diritto internazionale pattizio sul trasporto aereo.

5. E' stata così sottoposta allo scrutinio della terza sezione di questa Corte la questione se, nel trasporto aereo di cose, l'attività espletata dalla società di *handling* - nel caso di specie, quella svolta nella fase iniziale del trasporto (allorché l'*handler* riceve la merce dal mittente con

l'obbligo di custodirla e di consegnarla al vettore), ma in genere anche quella svolta nella fase finale (allorchè l'*handler* riceve la merce dal vettore con l'obbligo di custodirla e consegnarla al destinatario):

- rientri funzionalmente nella complessiva prestazione dovuta dal vettore in esecuzione del contratto di trasporto;
- ovvero costituisca oggetto di obbligazioni derivanti in capo all'*handler* da un contratto distinto e autonomo, con conseguente imprevedibilità della qualificazione dell'*handler* come ausiliario del vettore aereo.

5.1. Dalla adottanda soluzione derivavano, *ictu oculi*, conseguenze diverse in ordine non solo ai rapporti tra vettore e *handler*, ma anche al regime di responsabilità nei confronti del terzo (il destinatario delle cose) titolare di diritti in base al contratto di trasporto e danneggiato dall'inesatta esecuzione della prestazione resa dall'*handler*.

Nella prima ipotesi - riconosciuto, cioè, il carattere accessorio della prestazione eseguita dall'*handler* ed attribuita a quest'ultimo la qualifica di "ausiliario" del vettore - ne deriverebbe, sul piano della responsabilità verso il terzo danneggiato:

- a) che il vettore sarebbe contrattualmente responsabile ai sensi dell'art. 1228 c.c.;
- b) che non vi sarebbe una concorrente responsabilità contrattuale dell'*handler*, in quanto egli non è parte del rapporto obbligatorio;
- c) che egli risponderebbe, peraltro, in proprio, ai sensi dell'art. 2043 c.c., se fossero accertati e dimostrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito *extracontrattuale*;
- d) che la responsabilità *extracontrattuale* dell'*handler* - al pari di quella contrattuale del vettore - sarebbe soggetta alla disciplina stabilita dalla Convenzione di Montreal sul trasporto aereo internazionale, che prevede limitazioni di responsabilità in favore del vettore e dei suoi dipendenti e incaricati (artt. 22 e 30) e assoggetta l'esercizio dell'azione risarcitoria a ristretti limiti temporali (art. 35).

Nella seconda ipotesi, affermato il carattere autonomo della prestazione resa dall'*handler* ed escluso che egli rivesta la qualifica di "ausiliario" del vettore, ne deriverebbe:

- a) che il vettore non sarebbe responsabile della perdita delle cose trasportate nella fase in cui queste erano sottoposte alla custodia dell'*handler* nell'aeroporto di partenza, in quanto tale custodia non rientrerebbe tra le prestazioni dovute in base al contratto di trasporto, la cui esecuzione inizia dopo la consegna delle cose al vettore e termina con la riconsegna all'*handler* nell'aerostazione di arrivo delle merci;
- b) che la responsabilità graverebbe esclusivamente sull'*handler* e avrebbe natura contrattuale, in conseguenza dall'inadempimento di una obbligazione scaturente da uno specifico contratto di deposito, stipulato tra l'*handler* e il vettore (ovvero, secondo una diversa ricostruzione teoricamente possibile solo con riguardo alla fattispecie attinente alla fase antecedente al trasporto -, tra il mittente e l'*handler*) a favore del terzo proprietario delle cose, e distinto dal contratto di trasporto;
- c) che la responsabilità dell'*handler* non sarebbe soggetta alle limitazioni stabilite, in favore del vettore e dei suoi ausiliari, dalle regole del diritto internazionale pattizio sul trasporto aereo, in quanto il contratto stipulato dall'*handler* resterebbe disciplinato dalle norme del diritto comune.

6. Con ordinanza interlocutoria n. 3361 del 2016, la terza sezione civile di questa Corte, nel rimettere gli atti del procedimento al Primo Presidente, osserverà come la questione fosse già stata più volte esaminata dalla giurisprudenza di legittimità, il cui orientamento appariva

consolidato nel senso di affermare l'autonomia della prestazione dell'impresa esercente l'attività di *handling* rispetto al contratto di trasporto - così negandosi all'*handler* la qualifica di "ausiliario" del vettore, con tutte le conseguenze sopra evidenziate in ordine al regime di responsabilità verso il terzo danneggiato (Cass. 9357 del 1990; 8531 del 1992; 9810 del 1997; 18074 del 2003; 14593 del 2007).

A tale orientamento si era puntualmente conformata la Corte territoriale nel caso di specie.

6.1. Il collegio remittente rileverà, peraltro, che tale soluzione, ritenuta già di per sè criticabile perchè frutto di numerose incongruenze, oltre che in contrasto con l'orientamento prevalente nella giurisprudenza dei Paesi che aderiscono alle Convenzioni internazionali sul trasporto aereo, appariva altresì incoerente con il quadro normativo di riferimento, sia nazionale che europeo, evolutosi, nella prospettiva di una evidente "liberalizzazione" dei servizi di *handling*, da una situazione nella quale questi venivano esercitati in condizioni di sostanziale monopolio verso un regime in cui era riconosciuto e garantito il libero accesso al mercato della prestazione di tali servizi.

6.2. La circostanza che il vettore possa liberamente scegliere l'*handler* di cui avvalersi tra le imprese operanti in regime di libera concorrenza in ogni scalo aeroportuale doveva, pertanto, a tacer d'altro, indurre ad abbandonare l'orientamento tradizionale, adottando di converso un'interpretazione che individuasse nell'impresa esercente l'attività di *handling* un vero e proprio ausiliario del vettore aereo.

6.3. Gli atti del procedimento venivano così rimessi a queste sezioni unite, per la decisione sulla questione di massima di particolare importanza.

7. Osserva preliminarmente il collegio che la questione sarebbe oggi risolta de plano alla luce delle modifiche introdotte al codice della navigazione dal D.Lgs. 9 maggio 2005, n. 96 e dal D.Lgs. 15 marzo 2006, n. 151, che hanno proceduto alla revisione della sua parte aeronautica (artt. 687 e ss.), modificando significativamente, tra l'altro, la disciplina del trasporto aereo contenuta negli artt. 941-964.

7.1. In materia di trasporto aereo di cose (artt. 950 e ss.), oltre ad estendersi l'applicabilità delle Convenzioni internazionali anche ai trasporti nazionali ("ai quali non si applicherebbero per forza propria": così l'art. 951 nuovo testo cod. nav.), è stata interamente rivista la disciplina della responsabilità del vettore per la perdita delle cose consegnategli per il trasporto, stabilendosi che egli è responsabile "fino al momento della riconsegna al destinatario, anche se prima della riconsegna le cose siano affidate, o nell'interesse del vettore per esigenze della scaricazione o per ottemperare a un regolamento aeroportuale, ad un operatore di assistenza a terra o ad altro ausiliario" (art. 953, nuovo testo, cod. nav.).

7.2. L'esecuzione del contratto di trasporto non cessa, pertanto, con la consegna delle cose dal vettore all'*handler*, ma si estende sino al momento in cui quest'ultimo, in qualità di ausiliario del vettore (è significativo che la norma utilizzi espressamente questo termine), le affida al destinatario, con tutto ciò che ne consegue in ordine al fondamento, alla natura e ai limiti della responsabilità del debitore e dell'ausiliario nei confronti del creditore danneggiato.

7.3. Poichè, tuttavia, la novella non dispone che per l'avvenire, la questione oggi sottoposta all'esame del collegio mantiene la sua rilevanza in ordine alle fattispecie (quale quella odierna, che fa riferimento a fatti accaduti nel 2004) verificatesi prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate al codice della navigazione con il D.Lgs. n. 151 del 2006.

Diritto

DIRITTO

1. Il ricorso ALHA AIRPORT s.p.a. si articola in 6 motivi.

Con il primo motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 454 c.n., comma 2, e art. 12 preleggi - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello avrebbe indebitamente esteso ad una fattispecie concernente la fase anteriore al trasporto (nella quale l'*handler* riceve le cose in partenza dal mittente in vista della consegna al vettore) i principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, mediante l'applicazione estensiva della norma sullo sbarco di amministrazione dettata per il trasporto navale (art. 454 cod. nav.), con riguardo a fattispecie concernenti la fase successiva al trasporto stesso (nella quale l'*handler* riceve le cose in arrivo dal vettore in vista della consegna al destinatario), in assenza dei presupposti dell'applicazione analogica.

Con il secondo motivo (violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1411 e/o 1777 e o 1778 c.c. - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello avrebbe indebitamente esteso la ricostruzione del rapporto tra vettore e *handler* operata dalla giurisprudenza con riguardo alla fase successiva al trasporto (contratto di deposito concluso tra vettore-stipulante e *handler*-promittente in favore del terzo destinatario) anche alla fase antecedente al trasporto medesimo (ipotizzando un contratto di deposito concluso tra il vettore-stipulante e l'*handler*-promittente a favore del mittente), non ostante che tra le due fattispecie vi fosse una differenza strutturale (non coincidenza tra i soggetti titolati a ricevere le cose depositate) e funzionale (diversa finalità perseguita, nei due casi, dal vettore) ed in evidente distonia con quanto disposto dall'art. 1777 c.c. (secondo cui il terzo beneficiario deve individuarsi nella persona indicata dal depositante per ricevere la cosa e non nel soggetto nel cui interesse il deposito è effettuato) e dall'art. 1773 stesso codice, secondo cui il terzo interessato, comunicando la sua adesione, può solo impedire al depositario di liberarsi restituendo la cosa al depositante o al suo indicato.

Con il terzo motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 della convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) l'ALHA AIRPORT ha dedotto che la corte di merito avrebbe errato nel ritenere che l'*handler* non fosse un "ausiliario" del vettore aereo - e che, conseguentemente, l'azione di danno esercitata nei suoi confronti dallo spedizioniere non fosse soggetta ai termini di decadenza e ai limiti stabiliti dalla Convenzione di Montreal in favore del vettore e dei suoi dipendenti ed incaricati. Per sostenere tale opinione l'ALHA AIRPORT s.p.a. ha tratto argomento (oltre che dal rinnovato art. 953 cod. nav., da assumersi quale canone interpretativo delle regole di diritto internazionale uniforme, ed in particolare di quella contenuta nell'art. 18 della Convenzione di Montreal), dal disposto dell'art. 1693 c.c., secondo cui il vettore è responsabile della perdita e della avaria delle cose consegnategli per il trasporto sino al momento in cui le riconsegna al destinatario. Egli sarebbe dunque responsabile anche della perdita verificatasi, nella fase finale del trasporto, dopo lo scarico delle merci e il loro affidamento al gestore dei servizi di assistenza a terra; parimenti, il vettore sarebbe responsabile della perdita verificatasi, nella fase iniziale del trasporto, dopo l'affidamento delle cose da parte del mittente all'*handler*, in quanto quest'ultimo le riceverebbe per conto e nell'interesse del vettore stesso. In entrambe le fasi, la prestazione dell'*handler* non

sarebbe, pertanto, autonoma ma accessoria a quella dovuta dal vettore in esecuzione del contratto di trasporto: l'*handler* sarebbe dunque un ausiliario del vettore e, in quanto tale, dovrebbe beneficiare delle limitazioni di responsabilità e dei più favorevoli termini di decadenza dell'azione risarcitoria previsti dal diritto internazionale pattizio sul trasporto aereo. Con il quarto motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 167 c.p.c., comma 1 e/o 2 - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5), la ricorrente ha contestato la statuizione della Corte di Appello che nella parte in cui aveva qualificato come eccezione di merito tardivamente sollevata l'indicazione - che essa aveva compiuto nella propria comparsa conclusionale - delle norme di diritto in base alle quali avrebbe dovuto reputarsi infondata la domanda attorea: ciò sul rilievo che tale indicazione, da annoverarsi tra le mere difese, non si era tradotta nell'allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto azionato dall'attrice ma nella sola individuazione delle norme di diritto che il giudice sarebbe stato comunque tenuto ad applicare nell'adempimento del suo dovere decisorio, ai sensi dell'art. 113 c.p.c.

Con il quinto motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c. e/o dell'art. 1223 c.c. o, in subordine, dell'art. 2697 c.c., comma 1, - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) l'ALHA AIRPORT ha contestato la condanna al risarcimento sotto il profilo del quantum, sul rilievo che il giudice del merito non aveva tenuto conto della circostanza che alcuni dei gioielli rubati erano stati successivamente ritrovati, e che tale circostanza, sebbene non fosse stata opposta in contestazione dai convenuti, era comunque da ritenersi pacifica, in quanto allegata dalla stessa società attrice.

Con il sesto motivo (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. - art. 360 c.p.c., n. 3; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso decisivo per il giudizio - art. 360 c.p.c., n. 5) l'ALHA ha contestato la condanna al pagamento delle spese del giudizio in favore della KLM osservando che, sulla domanda di manleva proposta contro di essa dal vettore, non vi era stata alcuna pronuncia (il giudice di primo grado aveva difatti dichiarato tale domanda assorbita nella pronuncia di rigetto di quella principale proposta contro il vettore, e avverso tale statuizione non vi era stato gravame in appello).

2. Il ricorso SEA s.p.a. si articola in 6 motivi.

Con il primo motivo (violazione o falsa applicazione degli artt. 18, 30, 22 e 31 della Convenzione di Montreal, nonché dell'art. 1411 c.c. - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto l'errata qualificazione del contratto di *handling* quale deposito a favore di terzo, deducendo che la condotta dell'*handler* avrebbe dovuto essere correttamente inquadrata, quale prestazione accessoria, nel momento esecutivo del contratto di trasporto, con conseguente applicabilità all'*handler* (preposto del vettore) della Convenzione internazionale sul trasporto aereo.

Con il secondo motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 18 della Convenzione di Montreal - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto che erroneamente la Corte di Appello aveva ritenuto predicabile, nella specie, la sua responsabilità e quella della società di *handling* (in luogo di quella del vettore) senza che fosse stato individuato con precisione il momento in cui era stato commesso il furto, con ciò violandosi il principio, desumibile dall'art. 18 della Convenzione (che pone la responsabilità dei danni verificatisi nel corso del trasporto aereo in capo al vettore), secondo cui quest'ultimo ha l'onere di fornire la prova liberatoria.

Con il terzo motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 705 cod. nav. - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello avrebbe erroneamente qualificato il servizio di guardia giurata da essa prestato per la scorta dei preziosi sino al sottobordo dell'aeromobile come servizio di trasporto rientrando nella prestazione di *handling*, evidenziando che il predetto servizio era stato invece espletato nello svolgimento dei compiti istituzionali del gestore aeroportuale, indipendentemente da un rapporto contrattuale diretto con il vettore.

Con il quarto motivo (nullità della sentenza - art. 360 c.p.c., n. 4), la ricorrente ha dedotto che la Corte di Appello, nel qualificare il servizio di guardia giurata da essa prestato come servizio di trasporto, aveva rilevato d'ufficio una questione decisiva attinente alla qualificazione giuridica della fattispecie, senza previamente sottoporla alle parti al fine di provocare il contraddittorio sul punto, con conseguente violazione del diritto di difesa.

Con il quinto motivo (violazione o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. - art. 360 c.p.c., n. 3), la ricorrente ha dedotto l'errata applicazione delle norme in tema di valutazione delle prove, evidenziando che le circostanze in cui era stato espletato il servizio di guardia giurata (esauritosi in pochi minuti e svoltosi interamente all'interno del piazzale di sosta degli aeromobili, luogo sottoposto ad un sistema di controllo e di monitoraggio avanzato) escludevano che il furto potesse essersi verificato nel tempo in cui la merce era nella disponibilità della guardia giurata, escludendo, conseguentemente, qualsiasi coinvolgimento di quest'ultima nel furto medesimo.

Con il sesto motivo (violazione o falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c. - art. 360 c.p.c., n. 3) la SEA s.p.a. ha contestato, sia nell'an che nel quantum, la condanna alle spese di lite, deducendo, sotto il primo profilo, la sussistenza di giusti motivi di compensazione totale o parziale per la complessità delle questioni e la non univocità degli orientamenti giurisprudenziali e, sotto il secondo, l'assenza di attività istruttoria.

3. I controricorsi/ricorsi incidentali.

3.1. Nel controricorso avverso il ricorso SEA s.p.a., la FERRARI s.p.a. - dopo avere eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse dei primi due motivi (sul rilievo che la SEA, dopo avere sostenuto la sussistenza in astratto di un rapporto di preposizione tra vettore aereo e *handler* - con conseguente applicabilità a quest'ultimo della disciplina del diritto uniforme - avrebbe poi ammesso di non avere agito come preposto di KLM nel caso concreto), del terzo motivo (sul rilievo che esso censurerebbe la violazione di una norma - l'art. 705 cod. nav. - che non era stata invece presa in considerazione dalla Corte di merito) e del quinto motivo (per aver censurato l'asserita violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. senza dire in cosa questa sarebbe consistita) e dopo avere resistito al quarto e al sesto motivo deducendone l'infondatezza - ha proposto ricorso incidentale, deducendo, in via principale: a) la nullità della sentenza (art. 360 c.p.c., n. 4) per omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità dell'appello proposto da SEA s.p.a. avverso la sentenza di primo grado, e ancora, in via subordinata, b) la violazione e falsa applicazione degli artt. 110,112 c.p.c. e art. 329 c.p.c., comma 2, (art. 360 c.p.c., n. 3) in ragione dell'omessa pronuncia in ordine alla medesima eccezione. In via incidentale condizionata tardiva, la società di spedizione, per l'ipotesi di accoglimento del ricorso proposto dalla SEA, ha poi impugnato il capo della sentenza di appello che aveva dichiarato assorbita la domanda di condanna al risarcimento da essa formulata nei confronti del vettore KLM e per essa dei suoi incaricati ALHA e SEA. Al ricorso incidentale condizionato hanno resistito con controricorso la KLM e la SEA s.p.a.

3.2. Nel controricorso avverso il ricorso SEA, la KLM - dopo aver eccepito l'inammissibilità del primo, secondo, terzo e quinto motivo di ricorso (il primoper difetto di interesse; gli altri ai sensi dell'art. 348-ter c.p., vertendosi in ipotesi di doppia conforme; i primi due, inoltre, ai sensi dell'art. 360-*bis* c.p.c., poichè il provvedimento impugnato avrebbe deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e i motivi non offrirebbero elementi per confermare o mutare l'orientamento) e dopo aver resistito al quarto e al sesto motivo deducendone l'infondatezza - ha proposto ricorso incidentale, censurando il provvedimento impugnato per avere omesso di pronunciare sull'eccezione con cui essa aveva dedotto il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e la conseguente inammissibilità dell'appello proposto da SEA s.p.a. Al ricorso incidentale ha resistito con controricorso la SEA s.p.a.

3.3. Nel controricorso avverso il ricorso della ALHA AIRPORT, la FERRARI s.p.a. - dopo avere eccepito la totale inammissibilità del primo, del secondo e del quarto motivo di ricorso (soprattutto in ragione della circostanza che essi, da un lato, sotto il profilo della violazione di legge, censurerebbero la violazione di norme che non sono state rilevanti ai fini della statuizione impugnata e, dall'altro lato, sotto il profilo del difetto di motivazione, troverebbero un ostacolo nella nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, da ritenersi applicabile *ratione temporis*) e la parziale inammissibilità, sotto quest'ultimo profilo, del terzo e del quinto motivo - ha dedotto l'infondatezza di questi ultimi sotto il profilo della violazione di legge e ha proposto ricorso incidentale condizionato tardivo, per l'ipotesi che fosse accolto il ricorso per cassazione proposto dalla ALHA AIRPORT., impugnando il capo della sentenza di appello che aveva dichiarato assorbita la domanda di condanna al risarcimento da essa formulata nei confronti del vettore KLM e dei suoi incaricati ALHA e SEA. Al ricorso incidentale condizionato hanno resistito con controricorso la KLM e la SEA s.p.a.

3.4. Nel controricorso avverso il ricorso ALHA AIRPORT s.p.a., la KLM -dopo aver eccepito la totale inammissibilità del primo e del secondo motivo di ricorso (ai sensi dell'art. 360-*bis* c.p.c., poichè il provvedimento impugnato avrebbe deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e i motivi non offrirebbero elementi per confermare o mutare l'orientamento) e la parziale inammissibilità degli altri motivi sotto il profilo del dedotto difetto motivazionale (in considerazione, da un lato, della preclusione prevista dall'art. 348-ter c.p.c. - venendo in considerazione un'ipotesi di doppia conforme - e, dall'altro, dell'ostacolo posto dalla nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, da ritenersi applicabile *ratione temporis*) - ha resistito, in particolare, al sesto motivo con il quale è stata censurata da ALHA la condanna al pagamento in suo favore delle spese del giudizio di appello. Ha dedotto al riguardo la controricorrente che la soccombenza di ALHA AIRPORT nei suoi confronti risultava con evidenza dalla pronuncia di integrale rigetto dell'appello da essa proposto.

4. L'ALHA AIRPORT s.p.a., la FERRARI s.p.a., la S.E.A. s.p.a. e la KLM hanno depositato memorie *ex art. 378 c.p.c.*

5. Va premesso all'esame delle odierne impugnazione che questo collegio condivide quanto affermato con l'ordinanza di rimessione (f. 9, punto 3.2) ove si legge che le eccezioni preliminari di inammissibilità, improcedibilità e giudicato sollevate dalla Ferrari e dalla KLM, pur esaminate secondo l'ordine di cui all'art. 276 c.p.c., comma 2, non impediscono - per le ragioni che verranno esposte esaminando i singoli motivi degli odierni atti di gravame - l'esame

nel merito della questione sottoposta all'esame di queste sezioni unite, che può così sintetizzarsi:

Se, nel trasporto aereo di merci, la prestazione svolta dall'impresa esercente il cosiddetto servizio di *handling* aeroportuale (alla quale siano consegnate - dal mittente o dal suo spedizioniere - le cose destinate ad essere caricate sull'aeromobile) abbia carattere accessorio rispetto al contratto di trasporto o sia svolta in esecuzione di un autonomo e distinto contratto, con conseguente possibilità, in ipotesi di perdita delle cose prima della consegna al vettore, di qualificare (o meno) l'*handler* quale "ausiliario" del vettore, e con conseguente applicabilità (o meno), nei suoi confronti, della disciplina sulla responsabilità prevista dalle convenzioni internazionali sul trasporto aereo.

6. I due ricorsi della AHLA (terzo motivo) e della SEA (primo motivo), devono, in proposito, ritenersi fondati.

6.1. E' convincimento di queste sezioni unite che non possa darsi ulteriore seguito all'orientamento sin qui seguito dalla giurisprudenza di legittimità.

6.2. Nessuno degli argomenti posti a fondamento di tale orientamento resiste, difatti, alle critiche mosse con i ricorsi in esame.

Tali argomenti possono così sintetizzarsi:

l'*handling* è un contratto autonomo e distinto da quello di trasporto, privo di una sua esplicita disciplina normativa, regolato dalle norme dettate per le singole operazioni di volta in volta concordate (assistenza, rifornimento, carico e scarico e così via);

- la fase di *handling* delle merci non rientra nelle operazioni di trasporto propriamente inteso, e l'affidamento delle merci all'*handler* non equivale al loro affidamento al vettore;

- l'*handler* non può essere considerato ausiliario del vettore, volta che: 1) operando in regime di monopolio, non può essere scelto liberamente da questi; 2) dispone una sua organizzazione strutturalmente funzionalmente autonoma rispetto a quella del vettore;

- l'affidamento delle merci all'*handler* integra la fattispecie normativa del contratto di deposito a favore di terzo, del quale l'*handler* stesso risulta promittente, il vettore ne è lo stipulante, il mittente/spedizioniere (come nella specie) ovvero il destinatario, infine, il beneficiario.

6.3. Il contratto di *handling* è stato esaminato, in giurisprudenza come in dottrina, sotto il profilo della sua struttura, del suo contenuto e della sua natura giuridica.

6.3.1. Sotto il profilo strutturale si è evidenziato che esso rientra nella categoria dei contratti per adesione, in quanto concluso attraverso la sottoscrizione di formulari contenenti condizioni generali uniformi, identificate con l'acronimo SGHA (*Standard Ground Handling Agreement*), che vengono elaborate dalla IATA (*International Air Transport Association*). Le condizioni generali dovrebbero dunque essere efficaci nei confronti del vettore solo se da questi conosciute o conoscibili al momento della conclusione del contratto (art. 1341 c.c., comma 1). Peraltro, sebbene il contratto si concluda mediante l'adesione del vettore alle clausole uniformi sottopostegli dall'*handler*, la singolarità che le clausole medesime siano state elaborate dall'associazione professionale cui appartiene l'aderente dovrebbe indurre ad escludere che il vettore possa eccepirne l'inefficacia per non averne potuto conoscere il contenuto. Nella prassi, il contenuto standard dei formulari viene frequentemente modificato con l'introduzione di clausole favorevoli all'operatore (obblighi di esclusiva, clausole compromissorie, limitazioni di responsabilità). In tali ipotesi, le clausole di esonero o di limitazione della responsabilità

soggiacciono ai limiti di validità stabiliti dall'art. 1229 c.c. e quelle vessatorie all'obbligo di specifica approvazione per iscritto di cui all'art. 1341 c.c., comma 2.

6.3.2. Sotto il profilo del contenuto - movendo dalla considerazione che nei singoli contratti di assistenza a terra lo schema negoziale uniforme predisposto dalla IATA viene specificato con le integrazioni e le modifiche rese necessarie dal tipo di prestazione di cui il vettore di volta in volta ha bisogno con riferimento al singolo aeromobile o a tutti gli aeromobili attraverso i quali svolge abitualmente il proprio traffico in un certo aeroporto - si ritiene che l'*handling* possa qualificarsi come contratto ad oggetto determinabile. L'accordo contrattuale può prevedere "la programmazione di indeterminate operazioni di *handling* in un dato arco di tempo", le quali si specificano "di volta in volta in relazione alla richiesta delle singole prestazioni dal parte del vettore, senza che queste ulteriori manifestazioni di volontà possano essere considerate come nuovi accordi".

6.3.3. Sotto il profilo della natura giuridica, infine, l'*handling* può essere classificato sia come contratto misto (in quanto fonte di obbligazioni che hanno per oggetto prestazioni riconducibili a diversi contratti tipici, quali, di volta in volta, l'appalto, il mandato, il deposito, la somministrazione) sia come autonomo contratto atipico: la classificazione nell'una o nell'altra categoria assume, peraltro, rilievo meramente teorico, in quanto in entrambi i casi la disciplina dei rapporti obbligatori che ne derivano deve essere ricostruita traendola da quella propria del contratto tipico a cui si riconducono le prestazioni che ne formano oggetto.

6.4. Nella ricostruzione dell'affidamento delle merci all'*handler* in termini di contratto a favore di terzo, regolato dalle norme di diritto comune dei contratti in generale (art. 1411 c.c. e ss.) e del contratto di deposito in particolare (art. 1766 c.c. e ss.), premesso che la singola richiesta non vale a stipulare nuovi contatti ma solo a specificare il contenuto di ogni singola prestazione - che costituisce oggetto delle distinte obbligazioni sorte dal contratto di *handling* ed è resa in adempimento di tali obbligazioni -, la giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente specificato come esso comprenda una serie di prestazioni che si atteggiano secondo il più vario contenuto e che, formando oggetto di distinti rapporti giuridici obbligatori, devono essere disciplinate secondo la loro peculiare natura.

6.4.1. Nell'ipotesi di trasporto di cose, in particolare, tra i servizi specificamente richiesti dal vettore all'*handler* rientra la presa in consegna delle merci trasportate, con l'obbligo di custodirle e di restituirle al destinatario: per effetto della stipulazione, il terzo acquista il diritto contro il promittente sicchè, in caso di perdita o avaria delle cose dopo la presa in carico da parte dell'*handler* e prima della riconsegna all'avente diritto-destinatario, quest'ultimo, nel termine di prescrizione proprio del contratto di deposito, è legittimato ad agire contro l'*handler*, facendo valere la sua responsabilità *ex recepto*, mentre non ha azione nei confronti del vettore. L'*handler* è responsabile anche nei confronti del vettore in quanto l'inadempimento del promittente arreca pregiudizio anche allo stipulante, atteso l'interesse che questi deve avere alla stipulazione. Anche il vettore è dunque legittimato ad agire contro l'*handler*, non solo con l'azione di adempimento ma anche con l'azione risarcitoria, chiedendo il risarcimento del danno subito dal terzo come danno proprio.

6.4.2. Di tali principi è stata fatta costante e consonante applicazione, da parte di codesta Corte, in tutte le pronunce che, dal 1990 in poi, si sono occupate di fattispecie connotate dalla presenza di un contratto di trasporto aereo di merci in cui si inseriva un rapporto di *handling* avente ad oggetto la scaricazione delle merci in arrivo, la presa in carico di esse da parte dell'*handler* e la

custodia delle stesse fino alla consegna al destinatario (Cass., Sez. 3, 11 settembre 1990, n. 9357, 14 luglio 1992, n. 8531, 9 ottobre 1997, n. 9810, 26 novembre 2003, n. 18074, 22 giugno 2007, n. 14593).

6.4.3. A queste pronunce, tutte puntualmente richiamate nell'ordinanza interlocutoria, si deve aggiungere l'*obiter dictum* contenuto in una sentenza avente ad oggetto la diversa vicenda del deposito di merce presso l'autorità portuale (Cass., Sez. 3, 7 luglio 2010, n. 15988), con la quale questa Corte ha esteso anche a tale fattispecie il principio di diritto affermato in tema di *handling* aeroportuale avente ad oggetto il deposito e la custodia delle merci sbarcate, secondo cui la legittimazione ad agire nei confronti del depositario (*handler*) spetta non solo al vettore-depositante (che pure la conserva in forza dell'indefettibile interesse che, in quanto stipulante, deve avere alla conclusione del contratto in favore del terzo e che può dunque agire contro il promittente facendo valere come danno proprio il pregiudizio da questi arrecato al beneficiario) ma anche al destinatario-proprietario delle cose, da ritenersi anzi il principale legittimato a proporre l'azione di danno nei confronti dell'*handler* in ipotesi di avaria della merce in fase di deposito.

6.4.4. Questa Corte, inoltre, ha ritenuto estensibile l'orientamento in parola anche alla fattispecie del trasporto di persone, con riguardo ad una ipotesi in cui il servizio concretamente richiesto all'*handler* riguardava l'assistenza ai passeggeri e, nell'ambito di questa, il trasporto con autobus dalla porta di imbarco aeroportuale sino all'aeromobile, movendo dalla considerazione secondo cui i servizi prestati dall'*handler* sono autonomi e distinti rispetto alla prestazione di trasporto aereo cui attende il vettore, la cui responsabilità "cessa dal momento in cui, in ragione della organizzazione amministrativa del traffico nell'aeroporto, operazioni accessorie a quella oggetto del contratto di trasporto risultano organizzate in modo da essere sottratte alla sfera di ingerenza del vettore e si presentano come servizio che il vettore deve procurare al passeggero, servizio reso da un soggetto che, appunto perchè non è solo diverso dal vettore, ma neppure ne è scelto, non può considerarsi come suo preposto" (Cass. Sez. 3, 25 settembre 2001, n. 12015).

6.5. Va osservato, in premessa, come tutte le pronunce ora richiamate abbiano avuto ad oggetto fattispecie nelle quali l'assistenza richiesta all'*handler* concerneva la fase finale del trasporto (allorchè l'*handler* riceve la merce in arrivo dal vettore con l'obbligo di custodirla e consegnarla al destinatario), mentre, nella vicenda che oggi occupa queste sezioni unite, l'assistenza richiesta all'*handler* ha riguardo alla sua fase iniziale (allorchè l'*handler* riceve la merce in partenza dal mittente - o dallo spedizioniere - con l'obbligo di custodirla e di consegnarla al vettore).

6.5.1. Le due ipotesi, contrariamente a quanto opinato da entrambi i giudici milanesi, in prime e seconde cure, non sembrano perfettamente sovrapponibili sul piano tanto genetico quanto funzionale dei singoli rapporti correnti tra le parti, così che non appare del tutto condivisibile l'affermazione secondo cui "il principio elaborato dalla S.C. con riferimento a casi di trasporto in cui *handler* sia nominato custode dei beni giunti allo scalo di destinazione a fini di consegna al destinatario appare evidentemente applicabile per identità di ratio anche al caso speculare in cui lo stesso vettore abbia designato la società di *handling* per la custodia e la movimentazione dei beni in vista della loro consegna al vettore ai fini dell'imbarco e della riconsegna finale al destinatario" (come si legge al folio 7 della sentenza impugnata).

6.5.2. Nell'ipotesi, quale quella di specie, della consegna all'*handler*, da parte del mittente/spedizioniere, della merce destinata al trasporto aereo, difatti, terzo interessato e beneficiario della stipulazione tra il promittente (l'*handler*) e lo stipulante (il vettore aereo) non è soltanto il mittente spedizioniere, ma anche il destinatario finale del trasporto. Nè vale osservare che quest'ultimo risulta formalmente estraneo allo schema negoziale così delineato, volta che, per ormai consolidata giurisprudenza (a far data dalla pronuncia n. 10490/2006 di questa Corte) la causa negoziale non va più ricondotta allo schema formale della sua funzione economico-sociale astrattamente considerata, bensì a quello, in concreto, della funzione economico-individuale del singolo negozio, identificata alla stregua dell'interesse creditorio e dell'obbligo del debitore, in guisa di sintesi (e non semplice somma) dei rispettivi contenuti. L'interesse creditorio, quale elemento costitutivo del rapporto obbligatorio, come osservato da attenta dottrina, oltre che come condizione di esistenza dell'obbligazione (art. 1174 c.c.) e come parametro di accertamento della gravità dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), rileva, difatti, quale criterio di determinazione della prestazione da eseguire e quale criterio di valutazione della prestazione eseguita: per un verso, dunque, la prestazione si determina secondo lo sforzo diligente normalmente adeguato a soddisfare l'interesse del creditore; per l'altro, essa deve considerarsi liberatoria quando essa abbia comunque conseguito il soddisfacimento dell'interesse del creditore, pur non essendo esattamente conforme al previsto per la presenza di irrilevanti inesattezze qualitative o quantitative.

Ne deriva che, alla stregua di tale criterio valutativo, l'interesse del creditore/terzo beneficiario si sostanzia e si estende, fin dal momento della stipulazione (e non soltanto dal momento della consegna della merce al vettore aereo), anche allo speculare interesse del destinatario - che risulterebbe così, rispetto alla stipulazione, egualmente "terzo beneficiario" sul piano del collegamento funzionale con la prestazione di trasporto e dell'eventuale, ulteriore prestazione dell'*handler* di destinazione - senza, peraltro, essere il soggetto legittimato a richiedere la prestazione al promittente.

6.5.3. Non appare, difatti, legittimamente predicabile, sul piano della ricostruzione (economica e) giuridica della fattispecie, l'esistenza di un interesse del mittente/beneficiario della stipulazione limitato ab origine alla custodia del bene nel suo esclusivo interesse, estendendosi per converso tale interesse, e fin dal momento genetico della conclusione del contratto, anche alla fase finale della riconsegna (che diverrebbe impossibile in caso di inadempimento dell'obbligo di custodia), interesse che egli condivide, fin dal medesimo momento genetico, con il destinatario della spedizione, del quale manca, peraltro, qualsivoglia manifestazione di adesione alla stipulazione (manifestazione viceversa attribuibile, tacitamente quanto inequivocamente, al mittente in conseguenza della consegna della merce da lui compiuta in *locum et ius* del vettore/stipulante), volta che, al momento della ricezione della merce, il (presunto) contratto a favore di terzo ha esaurito tout court i suoi effetti attraverso la consegna al vettore aereo in partenza.

7. Non possono, per altro verso, essere sottaciute le puntuali critiche mosse, in dottrina, alla configurabilità della fattispecie in termini di contratto (i.e. deposito) a favore di terzo.

7.1. Un primo argomento è fondato sul rilievo - peraltro mosso soprattutto su di un piano di analisi economica del diritto - secondo cui essa contrasterebbe con l'esigenza di tutela degli interessi dei diversi soggetti coinvolti nell'esecuzione del trasporto: il terzo destinatario, estraneo alla stipulazione e talora persino ignaro di chi gestisca i servizi di *handling*

nell'aeroporto in cui il vettore esercita il proprio traffico, sarebbe vincolato da un contratto sul cui regolamento non ha potuto incidere; lo stesso vettore, in ipotesi di condanna al risarcimento del danno del solo *handler* (ritenendo quest'ultimo il solo legittimato passivo), sarebbe soggetto all'azione di rivalsa normalmente prevista in favore dello stesso *handler* (salvi i casi di dolo o colpa grave) dai formulari elaborati dalla IATA, e non potrebbe invocare le limitazioni di responsabilità stabilite dalla disciplina internazionale del trasporto aereo, giacchè l'azione di rivalsa trarrebbe origine dal contratto di *handling* e non da quello di trasporto; sempre l'*handler*, infine, rispondendo a titolo contrattuale sulla base del presunto contratto di deposito, non potrebbe avvalersi delle predette limitazioni derivanti dal diritto uniforme, *ex art. 30*, comma 1 della Convenzione di Montreal (salva la loro inapplicabilità, prevista al successivo comma 3, per dolo o temerarietà) di cui invece potrebbe beneficiare se fosse chiamato a rispondere, a titolo *extracontrattuale*, quale preposto del vettore.

7.2. Un secondo (peraltro non del tutto convincente) argomento sviluppato con riguardo alla fase antecedente al trasporto vero e proprio, allorchè l'*handler* riceve le cose non dal vettore per poi consegnarle al destinatario, ma dal mittente o dallo spedizioniere (come nella fattispecie che occupa il collegio) per poi consegnarle al vettore - si fonda sul rilievo secondo cui il mittente sarebbe interessato non all'*handler* (di cui spesso ignora l'identità) ma principalmente alla compagnia aerea, alla sua serietà e alla sua affidabilità, sia per quanto riguarda il trasporto strettamente considerato, sia per l'attività connessa alla consegna e alla riconsegna delle merci. In queste ipotesi, il mittente consegna le merci all'*handler* non sulla base di una libera e consapevole scelta tra i vari operatori, ma su indicazione del vettore, dal quale l'*handler* è incaricato. Il rilievo che l'*handler* viene scelto dal vettore e non dal mittente porterebbe così ad escludere la possibilità di individuare un contratto stipulato in favore del terzo destinatario (l'argomento avrebbe un suo pregio, peraltro, soltanto se si ritenesse, nella fase antecedente al trasporto, che il contratto di deposito venga concluso tra il mittente/stipulante e l'hand/er/promittente in favore del terzo destinatario. La sentenza impugnata, peraltro, più correttamente muove dal diverso presupposto secondo cui il contratto di deposito sarebbe stato concluso tra vettore/stipulante ed *handier*/promittente a beneficio del mittente/spedizioniere).

7.3. Con un terzo argomento, infine, si evidenzia che il ricorso alla figura del contratto di deposito legittimerebbe una ricostruzione soltanto parziale degli effetti giuridici del negozio di *handling*. Premesso che l'inquadramento della fattispecie nell'ambito del contratto tipico di deposito consente alla giurisprudenza di far risaltare efficacemente l'insorgere dell'obbligo di custodia e restituzione delle cose trasportate in capo all'*handler*, si osserva poi, per un verso, che tale obbligo non appare effetto esclusivo del contratto di deposito, ma nasce, *ex lege*, da qualsiasi obbligazione di riconsegna di una cosa determinata (art. 1177 c.c.), mentre, per altro verso, l'*handling* di merci e bagagli, oltre alla custodia degli stessi sino alla riconsegna, comprende una serie di attività materiali (movimentazione fisica delle merci, imbarco, sbarco, trasporto su veicoli, caricamento e scaricamento su sistemi trasportatori) prestate attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione dei relativi rischi, nonchè un'attività giuridica (mandato a riconsegnare il carico, in esecuzione del quale l'*handler* provvederebbe all'adempimento dell'obbligazione di riconsegna delle cose trasportate per conto del vettore) che imporrebbero piuttosto di ricostruire il negozio come contratto misto composto da un appalto di servizi e da un mandato senza rappresentanza.

8. Ulteriori criticità che emergono dalla ricostruzione dell'*handling* come stipulazione a favore del terzo emergono dalle circostanze, puntualmente evidenziate nel provvedimento interlocutorio di rimessione, secondo cui:

- il momento iniziale dell'esecuzione del contratto di trasporto verrebbe individuato non nel momento della consegna della merce (dal mittente all'*handler*), ma in quella in cui questa viene consegnata al vettore aereo; specularmente, l'esecuzione finale del contratto di trasporto cesserebbe con la consegna della merce all'*handler* di destinazione, perchè questi provveda poi alla consegna all'avente diritto: tutto ciò in contrasto con la norma di cui all'art. 1687 c.c., a mente della quale il vettore "deve mettere le cose trasportate a disposizione del destinatario nel luogo, nel termine e con le modalità indicate dal contratto". E' il vettore, dunque, il soggetto responsabile della consegna della merce al destinatario, senza che la sua responsabilità possa essere legittimamente esclusa dall'essere stata la materiale esecuzione di tale attività affidata ad un terzo;

- l'applicazione delle regole funzionali del contratto a favore di terzo condurrebbero alla doppia aporia per cui: 1) l'*handler* potrebbe opporre al terzo (mittente o destinatario) le eccezioni fondate sul contratto stipulato con il vettore - quale il mancato pagamento del corrispettivo - così che il (mittente o) destinatario della merce potrebbe vedersi legittimamente rifiutare la consegna perchè l'*handler* risulta creditore insoddisfatto dello stipulante;

- il vettore potrebbe revocare la stipulazione prima dell'accettazione del terzo (i.e. prima della richiesta di riconsegna), facendo in tal modo perdere al destinatario il relativo alla riconsegna.

8.1. A tali considerazioni va poi aggiunto che, ai sensi dell'art. 18.4 della Convenzione di Montreal, "il periodo di trasporto aereo non comprende alcun trasporto terrestre marittimo o fluviale effettuato al di fuori di un aerodromo", in tal modo presupponendo, secondo una piana interpretazione letterale del testo normativo (e diversamente da quanto non condivisibilmente opinato dal giudice di appello al folio 34 della sentenza impugnata), che ogni attività espletata all'interno dell'aerodromo, ed inequivocamente funzionale all'adempimento dell'obbligazione del vettore (quale non sarebbe, ad esempio, lo smarrimento di un pacco nell'ascensore dell'aeroporto prima della consegna all'*handler*), sia ricompresa nel concetto di trasporto aereo.

9. Le motivazioni poste a fondamento della ricostruzione della fattispecie in termini di stipulazione a favore del terzo dalla giurisprudenza di questa Corte hanno poi perso diacronicamente di consistenza, volta che:

- L'argomento utilizzato per negare la sussistenza di un rapporto di preposizione tra vettore aereo e società di *handling* - che manterrebbe una sua rilevanza dogmatica se la scelta del collaboratore fosse tuttora obbligata dal regime di monopolio in cui egli esercita la sua attività, non potendo il debitore essere chiamato a rispondere del fatto doloso o colposo posto in essere da un soggetto della cui opera egli non ha liberamente scelto di avvalersi - sembra, tuttavia, ormai imprevedibile a seguito dell'attuazione (D.Lgs. 13 gennaio 1999, n. 18) della Direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità. Il decreto legislativo ha introdotto, difatti, un regime di concorrenza nella prestazione dei servizi di *handling* prevedendo che, salvi i particolari casi in cui l'ENAC disponga limitazioni con riguardo a specifiche categorie di operazioni per motivi di sicurezza o di capacità o di spazio disponibile, l'esercizio dell'attività sia subordinata unicamente al rilascio di un certificato di idoneità, necessario per garantire la sicurezza all'interno del perimetro aeroportuale, nonchè la tutela dell'ambiente e il rispetto della vigente normativa

sociale. Alle compagnie aeree è dunque riconosciuta non solo la facoltà di scegliere tra una pluralità di operatori, ma anche quella di non sceglierne alcuno, provvedendo allo svolgimento delle attività di *handling* in regime di autoassistenza. E tale facoltà di scelta appare esercitabile anche nelle ipotesi in cui il numero di prestatori del servizio di *handling* sia stato limitato dall'ENAC, posto che, comunque, deve essere assicurata la presenza di almeno due operatori e che la scelta di costoro, all'esito di apposita gara d'appalto, è compiuta dall'ente di gestione aeroportuale (se non esercita a sua volta attività di *handling*) o dall'autorità indipendente, dopo avere sentito il comitato dei vettori;

- L'argomento fondato sulla esistenza, in capo alle imprese di *handling*, di una organizzazione aziendale autonoma e distinta rispetto a quella del vettore non sembra decisivo al fine di una più corretta ricostruzione della fattispecie, volta che, ai sensi dell'art. 1228 c.c., tale circostanza non risulta rilevante ai fini del riparto di responsabilità, come più volte affermato da questa stessa Corte in fattispecie non dissimili, quale l'appalto ritenendosi, del tutto pianamente, che l'appaltatore risponda dei vizi lamentati dal committente anche se riconducibili ad attività materialmente compiuta dal subappaltatore.

10. Un ulteriore argomento che depone in favore del riconoscimento del carattere accessorio della prestazione svolta dall'*handler* rispetto al contratto di trasporto (con conseguente qualificazione dell'*handler* stesso come "ausiliario" del vettore e con conseguente applicabilità, nei suoi confronti, in ipotesi di perdita delle cose nel lasso temporale in cui le ha avute in custodia, della disciplina sulla responsabilità prevista dalle convenzioni internazionali sul trasporto aereo), sembrerebbe, infine, potersi trarre, come già accennato in precedenza (supra, in narrativa, sub 7), dal nuovo testo dell'art. 953 cod. nav., nella formulazione introdotta dai D.Lgs. 9 maggio 2005, n. 96 e D.Lgs. 15 marzo 2006, n. 151.

10.1. La norma, nel prevedere che la responsabilità del vettore per la perdita delle cose trasportate si estende sino alla riconsegna al destinatario anche se prima di tale riconsegna le cose siano state affidate ad un operatore di *handling* o ad altro ausiliario, pare destinata ad escludere tout court - sia pur con riguardo a vicende verificatesi a far tempo dall'entrata in vigore delle modifiche apportate con D.Lgs. n. 151 del 2006 - la possibilità di scindere, nell'ambito della complessiva prestazione dovuta in esecuzione del contratto di trasporto, l'attività compiuta personalmente dal vettore in qualità di debitore da quella, accessoria, posta in essere dall'*handler* in qualità di ausiliario, con tutte le conseguenze che ne scaturiscono in ordine al fondamento, alla natura e ai limiti della responsabilità del debitore e dell'ausiliario nei confronti del creditore danneggiato.

10.2. Il nuovo dettato normativo, pur non applicabile direttamente all'odierna fattispecie ratione temporis, può tuttavia essere utilizzato, anche alla luce delle considerazioni che precedono, in guisa di utile strumento interpretativo idoneo a consentire una soluzione più aderente alla realtà economico-normativa del rapporto di *handling*, oltre che diacronicamente coerente e conforme alla volontà espressa in proposito dal legislatore.

11. La non riconducibilità del rapporto di *handling* alla fattispecie della stipulazione a favore di terzo comporta la speculare impossibilità di individuare un autonomo rapporto obbligatorio tra l'*handler* e il (mittente o) destinatario delle cose trasportate. I quali, diversamente da quanto accadrebbe in applicazione del meccanismo di cui all'art. 1411 c.c., non acquistano alcun diritto verso l'*handler*, ed alcuna legittimazione diretta ad agire contrattualmente nei suoi confronti in ipotesi di perdita o avaria delle cose nella fase in cui l'*handler* le aveva in custodia.

11.1. Di converso, poichè uno specifico rapporto obbligatorio "ausiliario" nasce tra l'*handler* e il vettore (il quale si avvale del primo per la prestazione dei servizi di assistenza e per l'adempimento dell'obbligazione di riconsegna delle cose trasportate) e tra il vettore e il (mittente o) destinatario (aventi diritto alla riconsegna delle cose in base al contratto di trasporto), mittente e/o destinatario sono legittimati ad agire nei confronti del vettore secondo la disciplina propria del contratto di trasporto, salva la concorrente facoltà di evocare in giudizio, a titolo *extracontrattuale*, l'ausiliario responsabile del danno, come espressamente riconosciuto dall'art. 30 della Convenzione di Montreal.

12. Il riconoscimento all'operatore di *handling* della posizione di ausiliario del vettore aereo comporta l'affermazione dei seguenti principi di diritto:

a) il trasporto della merce ha inizio dal momento in cui il mittente consegna la merce all'*handler* nell'aeroporto di partenza - e non quando quest'ultimo la consegna al vettore - ed ha termine quando l'*handler* la consegna al destinatario nell'aeroporto di destinazione - e non quando l'*handler* la riceve allo sbarco dell'aeromobile -.

b) Il vettore è responsabile del fatto colposo dell'*handler*, in quanto si avvale della sua opera di ausiliario nell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di trasporto *ex art.* 1228 c.c.: egli risponde a titolo contrattuale verso il proprietario delle cose anche per la perdita o avaria verificatasi nella fase in cui queste erano sotto la sfera di sorveglianza dell'*handler*;

c) L'*handler* non risponde a titolo contrattuale nei confronti del mittente o del destinatario: il fatto dell'ausiliario è imputabile *ex contractu* al debitore (vettore) e non al suo autore materiale (*handler*), che non è parte del rapporto obbligatorio nascente dal contratto di trasporto;

d) Il fatto dell'ausiliario/*handler*, in ipotesi di condotta dolosa o colposa, è peraltro imputabile al suo autore a titolo di illecito *extracontrattuale*, di tal che l'*handler* risponde nei confronti del destinatario delle cose ai sensi dell'art. 2043 c.c., in solido con il vettore;

e) In quanto ausiliario del vettore aereo, l'*handler*, pur rispondendo a titolo *extracontrattuale*, può beneficiare delle limitazioni di responsabilità, come espressamente previsto dal combinato disposto degli artt. 22 e 30 della Convenzione di Montreal (precedentemente, dagli artt. 22 e 25/A della Convenzione di Varsavia), in favore del vettore aereo e dei suoi dipendenti o incaricati, nonchè della disciplina uniforme convenzionale dettata in tema di decadenza dall'azione risarcitoria e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, già contenuta nell'art. 29 della Convenzione di Varsavia e oggi dettata dall'art. 35 della Convenzione di Montreal.

f) L'applicabilità del diritto uniforme in luogo del diritto comune rappresenta l'implicazione più rilevante del riconoscimento all'*handler* della qualità di "ausiliario" del vettore aereo, in quanto esclude la possibilità che egli resti esposto, di regola, ad un risarcimento integrale nei confronti del destinatario sulla base di un comportamento meramente colposo.

g) La possibilità di un integrale risarcimento non resta, viceversa, esclusa nell'ipotesi prevista dall'art. 30, comma 3 della Convenzione di Montreal (condotta intenzionale o temeraria del solo dipendente o incaricato), il cui coordinamento con il precedente art. 22 impone di ritenere che:

1) il vettore è responsabile sempre e soltanto entro i limiti risarcitori stabiliti dalla Convenzione per il trasporto merci, come emerge dalla lettura coordinata dell'art. 22, commi 1, 2, 3 e 5 - a mente del quale la detta limitazione di responsabilità non trova applicazione (comma 5) soltanto in relazione al trasporto di persone (comma 1) e di bagagli (comma 2) in caso di condotta dolosa

o coscientemente colposa del vettore o dei suoi ausiliari (il comma 5, difatti, richiama espressamente soltanto le fattispecie di cui ai commi 1 e 2, nell'escludere tale limitazione).

2) Il dipendente o l'incaricato di cui all'art. 30 "può far valere le condizioni e i limiti di responsabilità invocabili dal vettore" (comma 1), salvo che, nel trasporto merci, "il danno non derivi da un atto o da una omissione degli stessi commessi con l'intenzione di provocare un danno o temerariamente e con la consapevolezza che probabilmente ne deriverà un danno" (comma 3): dovendosi intendere, con tali disposizioni, sanzionati illimitatamente il dolo e la colpa cd. cosciente dell'ausiliario - fattispecie di colpa da ritenersi un *quid pluris*, pertanto, della semplice colpa grave della responsabilità aquiliana, volta che, se la colpa cosciente è sempre grave, *ex art. 61 c.p., n. 3*, non sempre la colpa grave è anche cosciente;

3) In tal caso, l'ausiliario risponderà, secondo il titolo di responsabilità (aquiliana) a lui attribuito, dell'intero danno, da esso detratto quanto eventualmente corrisposto dal vettore entro i limiti della sua responsabilità.

12.1 La limitazione della responsabilità vettoriale così delineata non lede alcun principio costituzionale, come pure adombrato nel ricorso incidentale Ferrari al folio 41 (ove si evoca una decisione del giudice delle leggi - C.C. 15 maggio 1985 n. 132 - resa in tema di trasporto aereo, in relazione alla legge di ratifica della Convenzione di Varsavia), volta che il limite risarcitorio (i.e. i 19 Diritti Speciali di prelievo per ogni chilogrammo di merce perduta) fissato dall'art. 22 della Convenzione di Montreal non trova applicazione in caso di dichiarazione speciale di interesse alla riconsegna da parte del mittente, che corrisponde, conseguentemente, un sovrapprezzo (dichiarazione che, nella specie, è incontestatamente mancata), e che consente al mittente di ottenere risarcimenti più elevati, in deroga alle limitazioni previste dalla norma convenzionale.

13. La tesi che riconosce al soggetto che eroga i servizi di *handling* la qualità di "ausiliario" del vettore trova altresì riscontro nell'orientamento largamente prevalente della giurisprudenza di Paesi che, come l'Italia, aderiscono alle Convenzioni internazionali sul trasporto aereo, avendo ratificato e reso esecutive nel loro ordinamento dapprima la Convenzione di Varsavia, poi quella di Montreal.

13.1. Nell'ordinamento francese, già in epoca risalente (*Court de Cassation* 21 luglio 1987), si è affermato il principio secondo il quale le operazioni di *handling* assumono natura di prestazione ausiliaria rispetto all'esecuzione del trasporto di cose, la quale supera la fase del materiale trasferimento delle merci da un luogo all'altro per ricomprendere anche le fasi (antecedente e successiva) in cui le merci stesse si trovino affidate al vettore nell'ambito aeroportuale, sebbene quest'ultimo si avvalga, in tale ambito, della collaborazione di terzi per lo svolgimento delle attività accessorie di carico, scarico, immagazzinaggio e riconsegna.

Nell'ordinamento britannico, lo stesso principio è stato affermato dal *Queen's Bench* (*Queen's Bench Division - Commercial Court, Swiss Bank Corp. and others v. Brink's Mat Ltd. And others*, 6 February 1986).

Nell'ordinamento statunitense, il principio viene applicato da numerose Corti federali (tra le altre, *U.S. District Court of Illinois* 773 F. Supp. 1117 August 26, 1991, *Sabena Belgian World Airlines v. United Airlines, Inc.*; *U.S. District Court of New York* - 704 F. Supp. 524 February 1, 1989, *Mitchell, Shackleton & Co. v. Air. Exp. Intern.*; *U.S. District Court of New Jersey* - 111 F. Supp. 2d 501, August 16, 2000, *Croucher v. Worldwide Flight Service, Inc.*),

oltre che dalla Corte suprema di Hong Kong (*High Court, 2003, Ericsson Limited and Ericsson Mobile Communications AB v. KLM Royal Dutch Airlines*).

13.2. La qualificazione dell'*handler* come ausiliario del vettore aereo è stata, infine, riconosciuta dal Segretario generale dell'U.N.C.T.A.D. (*United Nation Conference of Trade and Development*) nel *Report "Carriage of goods by air"*, ove si legge (p. 40, p. 158) che, pur essendo una questione di diritto interno l'interpretazione dell'espressione "agenti o incaricati" (*servant or agent*), usualmente tutti i paesi aderenti alle Convenzioni designano con il termine "agenti" tutti i contraenti indipendenti con cui lo spedizioniere ha convenuto la prestazione di uno specifico incarico (*the independent contractors with whom the carrier has contracted for the performance of a specified task*).

14. Con riferimento alla questione di massima di particolare importanza per la quale il procedimento è stato rimesso a queste sezioni unite, il terzo motivo del ricorso AHLA ed il primo motivo di ricorso SEA (limitatamente alla parte in cui esso è rivolto alla posizione della controricorrente KLM), devono, pertanto, essere accolti, con assorbimento in tale accoglimento delle censure AHLA di cui ai motivi 1, 2, 4 e 6.

15. L'esame delle restanti censure mosse alla sentenza impugnata con i motivi riportati in narrativa ne impone l'accoglimento entro i ristretti limiti in cui si dirà nel paragrafo che segue.

15.1 Sarà, difatti, compito del giudice di rinvio:

a) valutare in limine l'ammissibilità in parte qua dell'appello SEA nei confronti di parti diverse dalla KLM - appello che la Corte territoriale afferma essere stato proposto soltanto nei confronti della chiamante in causa KLM (f. 34, righe 1-10 della sentenza impugnata), senza, peraltro, espressamente pronunciarsi sulle relative eccezioni di inammissibilità e giudicato, nè in motivazione, nè in dispositivo, dopo aver comunque proceduto all'esame nel merito del suddetto appello;

b) ove pure riconosciuta la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione in parte qua, procedere al nuovo giudizio alla luce della fondatezza del primo motivo di appello della SEA (riproposto con il primo motivo dell'odierno ricorso), che pone la stessa questione proposta (ed accolta) con il terzo motivo del ricorso AHLA;

c) valutare e pronunciare sull'eccezione di inammissibilità dell'appello SEA, come oggi lamentato dalla KLM con il proprio ricorso incidentale, per aver ritenuto la questione assorbita nel rigetto degli appelli proposti avverso la esclusione della sua responsabilità;

d) esaminare la fondatezza della doglianza della FERRARI, proposta con ricorso incidentale condizionato tardivo per l'ipotesi (nella specie verificatasi, all'esito della soluzione oggi adottata) di accoglimento del ricorso AHLA, non risultando più assorbita, allo stato, la domanda di condanna formulata nei confronti della KLM;

e) valutare la fondatezza delle eccezioni di estinzione dall'azione proposta dall'originaria convenuta, alla luce dei principi di diritto sopra esposti, tanto con riferimento alla posizione del vettore quanto a quella degli ausiliari, per i quali dovrà ritenersi parimenti applicabile, in parte qua, la normativa convenzionale, volta che la esclusione della limitazione di responsabilità di cui all'art. 30, comma 3 della Convenzione deve ritenersi norma di stretta interpretazione, derogatrice a quelle generali del testo convenzionale soltanto nella parte in cui contiene una diversa disciplina della quantificazione del danno.

16. Tutti gli altri motivi di ricorso, principale e incidentali (ivi compresi il secondo, terzo, quarto e quinto motivo del ricorso SEA, ove ritenuti ammissibili gli speculari motivi di appello), sono

respinti, essendo caratterizzati dall'inammissibile scopo di richiedere a questa Corte un riesame del merito della causa, che risulta ormai definitivamente cristallizzato alla luce delle corrette e condivisibili argomentazioni svolte, senza incorrere in vizi logico-giuridici, dalla Corte territoriale in punto di accertamento dei fatti di causa.

17. Il procedimento è pertanto rinviato alla Corte di appello di Milano.

18. Le spese dei tre gradi di giudizio possono essere interamente compensate, attesa la complessità delle questioni trattate e l'esito della lite, che ha comportato un radicale mutamento di giurisprudenza in *subiecta materia*.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo del ricorso AHLA ed il primo motivo del ricorso SEA, rinvia alla motivazione che precede quanto agli altri motivi dei ricorsi, principale e incidentali, cassa la sentenza impugnata nei limiti di cui in motivazione e rinvia il procedimento alla Corte di appello di Milano, in altra composizione.

Le spese dei tre gradi di giudizio sono interamente compensate.

Così deciso in doma, il 6 dicembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 20 settembre 2017.

**ABUSI SESSUALI DEI MEDICI E RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA: SI
ALLARGANO – ANCORA – I CONFINI DELL'ART. 2049 COD. CIV.**

(Relatore: Francesca Bartolini)

Cass. 22 settembre 2017, n. 22058

In tema di fatto illecito, 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. (Nella specie, la S.C. ha ravvisato 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).

FATTO

1. Il dott. A.D., medico anestesista presso l'Ospedale (OMISSIS), fu condannato con sentenza penale definitiva per vari episodi di violenza sessuale aggravata. Per quanto di interesse in questa sede, egli fu ritenuto responsabile del predetto reato commesso in danno di A.E., sua parente, la quale, ricoveratasi presso l'ospedale reatino per essere sottoposta ad un intervento chirurgico per un tunnel carpale, era stata denudata parzialmente, toccata nelle sue parti intime e fotografata più volte in pose erotiche nel mentre si trovava in stato di totale incoscienza conseguente al trattamento anestetico subito.

Passata in giudicato la sentenza penale di condanna, A.E. convenne in giudizio il dott. A. e l'ASL di (OMISSIS), davanti al Tribunale di Rieti, chiedendo che fossero condannati in solido al risarcimento dei danni conseguenti al reato suindicato.

Si costituì in giudizio la sola ASL, chiedendo il rigetto della domanda, mentre il dott. A. rimase contumace.

Il Tribunale accolse la domanda e condannò entrambi i convenuti al risarcimento nella misura di Euro 25.000, oltre interessi, nonché al pagamento delle spese di giudizio.

2. La sentenza è stata impugnata in via principale dalla ASL e in via incidentale dalla vittima. La Corte d'appello di Roma, con sentenza non definitiva del 28 febbraio 2014, ha respinto l'appello principale ed ha rimesso la causa in istruttoria per l'accertamento dell'entità del danno da liquidare, riservando alla pronuncia definitiva la liquidazione delle spese.

Ha osservato la Corte territoriale che l'appello della ASL aveva ad oggetto un solo profilo, e cioè quello dell'applicabilità o meno alla fattispecie dell'art. 2049 c.c.. Richiamata la giurisprudenza di legittimità sulla figura della c.d. occasionalità necessaria tra la condotta dannosa ed il fine istituzionale perseguito, la Corte d'appello ha affermato che il riferimento alla condotta del dipendente può venire meno solo se egli agisca per un fine strettamente personale ed egoistico. Dalla sentenza penale emergeva che la condotta illecita commessa dall'A. aveva avuto luogo all'interno dell'ospedale, "in orario di servizio ed addirittura durante lo svolgimento dello stesso, nell'adempimento di specifiche mansioni di medico anestesista, dopo aver narcotizzato la vittima in vista dell'intervento chirurgico". Il fatto, dunque, rientrava in

pieno nell'ambito del rapporto lavorativo intercorso, poichè sussisteva un evidente collegamento tra l'azione criminosa e l'incarico affidato al medico dalla struttura sanitaria; nè poteva assumere rilievo il rapporto di parentela tra la vittima ed il responsabile, perchè l'episodio criminoso era "comunque inquadrabile nelle mansioni del medico".

3. Contro la sentenza della Corte d'appello di Roma propone ricorso l'ASL di (OMISSIS) con atto affidato ad un solo motivo.

Resiste A.E. con controricorso.

Il dott. A.D. non ha svolto attività difensiva in questa sede.

DIRITTO

1. Con il primo ed unico motivo di ricorso si lamenta, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), violazione e falsa applicazione dell'art. 2049 c.c..

Osserva la parte ricorrente che la sentenza in esame, oltre ad aver violato la norma citata, sarebbe anche intrinsecamente illogica e contraddittoria. Ed infatti, mentre è da ritenere corretta l'affermazione secondo cui il nesso di occasionalità necessaria è interrotto dalla finalità esclusivamente personale ed egoistica dell'azione, l'unica conseguenza logica da trarre sarebbe quella dell'esclusione di ogni responsabilità dell'azienda sanitaria. La violenza sessuale "è di certo la massima espressione di un fine strettamente personale ed egoistico", ed il ruolo rivestito dal dott. A. all'interno della struttura ospedaliera costituiva solo l'occasione naturale per compiere il fatto; ma poichè il comportamento da lui tenuto "nulla ha a che vedere con le funzioni di medico anestesista affidategli dalla struttura ospedaliera", l'art. 2049 c.c., non dovrebbe trovare applicazione.

1.1. Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza di questa Corte ha affermato che in tema di fatto illecito, con riferimento alla responsabilità dei padroni e committenti, ai fini dell'applicabilità della norma di cui all'art. 2049 c.c., non è richiesto l'accertamento del nesso di causalità tra l'opera dell'ausiliario e l'obbligo del debitore, nonchè della sussistenza di un rapporto di subordinazione tra l'autore dell'illecito ed il proprio datore di lavoro e del collegamento dell'illecito stesso con le mansioni svolte dal dipendente. E' infatti sufficiente, per il detto fine, un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che l'incombenza disimpegnata abbia determinato una situazione tale da agevolare o rendere possibile il fatto illecito e l'evento dannoso, anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze, purchè sempre nell'ambito dell'incarico affidatogli, così da non configurare una condotta del tutto estranea al rapporto di lavoro (così la sentenza 24 gennaio 2007, n. 1516, ripresa dalle successive sentenze 4 giugno 2007, n. 12939, 12 aprile 2011, n. 8306, e dall'ordinanza 15 ottobre 2015, n. 20924).

Facendo applicazione di tali principi, ad esempio, è stata riconosciuta l'applicabilità dell'art. 2049 c.c., nel caso di violenze subite da un militare di leva, in virtù del vincolo di superiorità gerarchica (sentenza 22 agosto 2007, n. 17836); nel caso del poliziotto che, coinvolto in una discussione fuori dell'orario di servizio, aveva esplosivo un colpo d'arma da fuoco (sentenza 10 ottobre 2014, n. 21408); nonchè in quello dell'agente di un'impresa di assicurazioni ritenuto responsabile dei danni arrecati a terzi dalle condotte illecite del subagente, suo diretto preposto, in ipotesi di condotte riconducibili alle incombenze a quest'ultimo attribuite (sentenza 4 novembre 2014, n. 23448).

1.2. La sentenza impugnata ha fatto buon governo dei principi richiamati.

La Corte d'appello, con un accertamento in fatto del tutto pacifico derivante dalla sentenza penale di condanna, ha riconosciuto che l'episodio criminoso in tanto si era potuto verificare in quanto il medico stava proprio svolgendo il suo lavoro di anestesista all'interno dell'ospedale, avendo per tale ragione a disposizione sale operatorie, medicinali specifici e tutto l'apparato connesso alla sua attività all'interno della struttura. Ed infatti è evidente che gli episodi contestati al dott. A., tra le cui numerose vittime rientra anche A.E., parte dell'odierno giudizio, si collocano in un contesto nel quale il ruolo che il medico rivestiva all'interno della struttura sanitaria era una condizione imprescindibile. E' appena il caso di evidenziare, infatti, che l'episodio di violenza in danno della A. si verificò, addirittura, dopo che il medico aveva anestetizzato la vittima in vista di un intervento chirurgico poi effettivamente eseguito (tunnel carpale).

L'odierna parte ricorrente ha insistito particolarmente, anche durante la discussione avvenuta nella pubblica udienza, sul fatto che la violenza sessuale è quanto di più egoistico ci possa essere, per cui sarebbe palese la distorsione rispetto alle finalità istituzionali alle quali si collega la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c.. Ma tale rilievo non modifica i termini della questione. E' vero, infatti, che quanto è accaduto dimostra la totale distorsione della finalità istituzionale in vista dell'esclusivo tornaconto personale ed egoistico, perchè il comportamento tenuto dal medico, oggettivamente inqualificabile ed incredibile, è quanto di più lontano si possa immaginare rispetto anche ad un'etica minima della professione sanitaria. Ciò non toglie, però, che la funzione svolta all'interno dell'ospedale reatino è stata un presupposto necessario dell'accaduto, per cui la responsabilità dell'odierna ricorrente ai sensi dell'art. 2049 c.c., deve essere in questa sede confermata.

2. Il ricorso, pertanto, è rigettato.

A tale esito segue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate ai sensi del D.M. 10 marzo 2014, n. 55.

Sussistono inoltre le condizioni di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in complessivi Euro 4.200, di cui Euro 200 per spese, oltre spese generali ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, dà atto della sussistenza delle condizioni per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile, il 13 giugno 2017.
Depositato in Cancelleria il 22 settembre 2017.

**IL DIRITTO ALL'ABITAZIONE E L'INCONTENIBILE (?) ESPANSIONE DELLA
TUTELA EX ART. 844 COD. CIV.**

(Relatore: Alessandro D'Adda)

Cass., Sez. Un., 1 febbraio 2017, n. 2611

L'assenza di un danno biologico documentato non osta al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite, 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. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva riconosciuto sussistente una turbativa della vita domestica degli originari attori, conseguente alle immissioni sonore e luminose provenienti da un palco montato ad un metro di distanza dalla relativa abitazione, realizzato per i festeggiamenti del Santo Patrono e, successivamente, non rimosso per tutto il periodo estivo).

FATTO

1 - F.A. e C.R., agendo anche nella qualità di genitori esercenti la potestà sull'allora minore F.M., citarono il Comune di Olbia ed il Comitato per i Festeggiamenti di San Pantaleo per sentirli condannare al risarcimento dei danni subiti per aver consentito che, durante i festeggiamenti per il santo patrono, fosse stato permesso al Comitato di posizionare un palco a meno di un metro dalla propria abitazione, ostacolandone l'accesso e determinando immissioni sonore a turbativa della vita domestica e, finiti i festeggiamenti, per aver omesso di farlo smontare, rendendolo base per giochi e schiamazzi della gioventù locale. Il Comune contestò il fondamento della domanda, in particolare osservando di non avere alcun obbligo di vigilanza, rimanendo il proprio intervento istituzionale limitato al rilascio della concessione amministrativa per l'installazione della pedana sul suolo pubblico.

Il Tribunale di Tempio Pausania rigettò le domande; la Corte di Appello di Cagliari - Sezione distaccata di Sassari - invece le accolse, ritenendo sussistenti lesioni ai diritti fondamentali degli originari attori.

Per la cassazione di tale decisione l'ente territoriale ha proposto ricorso, sulla base di tre motivi, il secondo dei quali involgente la carenza di giurisdizione del giudice ordinario; Comune ha risposto con controricorso; il Comitato non ha svolto difese; parte ricorrente ha anche depositato memoria *ex art. 378 c.p.c.*

DIRITTO

p.1 - Per priorità logica va esaminato il secondo motivo con il quale il Comune eccepisce la carenza di giurisdizione dell'AGO in ragione del fatto che i danni lamentati sarebbero stati in stretta correlazione con il presunto cattivo esercizio dell'attività provvedimentale.

p.1.a - Il motivo è inammissibile perchè la giurisdizione ordinaria non è mai stata contestata nei precedenti gradi di giudizio, di tal che le domande e le difese delle parti l'hanno sempre presupposta; ne deriva che il punto non è più suscettibile di ulteriore verifica; contro tale

constatazione non vale richiamare - come operato dal ricorrente a fol 5 della memoria *ex art.* 378 c.p.c., - la specificazione interpretativa contenuta nella sentenza di queste Sezioni Unite n. 20698/2013, a mente della quale non sussisterebbe giudicato implicito sulla giurisdizione allorchè l'interesse a sollevare la relativa eccezione sorga sulla base del percorso decisionale in concreto adottato dal giudice in grado di appello: va infatti messo in evidenza che nel caso di specie sin dal primo grado di giudizio la res controversa era costituita dalla lesione della sfera patrimoniale e personale delle allora parti attrici causata da un'attività del privato - il Comitato per i Festeggiamenti di San Pantaleo - assentita dal Comune e da questi non adeguatamente vigilata nel suo svolgimento: a fronte di ciò l'ente territoriale aveva impostato sin da allora la propria linea difensiva sulla non diretta incidenza dell'attività amministrativa nell'ambito del privato (vedi quanto riportato in merito a fol 3 del ricorso).

p.2 - Con il primo motivo viene denunciata la violazione degli artt. 1227 e 2043 c.c., innanzi tutto perchè la tutela risarcitoria presupporrebbe un'attività illegittima della PA, in concreto non riscontrabile: all'uopo sottolinea il Comune ricorrente che le controparti non hanno mai chiesto l'accertamento della illegittimità provvedimentoale di esso ricorrente, presupposto per attivare la propria responsabilità; in secondo luogo assume che non sarebbero risarcibili i danni derivanti dall'attività del Comitato in quanto evitabili "per la mancata diligente utilizzazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento (è richiamata Cons. Stato Sez. 4^a, n. 1750/2012); sotto diversa ottica poi parte ricorrente lamenta che la Corte di Appello sia pervenuta alla identificazione di una propria responsabilità aquiliana senza un'appropriata indagine sull'effettiva presenza di tutti gli elementi contemplati nell'art. 2043 cod. civ.: quanto all'ingiustizia del danno, atteso che non avrebbe valutato la mancata impugnativa del provvedimento autorizzatorio; quanto al nesso di causalità tra potere esercitato e l'evento di danno (concretatasi nell'ostacolo all'ingresso alla propria abitazione), dal momento che non avrebbe posto a mente che, una volta emesso il provvedimento che autorizzava il posizionamento del palco, ogni diversa conseguenza pregiudizievole per i terzi sarebbe derivata dalle modalità esecutive di esclusiva spettanza del Comitato, che dunque non potevano essere fatte risalire a propria responsabilità; quanto infine all'elemento soggettivo del dolo o della colpa ne assume l'assenza, ribadendo la legittimità del proprio operato.

p.2.c - Il mezzo è destituito di fondamento.

p.2.c.1- Va innanzi tutto messo in evidenza che il *petitum* sostanziale (*causa petendi* in relazione alla concreta fattispecie) posto a base della originaria domanda conteneva non già una censura all'esercizio del potere amministrativo manifestatosi con il provvedimento di concessione di suolo pubblico, ma si concretizzava in una denuncia del mancato esercizio dei poteri di vigilanza successiva su come sarebbe stato utilizzato il palco - sia nei giorni stabiliti per il festeggiamento del Santo Patrono, sia nell'estate successiva da parte della cittadinanza -; si aggiunga che il D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 7, comma 4, non è richiamabile a disciplina della fattispecie, *ratione temporis* (la domanda è stata introdotta con citazione notificata nel dicembre 2003) e comunque non sarebbe applicabile perchè il comma quarto fa rientrare nella giurisdizione generale amministrativa le controversie anche risarcitorie, per lesione di interessi legittimi- posizione giuridica che non viene mai rivendicata dai ricorrenti che si sono sempre doluti della violazione di propri diritti assoluti - e il comma quinto attrae nella ridetta giurisdizione generale amministrativa anche le controversie risarcitorie per lesione di diritti

soggettivi, ma a condizione che si verta in materia di giurisdizione esclusiva - positivamente da escludersi, nella fattispecie.

p.2.c.2 - Appare allora evidente che l'affermazione della sussistenza di un diritto soggettivo che si assume leso dalla condotta - e non dal provvedimento - del Comune, toglie di sostanza alle censure attinenti al mancato sindacato dell'atto amministrativo innanzi al giudice amministrativo, come condizione per l'azione risarcitoria nei confronti del Comune.

p.2.c.3 - Dal momento poi che i controricorrenti avevano lamentato una lesione di propri diritti soggettivi assoluti, da far risalire - come detto - non già all'autorizzazione concessa dal Comune, quanto piuttosto all'inerzia che l'ente locale avrebbe serbato, pur a fronte delle loro reiterate proteste, a causa del perdurare della situazione dannosa e che la Corte del merito ha poi specificato (vedi fol sesto della decisione) che entrambe le parti convenute erano chiamate a risarcire i danni in quanto il Comitato aveva posto in essere le condizioni materiali della situazione dannosa e l'ente territoriale aveva ommesso di intervenire per porvi rimedio - in tal modo localizzando (con statuizione non specificamente impugnata) l'insorgenza della condotta censurata in epoca successiva all'emissione del provvedimento-, da ciò deriva la sussistenza dell'elemento colposo che consente di addebitare al Comune le conseguenze della propria inerzia che concretizzava un agire *non jure* e *contro jus* per la situazione che si era venuta a creare - ostacolato ingresso all'abitazione dei controricorrenti per tutto il periodo estivo (dacchè il palco non era smontato tra uno spettacolo e l'altro); la sussistenza poi di emissioni sonore e luminose (per il solo periodo dei festeggiamenti) - che ben avrebbe potuto esser evitata con l'ordine di riposizionare il palco dall'altro lato della piazza (come risulta essere avvenuto due anni dopo) messa in relazione all'inerzia serbata dall'Ente territoriale nel frangente, costituiva indice certo ed ulteriore della sua colpa.

p.3 - Con il terzo motivo - formulato in via subordinata al rigetto del precedenti viene denunciata la violazione dell'art. 2059 c.c., nonchè la violazione degli artt. 3, 32 e 41 Cost., laddove la Corte distrettuale ebbe a riconoscere la sussistenza di danni non patrimoniali, pur in assenza dei loro presupposti - indicati: o nell'esistenza di una condotta astrattamente qualificabile come reato; o nella grave lesione di interessi costituzionalmente garantiti-.

p.3.1 - Assume il ricorrente che, quanto all'ostacolo all'accesso ed al libero godimento del proprio domicilio, il rilievo costituzionale di tale attività sarebbe stato rinvenuto in un concetto lato di estrinsecazione della "dignità umana", indicato nel secondo comma dell'art. 41 Cost., che invece riguarderebbe solo una particolare estrinsecazione della libertà, quella di iniziativa economica; censura altresì il Comune ricorrente l'accertamento della lesione del "diritto alla salute", basato su una non provata intollerabilità delle emissioni luminose e sonore da ricondurre ad effettive e documentate lesioni fisiche o psichiche, del tutto non provate nella fattispecie.

p.3.2 - Il mezzo è infondato in quanto, sebbene il referente normativo della lesione al godimento della propria abitazione non possa essere rinvenuto nell'art. 41 Cost., sibbene nell'art. 42, comma 2, che tutela la proprietà privata e detta i limiti per la compressione del relativo diritto, la base fattuale posta a fondamento della sentenza - dalla quale è emerso che sebbene l'abitazione fosse munita anche di un accesso secondario, il secondo era di dimensioni esigue e spesso neppure sufficienti al concreto uso non è stata specificamente contestata; per quello poi che riguarda la prova del danno alla salute, premesso che non è stato richiesto il risarcimento del danno biologico determinato dalle immissioni sonore e luminose bensì si è fatto valere il

pregiudizio non patrimoniale derivante dallo sconvolgimento dell'ordinario stile di vita, va data continuità all'indirizzo interpretativo di recente espresso in sede di legittimità, in forza del quale il danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un danno biologico documentato, quando sia riferibile alla lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e del diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, trattandosi di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela è ulteriormente rafforzata dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, norma alla quale il giudice interno è tenuto ad uniformarsi (vedi Cass. Sez. 3, n. 20927/2015); ne consegue che la prova del pregiudizio subito può essere fornita anche mediante presunzioni, sulla base delle nozioni di comune esperienza (sul punto vedi Cass. Sez. 3 n. 26899/2014). Nella fattispecie la dimostrazione del pregiudizio è stata ricavata dall'esame della natura e dell'entità delle immissioni sonore e luminose, con ragionamento non specificamente censurato.

p.4. Il rigetto del ricorso determina la condanna del ricorrente al pagamento delle spese, liquidate come indicato in dispositivo; dal momento che il ricorso è stato inviato per la notifica il 16 gennaio 2015 e quindi in data successiva al 30 gennaio 2013, sussistono i presupposti per il versamento, da parte della parte soccombente, di un ulteriore importo pari a quanto versato a titolo di contributo unificato, a norma del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso; condanna parte ricorrente al pagamento delle spese che liquida in Euro 3.500,00 oltre ad Euro 200,00 per esborsi; ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dello stesso ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

Così deciso in Roma, il 27 settembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 1 febbraio 2017.

ILLECITO ENDOFAMILIARE

(Relatore: Sara Scuola)

Cass. ord. 3 maggio 2017, n. 10741

Sussiste illecito endofamiliare, ove uno dei due coniugi adotti comportamenti altamente lesivi della dignità morale dell'altro coniuge, in violazione degli obblighi discendenti dal vincolo matrimoniale. Inoltre, tale danno, previa prova della sua esistenza, può essere liquidato *ex art.* 1226 cod. civ. in via equitativa dal giudice. (Nel caso di specie, è stato riconosciuto un risarcimento, *iure hereditatis*, in favore degli eredi della moglie che, affetta da una grave malattia, era stata abbandonata dal marito nella fase terminale della sua vita.)

FATTO E DIRITTO

1) Il Tribunale di Torre Annunziata - dichiarata cessata la materia del contendere sulle contrapposte domande di separazione con addebito proposte dai coniugi D.L.G. e Z.T., deceduta in corso di causa a causa della grave, preesistente patologia da cui era affetta - accolse la domanda di risarcimento dei danni originariamente avanzata dalla Z. contro il marito e condannò quest'ultimo a pagare agli eredi della defunta, costituitisi in giudizio per coltivare l'azione risarcitoria, la somma di Euro 7000, determinata mediante il previo riconoscimento di Euro 14.000 a titolo di danno morale e di Euro 7000 a titolo di danno patrimoniale e la successiva detrazione, per confusione con la quota ereditaria spettante al D.L., dei due terzi dell'importo liquidato.

2) L'appello proposto dagli eredi Z. contro la decisione è stato accolto dalla Corte d'appello di Napoli, che ha liquidato il danno non patrimoniale nel maggior importo di Euro 30.000 ed ha condannato l'appellato al pagamento integrale della somma di Euro 37.000 complessivamente riconosciuta.

La corte del merito ha rilevato che il motivo di gravame con il quale gli eredi avevano richiesto una più adeguata quantificazione del danno non patrimoniale, benchè in massima parte generico sino ai limiti dell'inammissibilità, fosse meritevole di accoglimento nel suo nucleo essenziale, di contestazione del quantum, atteso il particolare disvalore della condotta di D.L., che aveva abbandonato la Z. proprio nella fase più difficile della sua vita, allorchè aveva dovuto combattere contro la malattia che, a soli 37 anni, l'aveva portata alla morte; ha inoltre rilevato che, nel limitare la condanna del D.L. ad un terzo dell'importo riconosciuto, ai sensi dell'art. 582 c.c., il tribunale aveva pronunciato *ultra petita*, peraltro senza tener conto che l'appellato non aveva ancora accettato l'eredità e che, comunque, non avrebbe mai potuto avvantaggiarsi delle conseguenze dell'illecito endofamiliare commesso.

3) La sentenza, pubblicata il 18.7.013, è stata impugnata da D.L.G. con ricorso per cassazione affidato a tre motivi, cui gli eredi Z. hanno resistito con controricorso.

Le parti hanno ricevuto tempestiva comunicazione della proposta di definizione e del decreto di cui all'art. 380 *bis* c.p.c. 4) Il ricorrente, con il primo motivo, denuncia violazione dell'art. 342 c.p.c., per avere la corte del merito ritenuto ammissibile il motivo d'appello concernente il quantum del risarcimento nonostante le controparti non avessero mosso, sul punto, alcuna

specifica censura alla decisione di primo grado, limitandosi ad invocare una sua "condanna esemplare".

4.1) Col secondo motivo contesta che, in difetto di richiesta degli appellanti di pronunciare secondo equità, il giudice a quo potesse liquidare il danno in via equitativa; sostiene, inoltre, che mancando ogni prova della sussistenza del danno, non ricorrevano i presupposti per l'applicazione dell'art. 1226 c.c. 4.2) Con il terzo motivo deduce che la corte territoriale - dopo aver affermato in premessa che le parti "in punto di diritto non contestano la valutazione operata dal tribunale" - non avrebbe fatto applicazione del principio di non contestazione, che le precludeva di liquidare il danno in misura maggiore di quella riconosciuta dal tribunale; assume, inoltre, il diritto al riconoscimento della sua qualità di erede, per aver accettato l'eredità della Z. l'8.4.013, in pendenza del giudizio d'appello.

5) Il primo mezzo è inammissibile, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., comma 1, nn. 4 e 6, in quanto non riporta l'esatto contenuto dell'atto d'appello nè contesta specificamente l'accertamento del giudice del merito che, pur dando atto della generale astrattezza del motivo di gravame che lamentava la scarsa entità del risarcimento, l'ha ritenuto, tuttavia, sufficientemente specifico nel suo nucleo essenziale di contestazione del quantum: ciò, del resto, in conformità del principio enunciato da questa Corte secondo cui l'inammissibilità del gravame per violazione dell'art. 342 c.p.c. sussiste solo quando il vizio investa l'intero contenuto dell'atto, mentre quando sia possibile individuare motivi o profili autonomi di doglianza, sufficientemente identificati, è legittimo scrutinare questi ultimi nel merito, distinguendoli dalle ragioni d'impugnazione viziata da genericità (Cass. n. 20124/015).

5.1) Il secondo motivo è manifestamente infondato, atteso che nel giudizio d'appello non era più in contestazione la sussistenza del danno morale, da illecito endofamiliare, già accertata dal primo giudice con statuizione non impugnata dal soccombente e perciò coperta da giudicato, e che pertanto non v'era preclusione alla liquidazione di tale danno in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c. 5.2) Il terzo motivo è inammissibile.

La corte del merito si è infatti limitata a rilevare che non era controversa fra le parti la risarcibilità del danno (risultando, per l'appunto, devoluta in appello unicamente la questione concernente il suo ammontare).

Il ricorrente deduce poi di aver accettato l'eredità, ma non chiarisce perchè tale circostanza dovrebbe incidere sulla decisione.

Va peraltro osservato, *ad abundantiam*, che la corte del merito ha riformato la sentenza di primo grado, nel capo in cui, facendo applicazione dell'art. 582 c.c., aveva ridotto la condanna ad un terzo dell'importo liquidato, in base al principale rilievo che, sul punto, il tribunale aveva pronunciato *ultra petita* e che il ricorso non investe tale autonoma *ratio decidendi*, di per sè sufficiente a sorreggere la statuizione impugnata.

Il ricorso, in conclusione, va integralmente respinto. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in Euro 3.100, di cui Euro 100 per esborsi, oltre rimborso forfetario ed accessori dovuti per legge.

Dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omessi i nomi delle parti e degli altri soggetti in esso menzionati.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-*quater*, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

Così deciso in Roma, il 24 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 3 maggio 2017

IV. SUCCESSIONI E DONAZIONI

IL FORMALISMO DEL TESTAMENTO PUBBLICO E UN NUOVO VAGLIO DELLA CASSAZIONE

(Relatore: Matteo Mattioni)

Cass. 23 gennaio 2017, n. 1649

In tema di successioni, il testamento, olografo o pubblico che sia, 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 questi siano comunque identificabili senza possibilità di confusione, salva la necessità, che peraltro non attiene ad un requisito di regolarità e validità del testamento, che gli eredi, in sede di denuncia di successione e di trascrizione del testamento medesimo, provvedano essi ad indicare specificamente gli immobili predetti, menzionandone dati catastali, confini e quant'altro all'uopo utile.

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; in tal caso, 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.

FATTO

1. B.R. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Lodi il fratello B.G. per far accertare e dichiarare la nullità e/o annullabilità del testamento pubblico in data 29.1.2001 per Notaio C. di (OMISSIS) contenente le ultime volontà della madre M.R., deceduta il (OMISSIS), con conseguente apertura della successione legittima *ex art. 566 c.c.*, e, previa individuazione dell'asse ereditario e collazione, attribuzione all'attrice di una quota pari alla metà del patrimonio relitto. Formulava altresì, in via subordinata, domanda di riduzione della quota assegnata al fratello nella misura necessaria a consentire la reintegrazione di quella spettante le per legge.

Si costituiva in giudizio il convenuto che chiedeva il rigetto di tutte le domande e deduzioni avversarie e, in via riconvenzionale, l'accertamento e il computo del valore dei beni donati dalla defunta alla figlia, oltre al risarcimento dei danni morali subiti per le espressioni offensive contenute nell'atto di citazione.

Con sentenza n. 924/2010 il Tribunale rigettava le domande di nullità e annullabilità del testamento pubblico della M. e la domanda subordinata di riduzione delle disposizioni testamentarie per lesione della quota di legittima, condannando l'attrice alla rifusione delle spese di lite e di CTU.

Con sentenza n. 1434/13 Corte di appello di Milano rigettava l'impugnazione proposta dall'attrice.

Secondo i Giudici: non era tale da inficiare la validità del testamento pubblico la circostanza che il notaio, prima della redazione dell'atto, avesse preso appunti in occasione di un incontro con la testatrice avvenuto in data precedente a quella risultante dal testamento, posto che non solo aveva dato lettura, in presenza della testatrice e dei testimoni dell'atto scritto a macchina riportante la volontà in precedenza espressa dalla testatrice ma l'aveva completato con le postille che la *de cuius* aveva voluto aggiungere, con particolare riferimento al lascito di gioielli in favore della figlia; per quel che riguardava la altre anomalie dell'atto denunciate, si trattava di circostanze in parte smentite dal testo dell'atto pubblico in parte inconsistenti e inconfidenti; era da escludere che la testatrice versasse in stato d'incapacità di intendere e di volere a stregua delle circostanze emerse da tutte le deposizioni testimoniali escuse, ad eccezione di quelle rese dal convivente e dai figli dell'attrice; d'altra parte, le certificazioni mediche prodotte avevano attestato patologie del tutto estranee a una presunta incapacità dell'attrice, meramente asserita da un parere medico rilasciato il 20-12-2004, irrualmente prodotto e, in ogni caso, contenente giudizi opinabili e singolari considerazioni riferite al momento della redazione del testamento pubblico; tali conclusioni non erano scalfite dalle considerazioni compiute dalla difesa dell'appellante secondo cui lo stato di incapacità della *de cuius* sarebbe stato aggravato dal rapporto di succubanza rispetto al figlio B.G..

In relazione alle doglianze sollevate con riferimento alla ricostruzione dell'asse ereditario, erano ritenute inammissibili le censure in proposito articolate; in particolare, l'appellante non aveva offerto la prova circa gli atti di compravendita che il figlio avrebbe effettuato previa elargizione di somme di denaro da parte della madre;

sfornite di prova erano le affermazioni circa la indebita percezione da parte del convenuto dei canoni di locazione così come il diritto dell'attrice sui gioielli della madre;

il valore del compendio ereditario era stato determinato con stima da parte del consulente di ufficio genericamente contestato dall'attrice e che il tribunale aveva ritenuto esente da vizi.

2. - Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione B.R. sulla base di undici motivi illustrati da memoria.

Resiste con controricorso l'intimato.

DIRITTO

1.1. - Il primo motivo censura la decisione gravata che aveva escluso la nullità del testamento pubblico, pur essendo risultato dalle stesse dichiarazioni del notaio che lo stesso era stato redatto in data diversa da (antecedente a) quella risultante dall'atto, senza che dallo stesso risultasse la visita domiciliare nel corso della quale aveva in realtà raccolto le dichiarazioni di ultima volontà.

Denuncia la non veridicità delle circostanze menzionate nell'atto in merito al luogo in cui il notaio aveva raccolto le dichiarazioni della *de cuius*, immobilizzata al letto in gravi condizioni di salute, completamente cieca e non in grado di sottoscrivere; il notaio avrebbe dovuto verificare, attraverso visita medica specialistica, le condizioni di capacità di intendere e di volere della donna.

Evidenzia il comportamento del notaio che aveva a lungo tergiversato prima di consegnare copia dell'atto richiesta dall'attrice.

1.2. Il motivo è infondato.

La sentenza ha correttamente operato - con riferimento alla stipula del testamento pubblico- la distinzione fra operazioni attinenti al ricevimento delle disposizioni testamentarie e quelle relative alla confezione della scheda che, pertanto, possono svolgersi al di fuori di un unico contesto temporale. Ai fini della validità del testamento, qualora la scheda sia stata predisposta dal notaio, condizione necessaria e sufficiente è che egli, prima di dare lettura della scheda stessa, faccia manifestare di nuovo al testatore la sua volontà in presenza dei testi (Cass. 2742/1975) il che -secondo quanto accertato dai Giudici - si è appunto verificato nella specie d'altra parte, la cecità del testatore non è causa di invalidità del testamento pubblico (Cass. 3939/1983).

2. - Il secondo motivo denuncia l'omesso esame di circostanze decisive da cui sarebbe emerso lo stato di incapacità di intendere e di volere della testatrice, non avendo considerato le circostanze riferite al riguardo dai testi escussi sulle condizioni mentali e fisiche della donna mentre le deposizioni favorevoli alla controparte erano smentite dalla documentazione clinica prodotta e dalla relazione del prof. Ma.Fr..

3. - Il terzo motivo censura la sentenza impugnata laddove aveva confermato la decisione di primo grado che, nell'escludere lo stato di incapacità, aveva fondato il proprio convincimento su giudizi e valutazioni dei testimoni, svalutando certificati medici e le argomentazioni date dal prof. Ma. o ancora la circostanza obiettiva del sequestro della madre da parte del figlio quando la prova testimoniale deve avere a oggetto fatti obiettivi e non apprezzamenti.

4. Il quarto motivo deduce che la motivazione della sentenza impugnata si era basata su un mero rinvio a quella del primo giudice, senza che i Giudici di appello avessero proceduto all'esame della documentazione medica attestante le gravi condizioni di salute che integravano lo stato di incapacità previsto dall'art. 591 c.c., evidenziando, in proposito, travisamento compiuto dal tribunale delle risultanze emerse da tale certificazione.

5. Il quinto motivo denuncia la mancata ammissione della consulenza tecnica, chiesta sia in primo grado sia con l'appello, e che comunque il giudice può disporre di ufficio, trattandosi di mezzo indispensabile per verificare le condizioni mentali della testatrice.

6. Il sesto motivo censura la sentenza impugnata laddove aveva escluso lo stato succumbanza in cui si trovava la madre nei confronti del figlio;

denuncia l'omesso esame delle circostanze emerse a proposito del comportamento del convenuto, il quale si era fatto consegnare dalla sorella le chiavi dell'appartamento in cui abitava la madre - ubicato sullo stesso pianerottolo in cui risiedeva il predetto - chiudendola in casa in modo da impedire che la stessa avesse contatti con l'esterno.

7. Il settimo motivo denuncia la nullità del testamento per violazione dell'art. 51 legge notarile non essendo state adottate le prescrizioni stabilite per la redazione degli atti che abbiano ad oggetto beni immobili.

8. L'ottavo motivo denuncia che -contrariamente a quanto affermato dai Giudici - erano stati documentati gli atti di disposizione del patrimonio della madre compiuti a proprio esclusivo vantaggio dal convenuto.

9. Il nono motivo denuncia l'erronea valutazione delle prove esperite relativamente a quanto emerso circa l'ammontare dei canoni di locazione percepiti da B.G. con riferimento agli appartamenti assegnati per testamento alla ricorrente.

10. Il decimo motivo censura la sentenza laddove, contrariamente a quanto emerso dalla istruttoria testimoniale espletata, aveva escluso il diritto dell'attrice sui gioielli di proprietà della madre in possesso del fratello.

11. L'undicesimo motivo lamenta che la Corte di appello avesse ritenuto generiche le censure sollevate con l'appello alla stima compiuta dal CTU del valore del compendio immobiliare lasciato dal *de cuius*, quando invece le critiche erano state analitiche, specifiche e supportate dalla consulenza di parte la quale aveva evidenziato, fra l'altro la potenzialità commerciale del locale adibito ad autorimessa; comunque il valore effettivo del garage autorimessa era di rilevantissimo valore, ben superiore a quello quantificato da consulente di ufficio.

12. Vanno esaminati i motivi, due, tre, quattro, cinque, sei, otto, nove, dieci e undici: le doglianze hanno a oggetto gli accertamenti di fatto compiuti dai Giudici ovvero la valutazione degli elementi di prova che sarebbero emersi, per cui si impone la trattazione unitaria dei predetti motivi.

Occorre premettere che alla specie trova applicazione l'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, riformulato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134, che introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che è inammissibile il motivo di ricorso per l'omesso esame di elementi istruttori ove il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice. Ed invero, la riformulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, disposta dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle Prell., come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sè, purchè il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione. v. Cass. 14324/15; S.U. 8053/14. D'altra parte, appare opportuno precisare che, in relazione al fatto decisivo, deducibile *ex art. 360*, n. 5 cit., occorre che la acquisizione di documento o delle risultanze di una prova, di cui si lamenti l'omesso sia tale da invalidare, con giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre risultanze di causa su cui si è fondato il convincimento del giudice del merito, sì che la "*ratio decidendi*" venga a trovarsi priva di base. Pertanto, non può essere dedotto il vizio di motivazione per denunciare il mancato esame di elementi che, nel coacervo delle acquisizioni istruttorie, siano suscettibili di essere liberamente apprezzati unitamente ad altri con essi contrastanti nell'ambito della valutazione discrezionale del complessivo materiale probatorio riservata al giudice di merito altrimenti la Corte di Cassazione verrebbe in sostanza investita del riesame del merito della controversia, che è sottratto al giudice di legittimità.

Nella specie, da un canto, dalla sentenza impugnata risulta che i Giudici hanno esaminato e valutato i fatti storici, principali e secondari, decisivi tenendo conto criticamente di quelli che

erano stati i motivi di appello; dall'altro, le doglianze formulate dalla ricorrente a proposito delle condizioni e dello stato di succumbanza della *de cuius*, della ricostruzione e del valore dell'asse ereditario, della proprietà dei beni mobili o ancora circa gli atti di disposizione che si assume compiuti dal convenuto si risolvono nella censura della valutazione ed interpretazione delle risultanze processuali (deposizioni testi; parere medico che, quale perizia medica di parte, è una mera difesa tecnica), sollecitando la ricorrente - attraverso la prospettazione soggettiva di una difforme ricostruzione in fatto - un inammissibile riesame del merito; non diversamente deve ritenersi a proposito delle censure mosse alla stima compiuta dal consulente circa il valore attribuito al compendio immobiliare e, in particolare modo, al locale officina laddove, facendo fra l'altro riferimento anche alla eventuale trasformazione futura della destinazione del cespite, la ricorrente in effetti contrappone una personale valutazione; ancora, è rimessa alla discrezionalità del giudice di merito e, come tale, insindacabile in sede di legittimità la decisione di ammettere o meno la consulenza tecnica di ufficio.

Va esaminato quindi il settimo motivo.

7.2 Il motivo è infondato.

Il testamento - olografo o pubblico che sia - 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 questi siano comunque identificabili senza possibilità di confusioni, salva la necessità, la quale peraltro non attiene ad un requisito di regolarità e validità del testamento, che gli eredi, in sede di denuncia di successione e di trascrizione del testamento medesimo, provvedano essi ad indicare specificamente gli immobili predetti, menzionandone dati catastali, confinazioni ecc..

Il ricorso va rigettato.

Le spese della presente fase vanno poste a carico della ricorrente, risultata soccombente.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 - *quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, *ratione temporis* applicabile, va dichiarata la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, art. 1 *bis*.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore del resistente delle spese relative alla presente fase che liquida in Euro 4.200,00 di cui Euro 200,00 per esborsi ed Euro 4.000,00 per onorari di avvocato oltre accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dell'art. 1 *bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 5 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 23 gennaio 2017.

INCAPACITÀ CHE VIZIA E INCAPACITÀ CHE NON VIZIA: ANNULLAMENTO DEL TESTAMENTO E ONERE DELLA PROVA

(Relatore: Alberto Maria Benedetti)

Cass. ord. 19 dicembre 2017, n. 30485

L'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del *de cuius*, bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi. Peraltro, poiché lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a colui che impugna il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo. (Nel caso concreto il giudice di merito, con motivazione frutto di logica e coerente argomentazione, ha ritenuto che la *de cuius*, ancorché affetta da alcune patologie, anche suscettibili di incidere sulle sue capacità psichiche, aveva conservato una capacità autodeterminarsi, o meglio che non vi fosse del tutto priva, ed in maniera permanente, della capacità di intendere e di volere.).

FATTO E DIRITTO

A.E. conveniva in giudizio i germani M. e G. chiedendo l'annullamento per incapacità naturale del testamento olografo redatto dalla madre F.E. in data 17/10/2001 con il quale aveva legato al figlio G. alcuni immobili, chiedendo in via subordinata disporsi la riduzione sia della disposizione contenuta in detto testamento, sia delle disposizioni a favore del figlio M. contenute nei testamenti olografi del (OMISSIS) e del (OMISSIS), in quanto lesive della propria quota di legittima.

Si costituiva il convenuto A.G. che contestava la fondatezza della domanda e chiedeva procedersi allo scioglimento della comunione ereditaria, tenendo conto in particolare delle passività.

Alle difese del convenuto si associava anche l'altro convenuto A.M..

L'attore chiedeva quindi la resa del conto.

Il Tribunale di Treviso con la sentenza n. 1080 del 6 giugno 2013 rigettava l'impugnativa del testamento, dichiarava inammissibili le domande proposte in epoca successiva agli atti introduttivi, ed accoglieva la domanda di riduzione dell'attore, ritenendo sussistere una lesione di Euro 273.490,82. Per l'effetto disponeva lo scioglimento della comunione con assegnazione di distinti lotti ai germani, condannando G. e M. al pagamento della somma equivalente alla quota dei frutti civili prodotti dai beni legati a far data dall'apertura della successione.

A seguito di appello principale di A.G. e di appello incidentale di A.E., la Corte d'Appello di Venezia con la sentenza n. 1979 del 19 agosto 2015 in parziale accoglimento dell'appello principale riduceva l'importo da questi dovuto al fratello E. a titolo di frutti non goduti, limitandoli al solo bene sito nel Comune di Jesolo, rigettando per il resto gli altri motivi dell'appello principale e l'appello incidentale.

Esaminava prioritariamente l'appello incidentale indirizzato al rigetto della domanda di annullamento del testamento, ritenendo corretta la decisione gravata.

A tal fine osservava che in base ai principi generali elaborati dalla giurisprudenza, l'onere della prova circa l'incapacità naturale del testatore incombeva sull'attore, in quanto le condizioni di salute della *de cuius* in epoca prossima alla redazione del testamento non erano tali da far ritenere sussistente una condizione permanente di incapacità.

Infatti, sebbene la stessa fosse reduce da un ricovero ospedaliero, all'esito del quale era stata dimessa con una diagnosi di demenza senile multifattoriale, tuttavia si trattava di patologia, alla luce anche di quanto emergeva dalle indagini peritali, che non comportava un'incapacità assoluta e permanente, tale da determinare un'inversione dell'onere della prova.

Nè le prove orali apparivano univoche in un senso o nell'altro, atteso che mentre alcuni testi avevano fatto riferimento ad una incapacità assoluta, altri avevano invece dichiarato che la testatrice anche dopo il ricovero era lucida e partecipe delle conversazioni che avvenivano alla sua presenza.

In merito al secondo motivo di appello incidentale con il quale l'attore si doleva del fatto che gli fosse stato assegnato all'esito della divisione, ed a tacitazione dei suoi diritti di riserva, la quota di 1/3 di un immobile in (OMISSIS) legato al fratello G., la Corte distrettuale riteneva corretta la soluzione del Tribunale rispondendo alla previsione di cui all'art. 560 c.c. che consente, ed anzi suggerisce in via preferenziale, di tacitare i diritti del legittimo mediante beni in natura.

Ancora condivideva la valutazione di inammissibilità, in quanto tardiva, della domanda dell'attore di includere nella massa anche gli utili spettanti alla madre della società Eredi A. S.n.c., mancando in ogni caso la prova circa l'effettiva esistenza di tali utili, e rigettava il motivo dell'appello principale volto a contestare il valore attribuito dal CTU alla cava legata al figlio G. con il testamento oggetto di impugnazione.

Infine, accoglieva il motivo dell'appello principale con il quale A.G. lamentava l'eccessiva misura delle somme riconosciute quali frutti in favore della controparte.

In particolare, ancorché tale domanda dell'attore dovesse reputarsi tempestiva, tuttavia i frutti andavano calcolati unicamente sulla quota dell'immobile ubicato nel Comune di (OMISSIS) e che, a seguito dell'accoglimento dell'azione di riduzione, era stato assegnato ad E., posto che gli altri beni ricevuti per testamento da G., non erano stati sottoposti a riduzione.

A.E. ha proposto ricorso avverso tale sentenza sulla base di quattro motivi.

A.G. ha resistito con controricorso.

A.M. non ha svolto attività difensiva in questa sede.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per la sua pretesa tardività.

Infatti, in assenza di notificazione della sentenza, alla fattispecie trova applicazione il termine lungo annuale di cui all'art. 327 c.p.c., e quindi essendo stata la sentenza impugnata pubblicata in data 19/8/2015, tenuto conto del periodo di sospensione feriale pari a trentuno giorni, il termine per la proposizione del ricorso veniva a scadere in data 1 ottobre 2016 (e non il 30 settembre, come invece erroneamente dedotto dal controricorrente, facendo riferimento ad un periodo di sospensione feriale di soli trenta giorni). Poiché il 1 ottobre era un sabato, ne scaturisce il differimento *ex lege* del termine al primo giorno lavorativo successivo che è appunto il 3 ottobre, allorquando risulta notificato il ricorso.

Con il primo motivo di ricorso si denunzia la nullità della sentenza *ex art.* 360 c.p.c., comma 1, n. 4 per la violazione delle regole di riparto dell'onere della prova.

Assume il ricorrente che erroneamente i giudici di appello hanno affermato che fosse onere dell'attore dimostrare che la *de cuius* era assolutamente incapace di intendere e di volere alla data di redazione del testamento, posto che à contrario emergeva in maniera evidente dal complesso delle risultanze istruttorie che la testatrice versava in condizioni di salute tali da renderla permanentemente incapace.

Il secondo motivo denunzia poi la violazione e falsa applicazione degli artt. 428 e 591 c.c. quale conseguenza dell'erronea individuazione delle regole di riparto dell'onere della prova.

I due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati per la loro connessione, sono del tutto privi di fondamento.

Ed, invero anche a voler trascurare l'erroneo inquadramento nella previsione di cui all'art. 360 c.p.c., n. 4 della violazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., vale ricordare in linea di principio che la violazione di tale norma si configura se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'*onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni.

Con specifico riferimento all'azione di annullamento del testamento per incapacità naturale del testatore, la giurisprudenza di questa Corte ha tradizionalmente affermato il principio per cui (cfr. Cass. n. 27351/2014) l'incapacità naturale del testatore postula l'esistenza non già di una semplice anomalia o alterazione delle facoltà psichiche ed intellettive del "*de cuius*", bensì la prova che, a cagione di una infermità transitoria o permanente, ovvero di altra causa perturbatrice, il soggetto sia stato privo in modo assoluto, al momento della redazione dell'atto di ultima volontà, della coscienza dei propri atti o della capacità di autodeterminarsi; peraltro, poichè lo stato di capacità costituisce la regola e quello di incapacità l'eccezione, spetta a chi impugni il testamento dimostrare la dedotta incapacità, salvo che il testatore non risulti affetto da incapacità totale e permanente, nel qual caso grava, invece, su chi voglia avvalersene provarne la corrispondente redazione in un momento di lucido intervallo (conf. Cass. n. 9081/2010).

La sentenza impugnata, in ordine all'individuazione del soggetto gravato dell'onere della prova, ha fatto corretta applicazione di tali principi, pervenendo alla conclusione in punto di fatto, e come tale insuscettibile di essere sindacata in questa sede, anche perchè frutto di logica e coerente argomentazione, secondo cui la *de cuius*, ancorchè affetta da alcune patologie, anche suscettibili di incidere sulle sua capacità psichiche, aveva conservato una capacità di autodeterminarsi, o meglio che non vi era prova che la stessa fosse del tutto priva, ed in maniera permanente, della capacità di intendere e di volere.

Per formulare tale valutazione la sentenza gravata ha preso in esame le risultanze dei referti ospedalieri, ed in particolare di quelli prossimi alla data dell'atto impugnato, avvalendosi ai fini della loro interpretazione anche delle indagini del perito d'ufficio, che del pari aveva concluso per l'impossibilità di poter ricondurre, ed in maniera automatica, alla patologia della demenza senile multifattoriale un grave e repentino decadimento delle funzioni psichiche, tenuto conto anche del fatto che prima della caduta che ne aveva provocato il ricovero nel settembre del 2001, la F. aveva conservato un buon equilibrio psichico.

Al fine di completare la propria indagine, la sentenza impugnata ha anche dato contezza dell'esito della prova testimoniale, sottolineando come il contrasto tra le deposizioni non permetteva di ravvisare quella situazione che avrebbe giustificato l'inversione della regola dell'onere della prova che, appunto, pone a carico di colui che invoca l'invalidità del testamento, la dimostrazione dell'incapacità della *de cuius* al momento della redazione dell'atto di ultima volontà.

La rapida sintesi delle argomentazioni spese dal giudice di appello permette di affermare che la conclusione raggiunta sia il frutto di una attenta e ponderata valutazione delle risultanze istruttorie, occorrendo a tal fine ricordare che (cfr. Cass. n. 23900/2016) quando un giudizio - come, nella specie, quello sulla capacità di intendere e di volere della persona defunta (al fine di valutarne la capacità di testare) - deve necessariamente risultare dall'esame coordinato di numerosi elementi, l'adeguatezza della motivazione del giudice del merito deve essere vagliata con riferimento all'insieme degli stessi nonché alle difese delle parti, senza che peraltro, l'eventuale silenzio della motivazione su taluni dei predetti elementi possa essere considerato omesso esame di punti decisivi qualora, nel suo complesso, il giudizio risulti adeguatamente e concretamente giustificato e non si possa affermare che, senza quel silenzio, la decisione avrebbe potuto essere diversa.

Il motivo di ricorso in esame appare invece volto a sollecitare, in maniera peraltro non sempre specifica, facendosi richiamo ad atti ovvero a risultanze probatorie, delle quali non risulta puntualmente riportato il contenuto, esclusivamente una diversa rivalutazione dei fatti di causa, laddove anche la denunciata violazione di legge è solo apparente.

Infatti, il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di legge *ex art. 360 c.p.c., n. 3*, consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione della fattispecie astratta di una norma di legge e, perciò, implica necessariamente un problema interpretativo della stessa, con la conseguenza che il ricorrente che presenti la doglianza è tenuto a prospettare quale sia stata l'erronea interpretazione della norma in questione da parte del giudice che ha emesso la sentenza impugnata, a prescindere dalla motivazione posta a fondamento di questa (Cass., Sez. L., sentenza n. 26307 del 15 dicembre 2014, Rv. 633859). Al contrario, se l'erronea ricognizione riguarda la fattispecie concreta, il gravame inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, solo ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, (Cass., Sez. 5, sentenza n. 8315 del 4 aprile 2013, Rv. 626129), ma oggi negli ancor più ristretti limiti della novella del 2012.

Il terzo motivo denuncia l'omessa disamina di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, in quanto gli sarebbero stati riconosciuti i frutti solo sulla quota di 1/3 dell'immobile sito in (OMISSIS).

Si deduce che sarebbe stato però omesso il fatto decisivo rappresentato dalla circostanza che tutti i beni assegnati al convenuto G. erano stati oggetto dell'azione di riduzione, ed in particolare anche la cava legata con il testamento del 2001.

La proposizione dell'azione di riduzione, ed il riscontro della sussistenza della lesione ha fatto sì che anche gli altri beni attribuiti per testamento siano caduti in comunione e che quindi i frutti debbano essere calcolati su tutti i beni *de quibus*.

Il quarto motivo denuncia la nullità della sentenza per vizio di *ultra*-petizione *ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4* in quanto, limitando il calcolo dei frutti al solo detto immobile, la Corte di merito ha accolto una domanda che non era mai stata proposta dal convenuto.

Anche gli ultimi due motivi vanno congiuntamente esaminati attesa la loro connessione, rivelandosi del pari privi di fondamento.

Premessa l'erroneità della denuncia della violazione dell'art. 112 c.p.c. in relazione alla limitazione del calcolo dei frutti al solo bene assegnato all'attore a tacitazione dei suoi diritti di legittimario, non potendosi ritenere che tale limitazione costituisca l'accoglimento di una domanda del convenuto, essendosi il giudice limitato unicamente a determinare le modalità attraverso le quali andava accolta la diversa domanda attorea di riconoscimento dei frutti *ex art. 561 c.c.*, ed anche a voler sorvolare circa la corretta sussumibilità del preteso vizio denunziato nella previsione di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, la soluzione alla quale è pervenuta la sentenza gravata è immune dalle critiche mosse.

Ed, infatti, all'esito del giudizio, e senza che sul punto sia stata avanzata censura da parte del ricorrente, la Corte di Appello, recependo le indicazioni già date dal Tribunale, pur riscontrando la lesione dei diritti di riserva dell'odierno ricorrente, ha ritenuto però di dover soddisfare tali diritti con l'assegnazione in natura di un solo bene, tra quelli assegnati per testamento al fratello G., e precisamente con la quota di 1/3 di un immobile in (OMISSIS).

Sebbene la domanda di riduzione avesse inteso aggredire tutti i beni dei quali i germani erano a vario titolo beneficiari, emerge chiaramente che la soluzione alla quale si è pervenuti, è stata quella di individuare l'entità della lesione, tenendo conto del valore anche delle attribuzioni *mortis causa*, ritenendo che tale lesione potesse però essere tacitata con l'assegnazione in natura del solo bene in questione, avendo l'attore ricevuto all'esito della divisione altri beni in natura, non oggetto delle disposizioni testamentarie, con il riconoscimento anche di un conguaglio in denaro a carico del fratello G., al fine di assicurare la perequazione di valore delle quote.

Ebbene, in presenza di una soluzione siffatta, vale richiamare la costante giurisprudenza di questa Corte secondo cui (cfr. da ultimo Cass. n. 7478/2000) al legittimario cui venga restituito un immobile per reintegrare la quota di legittima spetta, a norma dell'art. 561 cod. civ., anche il diritto ai frutti quali accessori del bene, in relazione al suo mancato godimento, mentre, nell'ipotesi in cui 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, posto che gli interessi legali attribuiti rispondono alla medesima finalità di risarcire il danno derivante dal mancato godimento del bene (lucro cessante) e pertanto il cumulo tra frutti e interessi comporterebbe la duplicazione del riconoscimento di una medesima voce di danno (conf. Cass. n. 843/1965).

Trattasi peraltro di una coerente applicazione del diverso principio per il quale (cfr. Cass. n. 1079/1970) colui che possiede un bene in virtù di un atto a titolo gratuito o di una disposizione testamentaria, possiede in virtù di un titolo idoneo a trasferire il dominio, il quale è originariamente valido e tale rimane fino a che non sia esercitata l'azione di riduzione, il cui accoglimento ne determina appunto l'inefficacia, con effetto dalla data della domanda giudiziale. La norma dell'art. 561 cod. civ., comma 2 costituisce un'applicazione del suddetto principio e, pertanto, in ogni caso di disposizione testamentaria o di donazioni, soggette a riduzione, i frutti dei beni da restituire sono dovuti al legittimario con decorrenza dalla domanda giudiziale. Se, però, si debba corrispondere una somma di denaro, nei casi previsti dalla legge o pattuiti dalle parti, i frutti non sono dovuti affatto, in quanto l'obbligazione di restituzione dei frutti è consequenziale a quella di restituzione del bene che li produce se il diritto del

legittimario si è trasformato in un diritto di credito, viene meno la detta consequenzialità, mancando la cosa fruttifera.

Pertanto, e tornando al caso in esame, poichè il ricorrente non ha contestato la divisione dei beni operata dal giudice di merito, con la quale è stata assicurata anche la riduzione delle disposizioni lesive, ed atteso che all'esito di tale divisione, dei beni assegnati per testamento ai fratelli, gli è stato restituito il solo bene in (OMISSIS) e pro quota, correttamente i frutti sono stati calcolati esclusivamente in relazione al mancato godimento di tale cespite, non potendosi estendere la pretesa a beni diversi, il cui acquisto *iure hereditario* non è stato inficiato dall'accoglimento della domanda di riduzione.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Nulla per le spese per l'intimato che non ha svolto attività difensiva.

Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto al testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, il comma 1-*quater* - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti, in solido tra loro, al rimborso delle spese in favore del controricorrente che liquida in complessivi Euro 5.200,00 di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali pari al 15% sui compensi, ed accessori come per legge;

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17 dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti del contributo unificato dovuto per il ricorso principale a norma dell'art. 1 *bis*, stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 16 novembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 19 dicembre 2017.

IL DOLO NEL TESTAMENTO

(Relatore: Matilde Girolami)

Cass. 11 aprile 2017, n. 9309

In tema di successione testamentaria, il rispetto assoluto della volontà del testatore impone, al fine di potersi affermare che una disposizione testamentaria sia affetta da dolo, di non considerare sufficiente dimostrare una qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore, se del caso mediante blandizie, richieste, suggerimenti, sollecitazioni, occorrendo la provata presenza di veri propri mezzi fraudolenti i quali, avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso, siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata. Peraltro, la relativa prova può avere natura presuntiva; tuttavia, essa deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire l'attività captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore.

FATTO

1. La Corte d'appello di Venezia, con sentenza depositata il 5 luglio 2012, confermò la sentenza parziale emessa dal Tribunale di Verona il 4 luglio 2006, con la quale era stata rigettata la domanda di annullamento della scheda testamentaria di M.P., proposta a B.C. nei confronti di M.R.; nonchè quella riconvenzionale di simulazione della intestazione di un immobile in favore di M.T.S., acquistato in comunione col de cuius.

Ricorre per cassazione B.C., prospettando tre censure. Resiste con controricorso M.R.. Nell'interesse del ricorrente, all'approssimarsi dell'udienza, risulta essere stata depositata memoria illustrativa.

DIRITTO

Con il primo motivo il ricorso deduce la violazione, in correlazione con l'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, degli artt. 624, 1427, 1439 e 2697 c.c., art. 279 c.p.c., comma 2, n. 3, artt. 115, 112 e 277 c.p.c., nonché dell'art. 2729, c.c. art. 643 cod. pen.; oltre al vizio motivazionale su un punto controverso e decisivo.

Attraverso un non breve percorso argomentativo il ricorrente, in definitiva, rimprovera alla Corte di merito di aver escluso la sussistenza della *captatio benevolentiae*, o dolo, che dir si voglia, frazionando il materiale probatorio, per assegnarne una parte al vaglio di una domanda (quella *ex* art. 591 c.c., n. 3) ed altra parte ad altra domanda (quella *ex* art. 624 c.c., sub specie dolo). Era così sfuggito che il testatore, nato nel 1906, dopo una operazione chirurgica subita nell'anno 1995, aveva perso rapidamente le proprie facoltà mentali; tanto che all'età di 92 anni e 8 mesi, in preda a confusione mentale ed irascibilità, apparve incapace di intendere di volere nel corso di ricovero ospedaliero, resosi necessario per la presenza di dolori acutissimi alla schiena, tanto che il personale sanitario fu costretto alla contenzione fisica; era del pari sfuggito che il cugino M.P., che mai prima lo aveva frequentato, dal 1998 aveva cominciato a stargli attorno, tanto da essere riuscito a far testare l'anziano parente in suo favore esclusivo, a poche settimane dalla morte; non si era tenuto conto che M.R., dalle emergenze istruttorie, era apparso

versare, nel periodo finale della propria vita, in preda ad allucinazioni e non in grado di filtrare la realtà, facilmente suggestionabile e aggirabile; non si era considerato che, come peraltro rilevato nella stessa sentenza, il testatore aveva avuto bisogno di sostegno fisico per redigere materialmente il testamento, tanto che lo stesso ne era rimasto influenzato graficamente. Ove la Corte d'appello, conclude il ricorrente, avesse esaminato correttamente il materiale probatorio avrebbe dovuto concludere per l'annullamento della scheda testamentaria, affetta da dolo; conclusione che avrebbe trovato sostegno anche in acquisizioni tratte dal notorio, tenuto conto dell'età avanzata del testatore.

Con il secondo motivo il ricorrente pone in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, la dedotta violazione degli artt. 624, 1427, 1439 e 2697 c.c. nonchè degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c., art. 132 c.p.c., n. 4, e artt. 2727 e 2729 c.c.; nonchè vizio motivazionale su un punto controverso e decisivo.

Il ricorrente deduce che la Corte d'appello, dopo avere affermato, in coerenza con quanto ritenuto dal Tribunale, non potersi desumere dalla presenza di anomalie di scrittura che alla redazione del testamento fosse stato presente l'appellato (odierno resistente), intervenuto ad influenzare la volontà del testatore, soggiungeva tuttavia che le predette anomalie di scrittura "bene si possono comprendere alla luce delle condizioni somatiche di senilità avanzata e della necessità, per questione di vista defedata, di porre la mano del M. sulla riga per la scrittura. Da tali elementi non può essere indotto, con la necessaria certezza, che l'appellato fu presente alla redazione del testamento e, così, guidò la mano e la volontà del testatore".

Anche in questo caso il rimprovero che si muove alla sentenza e di non avere valorizzato la pluralità di elementi univocamente diretti a comprovare l'intervento captativo del resistente, il quale aveva manipolato la fragile volontà del testatore nelle ultime settimane di vita di costui e financo nella fase di redazione della scheda. Il *de cuius* era praticamente cieco e dalle acquisite testimonianze si era appreso che non era in grado neppure di firmare un documento se non gli si portava la mano fino al rigo; M.R., che per anni non aveva frequentato l'anziano cugino, col quale erano a che insorte ragioni di contrasto, nella fase terminale di vita di quest'ultimo si fece assiduo frequentatore della casa, insistendo perchè l'anziano testasse in suo favore; non solo stridevano con la autonoma redazione del testamento le riscontrate anomalie di scrittura e l'utilizzo del prenome non abbreviato del beneficiario, ma anche il contenuto, che nel precedente testamento del (OMISSIS) era caratterizzato dall'uso di un linguaggio comune, compatibile con l'età e la cultura del *de cuius*, e che nella scheda del (OMISSIS) divenne preciso e giuridico. Non ultimo, appariva emblematico che la scheda testamentaria fosse nel possesso di M.R., il quale ne aveva poi chiesto la pubblicazione al notaio.

Con il terzo motivo il ricorrente denuncia vizio motivazionale circa un fatto controverso e decisivo.

La sentenza, secondo ricorrente, dopo avere sminuito le inferenze che potevano trarsi dalla circostanza che il M. nel corso del suo ultimo ricovero ospedaliero era stato sottoposto a misure contenitive, essendosi preferito valorizzare la circostanza che quel ricovero non era finalizzato alla cura di malesseri psichici e quindi in particolare, la cartella clinica, che conteneva consigli terapeutici per il medico di famiglia, non aveva, senza un apparente ragione, posto a contrasto della detta cartella, alla quale era stato assegnato valore dirimente, le acquisite testimonianze. Nè il personale medico che si era occupato dell'anziano in quell'occasione poteva ritenersi

avere le competenze specialistiche del caso, trattandosi di geriatri e non di neurologi o psichiatri.

Gli esposti motivi, osmotici fra loro, non possono essere accolti.

Occorre in primo luogo ricordare che il rispetto assoluto della volontà del testatore impone, al fine di potersi affermare che una disposizione testamentaria sia affetta da dolo, non essere sufficiente dimostrare una qualsiasi influenza di ordine psicologico esercitata sul testatore, se del caso mediante blandizie, richieste, suggerimenti o sollecitazioni, occorrendo la provata presenza di veri propri mezzi fraudolenti i quali - avuto riguardo all'età, allo stato di salute, alle condizioni di spirito dello stesso - siano idonei a trarlo in inganno, suscitando in lui false rappresentazioni ed orientando la sua volontà in un senso in cui non si sarebbe spontaneamente indirizzata. Pur vero che la relativa prova può avere natura presuntiva, tuttavia essa deve fondarsi su fatti certi che consentano di identificare e ricostruire l'attività captatoria e la conseguente influenza determinante sul processo formativo della volontà del testatore (cfr. Sez. 2, n. 14011, 28/5/2008, Rv. 603416; Sez. 2, n. 824, 16.1.2014, Rv. 629361; Sez. 2, n. 8047, 14.6.2001, Rv. 547463).

Non può farsi a meno di evidenziare che, come spesso accade, con il ricorso si propone l'approvazione di una linea interpretativa dei fatti di causa alternativa rispetto a quella fatta propria dal giudice, così sperdendosi del tutto il senso del sindacato di legittimità.

Come reiteratamente affermato in questa sede, il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione, non essendo inquadrabile nel paradigma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, (nel testo modificato dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 2, prima dell'ulteriore modifica di cui al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134, applicabile "*ratione temporis*"), il quale implica che la motivazione della "*quaestio facti*" sia affetta non da una mera contraddittorietà, insufficienza o mancata considerazione, ma che si presentasse tale da determinarne la logica insostenibilità (cfr., Sez. 3, n. 17037 del 20/8/2015, Rv. 636317). Con l'ulteriore corollario che il controllo di legittimità del giudizio di fatto non equivale alla revisione del ragionamento decisorio, ossia dell'opzione che ha condotto il giudice del merito ad una determinata soluzione della questione esaminata, posto che una simile revisione non sarebbe altro che un giudizio di fatto e si risolverebbe in una nuova formulazione, contrariamente alla funzione assegnata dall'ordinamento al giudice di legittimità. Con la conseguenza che risulta del tutto estranea all'ambito del vizio di motivazione ogni possibilità per la Corte di cassazione di procedere ad un nuovo giudizio di merito attraverso l'autonoma, propria valutazione delle risultanze degli atti di causa (cfr. Sez. 6, ord. n. 5024 del 28/3/2012, Rv. 622001). Da qui la necessità che il ricorrente specifichi il contenuto di ciascuna delle risultanze probatorie (mediante la loro sintetica, ma esauriente esposizione e, all'occorrenza integrale trascrizione nel ricorso) evidenziando, in relazione a tale contenuto, il vizio omissivo o logico nel quale sia incorso il giudice del merito e la diversa soluzione cui, in difetto di esso, sarebbe stato possibile pervenire sulla questione decisa (cfr. Sez. 5, n. 1170 del 23/1/2004, Rv. 569607).

Appare, quindi, evidente che il vizio di insufficiente motivazione denunciabile con ricorso per cassazione *ex art. 360, n. 5, c.p.c.*, si configura nella ipotesi di carenza di elementi, nello sviluppo logico del provvedimento, idonei a consentire la identificazione del criterio posto a base della decisione, ma non anche quando vi sia difformità tra il significato ed il valore

attribuito dal giudice di merito agli elementi delibati, e le attese e deduzioni della parte al riguardo.

Parimenti, il vizio di contraddittoria motivazione, che ricorre in caso di insanabile contrasto tra le argomentazioni logico - giuridiche addotte a sostegno della decisione, tale da rendere incomprensibile la "*ratio decidendi*", deve essere intrinseco alla sentenza, e non risultare dalla diversa prospettazione addotta dal ricorrente (Sez. 2, n. 3615 del 13/04/1999, Rv. 525271). Con l'ulteriore implicazione che il vizio di contraddittorietà della motivazione, deducibile in cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, non può essere riferito a parametri valutativi esterni, quale il contenuto della consulenza tecnica d'ufficio Sez. 1, n. 1605 del 14/02/2000, Rv. 533802). Peraltro, osservandosi che il vizio di insufficiente motivazione, denunciabile con ricorso per cassazione *ex art.* 360 c.p.c., n. 5, resta integrato solo ove consti la carenza di elementi, nello sviluppo logico del provvedimento, idonei a consentire la identificazione del criterio posto a base della decisione, ma non anche quando vi sia difformità tra il significato ed il valore attribuito dal giudice di merito agli elementi delibati, e le attese e deduzioni della parte al riguardo; mentre il vizio di contraddittoria motivazione, che ricorre in caso di insanabile contrasto tra le argomentazioni logico - giuridiche addotte a sostegno della decisione, tale da rendere incomprensibile la "*ratio decidendi*", deve essere proprio della sentenza, e non risultare dalla diversa prospettazione addotta dal ricorrente (Sez. L., n. 8629 del 24/06/2000, Rv. 5381004; Sez. 1, n. 2830 del 27/02/2001, Rv. 544226).

Si è condivisamente ulteriormente precisato, così da scolpire nitidamente l'ambito di legittimità, che il difetto di motivazione, nel senso di sua insufficienza, legittimante la prospettazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), è configurabile soltanto quando dall'esame del ragionamento svolto dal giudice del merito e quale risulta dalla sentenza stessa impugnata emerga la totale obliterazione di elementi che potrebbero condurre ad una diversa decisione ovvero quando è evincibile l'obiettiva deficienza, nel complesso della sentenza medesima, del procedimento logico che ha indotto il predetto giudice, sulla scorta degli elementi acquisiti, al suo convincimento, ma non già, invece, quando vi sia difformità rispetto alle attese ed alle deduzioni della parte ricorrente sul valore e sul significato attribuiti dal giudice di merito agli elementi delibati, poichè, in quest'ultimo caso, il motivo di ricorso si risolverebbe in un'inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti dello stesso giudice di merito che tenderebbe all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, sicuramente estranea alla natura e alle finalità del giudizio di cassazione. In ogni caso, per poter considerare la motivazione adottata dal giudice di merito adeguata e sufficiente, non è necessario che nella stessa vengano prese in esame (al fine di confutarle o condividerle) tutte le argomentazioni svolte dalle parti, ma è sufficiente che il giudice indichi (come accaduto nella specie) le ragioni del proprio convincimento, dovendosi in tal caso ritenere implicitamente disattese tutte le argomentazioni logicamente incompatibili con esse (Sez. L, n. 2272 del 02/02/2007, Rv. 594690). Proprio per ciò non è ammesso perseguire con il motivo di ricorso un preteso migliore più e appagante coordinamento dei molteplici dati acquisiti, finalità sicuramente estranea alla natura e allo scopo del giudizi di cassazione. Infatti, il vizio di omessa o insufficiente motivazione, deducibile in sede di legittimità *ex art.* 360 c.p.c., n. 5, sussiste solo se nel ragionamento del giudice di merito, quale risulta dalla sentenza, sia riscontrabile il mancato o deficiente esame di punti decisivi della controversia e non può invece consistere in un apprezzamento dei fatti e delle prove in senso difforme da quello preteso dalla parte, perchè la

citata norma non conferisce alla Corte di Cassazione il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico - formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice del merito al quale soltanto spetta di individuare le fonti del proprio convincimento e, all'uopo, valutare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza, e scegliere tra le risultanze probatorie quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione (cfr., fra le tante, Sez. L., n. 9233 del 20/4/2006, Rv. 588486 e n. 15355 del 9/8/2004, Rv. 575318).

La spiegazione alternativa proposta con il ricorso, fronteggiante una insanabile contraddittorietà della motivazione, deve essere tale da apparire l'unica plausibile e la deduzione di un vizio di motivazione conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì il solo potere di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito, al quale spetta, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove di controllarne l'attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, dando, così, liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti (salvo i casi tassativamente previsti dalla legge). Ne deriva, pertanto, che alla cassazione della sentenza, per vizi della motivazione, si può giungere solo quando tale vizio emerga dall'esame del ragionamento svolto dal giudice del merito, quale risulta dalla sentenza, che si rilevi incompleto, incoerente o illogico, e non già quando il giudice del merito abbia semplicemente attribuito agli elementi valutati un valore ed un significato difformi dalle aspettative e dalle deduzioni di parte (cfr., fra le tante, Sez. 3, n. 20322 del 20/10/2005, Rv. 584541; Sez. L., n. 15489 dell'11/7/2007, Rv. 598729). Lo scrutinio di merito resta, in definitiva, incensurabile, salvo l'opzione al di fuori del senso comune (Sez. L., n. 3547 del 15/4/1994, Rv. 486201); la stessa omissione non può che concernere snodi essenziali del percorso argomentativo adottato (cfr., Sez. 2, n. 7476 del 4/6/2001, Rv. 547190; Sez. 1, n. 2067 del 25/2/1998, Rv. 513033; Sez. 5, n. 9133 del 6/6/2012, Rv. 622945, Sez. U., n. 13045 del 27/12/1997, Rv. 511208).

La Corte lagunare, al contrario di quanto asserito in ricorso, ha valutato nella sua globalità il materiale probatorio, giungendo alla conclusione avversata dal ricorrente.

Va osservato che la sentenza impugnata, dopo avere inquadrato i mutamenti d'umore, le distonie, l'irrequietezza, in un quadro di senilità avanzata, estremo tentativo di recuperare la perduta efficienza, vagliato il materiale probatorio acquisito, assegnando agli elementi indiziari evidenziati dall'odierno ricorrente valore non prevalente, ha correttamente disatteso la prospettazione oggi perorata in ricorso, mancando la prova del mezzo fraudolento.

Deve, infine, escludersi che la censurata motivazione, nel vagliare le due ragioni di annullabilità proposte (per incapacità e per dolo) abbia ommesso di considerare l'insieme del materiale probatorio acquisito. Al contrario, pur avendo correttamente separato i due motivi di annullabilità, la sentenza impugnata ha puntualmente considerato l'insieme delle acquisizioni, giungendo alla conclusione, in questa sede incensurabile, che il testatore, al momento della redazione del testamento, non era incapace di intendere di volere e che, allo stesso tempo, non erano rimasti provati i mezzi fraudolenti di cui prima si è detto. Mezzi che non è consentito confondere con atteggiamenti di piaggeria, blandizia, affettata affettuosità, che se appaiono eticamente discutibili, tuttavia, non integrano la previsione di legge.

Le spese legali seguono la soccombenza e possono liquidarsi siccome in dispositivo in favore del controricorrente, tenuto conto del valore e della qualità della causa, nonché delle attività svolte.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater* (inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17) applicabile *ratione temporis* (essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), ricorrono i presupposti per il raddoppio del versamento, del contributo unificato da parte del ricorrente, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

P.Q.M.

rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 6.000,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il 7 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 11 aprile 2017.

IL TRASFERIMENTO DI STRUMENTI FINANZIARI TRA DONAZIONI E LIBERALITÀ INDIRETTE

(Relatore: Chiara Favilli)

Cass., Sez. Un., 27 luglio 2017, n. 18725

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. 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.

FATTO

1. - La vicenda riguarda una fattispecie attributiva triangolare a mezzo banca compiuta a titolo di liberalità: più precisamente, concerne un trasferimento di valori mobiliari, di cospicuo valore, depositati su un conto bancario, eseguito in favore di un terzo in virtù di un ordine in tal senso impartito alla banca dal titolare del conto, deceduto pochi giorni dopo l'operazione.

Apertasi la successione ab intestato dell'ordinante C.D., la figlia del *de cuius*, C.E., ha agito in giudizio davanti al Tribunale di Trieste nei confronti della beneficiaria del trasferimento, P.C., chiedendo, per la quota di un terzo spettante all'attrice sul patrimonio ereditario, la restituzione del valore degli strumenti finanziari, ammontanti complessivamente, alla data dell'esecuzione dell'operazione, a Euro 241.040,60.

Premesso che gli strumenti finanziari (quote di Venetocash e di Venetocapital e titoli di Cassamarca) appartenevano al di lei padre ed erano custoditi in un apposito conto di deposito titoli in amministrazione presso Cassamarca s.p.a. e che la convenuta, nella qualità di delegata, aveva dato ordine alla banca di trasferirli sul proprio conto, l'attrice ha dedotto la nullità del negozio attributivo, in quanto privo della forma solenne richiesta per la validità della donazione. La P. si è difesa rilevando che il trasferimento era stato chiesto direttamente dal titolare dei titoli e solo reiterato da essa delegata. Ha sostenuto che l'attribuzione doveva essere considerata, in parte, adempimento di obbligazione naturale, giustificata dal legame affettivo che ella aveva instaurato con il *de cuius* e dalla cura e dall'assistenza prestate nei suoi confronti durante il corso della malattia che lo aveva portato alla morte; in parte, donazione indiretta.

2. - Il Tribunale di Trieste ha accolto la domanda, dichiarando la nullità della liberalità. Accertato che l'ordine alla banca proveniva dal C., il Tribunale ha distinto tra negozio sottostante (attribuzione patrimoniale alla P.) e ordine alla banca. Secondo il primo giudice, l'ordine alla banca è negozio astratto, autonomo rispetto ai rapporti *inter partes*; il negozio tra le parti è quello che rileva e deve essere qualificato come donazione vera e propria; il

trasferimento non può essere ritenuto adempimento di obbligazione naturale ("in quanto i titoli sono stati attribuiti alla P. non con l'intento di adempiere ad un dovere morale e sociale, ma in considerazione dell'assistenza prestata al *de cuius* durante la sua malattia"), ma piuttosto donazione remuneratoria. Di qui la nullità per difetto di forma.

3. - A diversa conclusione è pervenuta la Corte d'appello di Trieste, la quale, con sentenza in data 20 dicembre 2011, ha accolto il gravame proposto in via principale dalla P. e rigettato la domanda.

La Corte territoriale ha osservato, innanzitutto, che "i fatti non sono contestati e che l'istruttoria ha confermato il "doppio" ordine, necessario perchè la banca aveva smarrito il primo ordine, sottoscritto direttamente dal C.". Sempre in punto di fatto, la Corte di Trieste, valorizzando la deposizione testimoniale del direttore della banca, ha ritenuto provato che la P. aveva assistito il C., precisando che la convivenza tra le parti era cominciata prima che questi scoprisse di essere affetto da un male incurabile.

La Corte d'appello ha ricondotto la fattispecie nell'ambito della donazione indiretta, per la cui validità non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza della forma prescritta per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità. I giudici del gravame hanno considerato che, per integrare la liberalità di cui all'art. 809 c.c., non è indispensabile il collegamento "di due negozi, uno fra donante e donatario, e l'altro fra donante e terzo che realizza lo scopo-donazione", ma basta un solo negozio, con il rispetto delle forme per esso previste. Secondo la Corte di Trieste, l'ordine dato dal beneficiante all'istituto di credito è idoneo a veicolare lo spirito di liberalità.

La Corte d'appello ha dichiarato assorbito il motivo di appello con cui l'appellante P. ha sostenuto che l'atto compiuto andava ricondotto all'adempimento di un'obbligazione naturale; e ha altresì dichiarato assorbito l'appello incidentale della C..

4. - Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello la C. ha proposto ricorso, sulla base di due motivi.

4.1. - Con il primo motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 769,782 e 809 c.c., in relazione agli artt. 1852 e 1834 c.c.) la ricorrente censura che la Corte di Trieste abbia ritenuto che il mero trasferimento di valori mobiliari, non avente fondamento in alcun negozio causale sottostante, sia ad ogni effetto una donazione indiretta e, come tale, sottratta al vincolo della forma. Ad avviso della ricorrente, la liberalità attuata a mezzo bonifico non è una donazione indiretta, ma una donazione diretta, la quale richiede la forma dell'atto pubblico a pena di nullità. L'esclusione dell'onere della forma - implicitamente prevista, per le donazioni indirette, dall'art. 809 cod. civ. - sarebbe riferibile alle sole fattispecie negoziali causali, laddove nella specie ci si troverebbe di fronte ad una semplice operazione bancaria.

Il secondo motivo lamenta omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio. Nel ragionamento della Corte d'appello non vi sarebbe traccia di spiegazioni circa la ragione per la quale l'art. 809 c.c., debba trovare applicazione non solo ai contratti bancari di deposito cointestati, ma anche alle mere esecuzioni di disposizioni di trasferimento titoli dal conto del donante a quello del donatario.

5. - La P. ha resistito con controricorso, in particolare sottolineando che la vicenda del trasferimento dei titoli attraverso l'ordine impartito alla banca dal beneficiante è assimilabile all'ipotesi - che la giurisprudenza riconduce alla donazione indiretta - della cointestazione del

conto corrente con successivo transito sullo stesso di somme appartenenti ad uno solo dei cointestatari.

6. - Entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative delle rispettive posizioni in prossimità dell'udienza fissata dinanzi alla Sezione semplice.

7. - Con ordinanza interlocutoria n. 106 del 4 gennaio 2017, la 2^a Sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, segnalando la presenza di orientamenti giurisprudenziali non uniformi e di un quadro interpretativo "frammentato" in ordine alla questione se, per aversi donazione indiretta, sia necessaria la presenza di almeno due negozi, o se sia sufficiente un solo negozio o, persino, un mero atto non negoziale, ed evidenziando, altresì, la particolare rilevanza della stessa, stante il frequente ricorso a operazioni del tipo di quelle compiute nella specie in funzione *trans* o *post mortem*.

8. - Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

9. - In prossimità dell'udienza pubblica entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative.

DIRITTO

1. - La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite solleva un problema di rapporti tra il contratto tipico di donazione e le liberalità diverse dalla donazione (dette anche donazioni indirette o liberalità atipiche): l'uno, definito dall'art. 769 c.c., come l'atto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione; le altre, contemplate dall'art. 809 c.c., come liberalità risultanti da atti diversi dalla donazione stessa, le quali hanno in comune con l'archetipo l'arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito liberale da un soggetto a favore dell'altro, ma se ne distinguono perchè l'arricchimento del beneficiario non si realizza con l'attribuzione di un diritto o con l'assunzione di un obbligo da parte del disponente, ma in modo diverso.

Si tratta, in particolare, di stabilire se l'operazione attributiva di strumenti finanziari dal patrimonio del beneficiante in favore di un altro soggetto, compiuta a titolo liberale attraverso una banca chiamata a dare esecuzione all'ordine di trasferimento dei titoli impartito dal titolare con operazioni contabili di addebitamento e di accredito, costituisca una donazione tipica, identificata dalla definizione offerta dall'art. 769 c.c., o sia inquadrabile tra le liberalità non donative, ai sensi dell'art. 809 c.c., ossia tra gli atti, molti dei quali aventi una propria disciplina, che, secondo una accreditata definizione dottrinale, possono essere impiegati per attuare in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione.

Più precisamente, occorre domandarsi se la stabilità del trasferimento di ricchezza attuato *donandi causa* a mezzo banca sia subordinata all'adozione dello schema formale - causale della donazione; o se l'attribuzione liberale a favore del beneficiario rappresenti una conseguenza indiretta giustificata dal ricorso ad un'operazione trilaterale di movimentazione finanziaria con l'intermediazione dell'ente creditizio.

1.1. - La riconduzione all'uno o all'altro ambito ha conseguenze sul piano della disciplina applicabile.

Infatti, il codice civile estende alle liberalità diverse dalla donazione tipica le disposizioni riguardanti la revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli e quelle sulla riduzione per integrare la quota dovuta ai legittimari (art. 809), e le assoggetta alla disciplina della collazione (art. 737), ma al contempo prevede l'applicabilità delle norme riguardanti l'atto

per mezzo del quale la liberalità è compiuta, senza che occorra l'assolvimento dell'onere della forma di cui all'art. 782.

Il regime formale della forma solenne (fuori dai casi di donazione di modico valore di cosa mobile, dove, ai sensi dell'art. 783 c.c., la forma è sostituita dalla *traditio*) è esclusivamente proprio della donazione tipica, e risponde a finalità preventive a tutela del donante, per evitargli scelte affrettate e poco ponderate, volendosi circondare di particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo, dei suoi beni.

Per la validità delle donazioni indirette, invece, non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità, dato che l'art. 809 cod. civ., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (Cass., Sez. 3^a, 11 ottobre 1978, n. 4550; Cass., Sez. 2^a, 16 marzo 2004, n. 5333; Cass., Sez. 1^a, 5 giugno 2013, n. 14197).

2. - Per rispondere al quesito, occorre preliminarmente procedere ad una ricognizione delle ipotesi più significative che l'esperienza giurisprudenziale ha ricondotto all'ambito della donazione indiretta e di quelle per le quali si è ritenuta invece necessaria l'adozione del contratto di donazione per la manifestazione della volontà e per la realizzazione dell'interesse liberale.

3. - La liberalità non donativa può essere realizzata con un contratto a favore di terzo, ossia in virtù di un accordo tra disponente - stipulante e promittente con il quale al terzo beneficiario è attribuito un diritto, senza che quest'ultimo paghi alcun corrispettivo e senza prospettiva di vantaggio economico per lo stipulante. Il contratto a favore di terzo può bensì importare una liberalità a favore del medesimo, ma costituendo detta liberalità solo la conseguenza non diretta nè principale del negozio giuridico avente una causa diversa, si tratta di una donazione indiretta, la quale, se pure è sottoposta alle norme di carattere sostanziale che regolano le donazioni, non sottostà invece alle norme riguardanti la forma di queste (Cass., Sez. 1^a, 29 luglio 1968, n. 2727).

Seguendo quest'ordine di idee, si è ricondotta alla donazione indiretta la cointestazione, con firma e disponibilità disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito, qualora detta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta ad uno solo dei cointestatori, rilevandosi che, in tal caso, con il mezzo del contratto di deposito bancario, si realizza l'arricchimento senza corrispettivo dell'altro cointestatario (Cass., Sez. 2^a, 10 aprile 1999, n. 3499; Cass., Sez. 1^a, 22 settembre 2000, n. 12552; Cass., Sez. 2^a, 12 novembre 2008, n. 26983). Anche la cointestazione di buoni postali fruttiferi, ad esempio operata da un genitore per ripartire fra i figli anticipatamente le proprie sostanze, può configurare, ove sia accertata l'esistenza dell'*animus donandi*, una donazione indiretta, in quanto, attraverso il negozio direttamente concluso con il terzo depositario, la parte che deposita il proprio denaro consegue l'effetto ulteriore di attuare un'attribuzione patrimoniale in favore di colui che ne diventa beneficiario per la corrispondente quota, essendo questi, quale contitolare del titolo nominativo a firma disgiunta, legittimato a fare valere i relativi diritti (Cass., Sez. 2^a, 9 maggio 2013, n. 10991).

3.1. - Costituisce del pari donazione indiretta il pagamento di un'obbligazione altrui compiuto dal terzo per spirito di liberalità verso il debitore (Cass., Sez. 1^a, 3 maggio 1969, n. 1465).

Anche qui si assiste ad un'operazione che vede il coinvolgimento delle sfere giuridiche di tre soggetti: il solvens, estraneo al rapporto obbligatorio ma autore dell'adempimento, il quale dispone della propria sfera nel senso della liberalità verso il debitore, liberandolo da un'obbligazione; il creditore; ed il debitore, beneficiario della liberalità.

3.2. - Il risultato liberale può essere conseguito anche attraverso la combinazione di più atti e negozi. A seguito di una pronuncia di queste Sezioni Unite (Cass., Sez. U., 5 agosto 1992, n. 9282), la giurisprudenza qualifica l'intestazione di beni a nome altrui come una donazione indiretta del bene: una liberalità nascente da un complesso procedimento, rivolto a fare acquistare al beneficiario la proprietà di un bene, nel quale la dazione del denaro, anche quando fatta dal beneficiante al beneficiario, assume un valore semplicemente strumentale rispetto al conseguimento di quel risultato (Cass., Sez. 3[^], 14 maggio 1997, n. 4231; Cass., Sez. 2[^], 29 maggio 1998, n. 5310; Cass., Sez. 2[^], 24 febbraio 2004, n. 3642; Cass., Sez. 6[^]-2, 2 settembre 2014, n. 18541; Cass., Sez. 2[^], 4 settembre 2015, n. 17604; Cass., Sez. 2[^], 30 maggio 2017, n. 13619).

3.3. - Donazione indiretta può aversi anche quando le parti di un contratto oneroso fissino un corrispettivo molto inferiore al valore reale del bene trasferito ovvero un prezzo eccessivamente alto, a beneficio, rispettivamente, dell'acquirente o dell'alienante (Cass., Sez. 2[^], 7 giugno 2006, n. 13337; Cass., Sez. 2[^], 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass., Sez. 2[^], 3 gennaio 2009, n. 23297; Cass., Sez. 2[^], 23 maggio 2016, n. 10614). In tal caso, infatti, il contratto di compravendita è stipulato dalle parti soltanto per conseguire - appunto, in via indiretta, attraverso il voluto sbilanciamento tra le prestazioni corrispettive - la finalità, diversa ed ulteriore rispetto a quella di scambio, consistente nell'arricchimento, per mero spirito di liberalità, del contraente che beneficia dell'attribuzione di maggior valore.

3.4. - Anche la rinuncia abdicativa può atteggiarsi a liberalità (Cass., Sez. 2[^], 3 marzo 1967, n. 507; Cass., Sez. 2[^], 29 maggio 1974, n. 1545; Cass., Sez. 2[^], 10 gennaio 2013, n. 482; Cass., Sez. 2[^], 25 febbraio 2015, n. 3819).

4. - Passando alle ipotesi che sono state ricondotte, attraverso un'opera di perimetrazione, nell'ambito del contratto di donazione, la giurisprudenza (Cass., Sez. 1[^], 23 febbraio 1973, n. 527) ha considerato donazione diretta il trasferimento del libretto di deposito a risparmio al portatore, effettuato dal depositante al terzo possessore al fine di compiere una liberalità; e ciò sul rilievo che, quando trasferisce detto libretto, il depositante non utilizza la causa tipica del rapporto con la banca per conseguire un diverso risultato economico, ma pone in essere con un diverso soggetto un altro negozio, quello di trasferimento, realizzabile per una delle tante cause possibili, le quali non sono conseguite come effetto indiretto della trasmissione, ma ne costituiscono direttamente lo scopo.

4.1. - Analogamente, le liberalità attuate a mezzo di titoli di credito non sono donazioni indirette, ma donazioni dirette. Il fatto che l'obbligazione del donante sia incorporata in un titolo formale e astratto non muta la natura dell'obbligazione stessa, trasformando così la donazione diretta in indiretta. L'astrattezza del titolo nei rapporti tra le parti ha, infatti, funzione processuale, non anche sostanziale, restando il titolo formale pur sempre collegato al negozio sottostante.

Si è infatti affermato (Cass., Sez. 2[^], 30 marzo 1950, n. 870) che, poichè si rientra nell'ambito dell'art. 809 cod. civ. quando per raggiungere l'intento di liberalità le parti, anzichè utilizzare lo schema negoziale, all'uopo apprestato dalla legge, ne abbiano adottato un altro, caratterizzato

da causa diversa, la donazione indiretta non è configurabile allorchè la donazione sia rivestita sotto la forma cambiaria: in tale ipotesi, restando, nei rapporti tra gli originari negozianti, l'efficacia del titolo formale condizionata alla esistenza ed alla validità del rapporto sottostante, la donazione è impugnabile per la mancanza del requisito della forma dell'atto pubblico.

E più di recente (Cass., Sez. 2^a, 30 maggio 1990, n. 7647; Cass., Sez. 1^a, 6 marzo 1997, n. 1983) - nel ribadire che qualora un assegno bancario venga emesso a titolo di donazione, l'opponibilità, nel rapporto diretto con il prenditore, di tale contratto sottostante implica anche la possibilità di dedurre la nullità della donazione medesima, per carenza della prescritta forma - si è sottolineato che l'esclusione dell'onere di forma deve intendersi riferita alle sole fattispecie negoziali causali, tali cioè che abbiano in sè la causa giustificativa del relativo effetto, ma non anche ai negozi astratti come quelli di emissione o di girata di titoli di credito o di assegni, i quali trovano necessario fondamento in un rapporto sottostante, e quindi in un negozio del quale ricorrano i requisiti di sostanza e di forma, con conseguente opponibilità del difetto nei rapporti diretti tra emittente e prenditore e tra girante e rispettivo giratario.

4.2. - E' stata ricondotta alla donazione diretta (da Cass., Sez. 2^a, 6 novembre 2008, n. 26746) l'elargizione come tale di somme di danaro di importo non modico mediante assegni circolari, in fattispecie nella quale il beneficiante aveva chiesto alla banca presso la quale intratteneva un rapporto di conto corrente, su cui era autorizzata ad operare anche la beneficiata, la formazione di un certo numero di assegni circolari intestati a quest'ultima disponendo che il relativo importo fosse addebitato a quel conto (assegni poi utilizzati dalla donataria, con autonoma determinazione, per il pagamento del prezzo relativo all'acquisto di un fondo).

4.3. - La giurisprudenza (Cass., Sez. 2^a, 30 marzo 2006, n. 7507) ha inoltre ravvisato una donazione diretta nell'accollo interno con cui l'accollante, allo scopo di arricchire un familiare con proprio impoverimento, si sia impegnato nei confronti di quest'ultimo a pagare all'istituto di credito le rate del mutuo bancario dal medesimo contratto, rilevandosi che la liberalità non è un effetto indiretto ma la causa dell'accollo.

5. - In questa sede non occorre approfondire il profilo teorico dell'inquadramento delle liberalità risultanti da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c.. E' un aspetto, questo, sul quale, alla ricerca del dato unificante delle liberalità non donative, si è soffermata a lungo la dottrina, delineando un panorama articolato: alcuni autori costruendo gli atti di liberalità diversi dalla donazione come un negozio indiretto ed altri muovendo nella direzione di un allontanamento da questa figura; ora cogliendosi l'elemento unificatore e qualificatore nel risultato o effetto dell'atto, riconducibile all'arricchimento del beneficiario, definito nel suo aspetto giuridico o in quello economico; ora mettendosi in luce l'incidenza causale della liberalità nel senso dell'arricchimento dello schema causale minimo eventualmente predisposto dal legislatore (arricchimento inteso non come giustapposizione di un "pezzo", ma come possibilità di emersione di un nuovo profilo di una causa comunque unitaria).

Interessa, piuttosto, considerare gli aspetti di distinzione delle liberalità non donative rispetto al contratto di donazione.

Sotto questo profilo, proprio muovendo dalla lettura dei dati offerti dall'esperienza giurisprudenziale, la dottrina ha evidenziato che la donazione indiretta non si identifica totalmente con la donazione, cioè con il contratto rivolto a realizzare la specifica funzione dell'arricchimento diretto di un soggetto a carico di un altro soggetto, il donante, che nulla ottiene in cambio, in quanto agisce per spirito di liberalità. Si tratta - è stato sottolineato - di

liberalità che si realizzano: (a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui).

Va inoltre tenuto conto del significato che la dottrina ha ricondotto alla tipizzazione del contratto di donazione. La configurazione della donazione come un contratto tipico a forma vincolata e sottoposto a regole inderogabili obbliga infatti a fare ricorso a questo contratto per realizzare il passaggio immediato per spirito di liberalità di ingenti valori patrimoniali da un soggetto ad un altro, non essendo ragionevolmente ipotizzabile che il legislatore consenta il compimento in forme differenti di uno stesso atto, imponendo, però, l'onere della forma solenne soltanto quando le parti abbiano optato per il contratto di donazione.

6. - L'inquadramento nella donazione indiretta del trasferimento per spirito di liberalità, a mezzo banca, di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli in amministrazione del beneficiante a quello del beneficiario, muove dalla considerazione che l'accredito nel conto del beneficiario si presenta come il frutto di un'operazione, sostanzialmente trilaterale, eseguita da un soggetto diverso dall'autore della liberalità sulla base di un rapporto di mandato sussistente tra beneficiante e banca, obbligata in forza di siffatto rapporto a dar corso al bancogiro e ad effettuare la prestazione in favore del beneficiario. Non vi sarebbe nessun atto diretto di liberalità tra soggetto disponente e beneficiario, ma si sarebbe di fronte ad un'attribuzione liberale a favore del beneficiario attraverso un mezzo, il bancogiro, diverso dal contratto di donazione.

E' una soluzione che le Sezioni Unite non condividono, perchè l'operazione bancaria in adempimento dello *iussum* svolge in realtà una funzione esecutiva di un atto negoziale ad esso esterno, intercorrente tra il beneficiante e il beneficiario, il quale soltanto è in grado di giustificare gli effetti del trasferimento di valori da un patrimonio all'altro. Si è di fronte, cioè, non ad una donazione attuata indirettamente in ragione della realizzazione indiretta della *causa donandi*, ma ad una donazione tipica ad esecuzione indiretta.

Come infatti si è sottolineato in dottrina, da una parte gli strumenti finanziari che vengono trasferiti al beneficiario attraverso il virement provengono dalla sfera patrimoniale del beneficiante; dall'altra il trasferimento si realizza, non attraverso un'operazione triangolare di intermediazione giuridica, ma, più semplicemente, mediante un'attività di intermediazione gestoria dell'ente creditizio, rappresentando il bancogiro una mera modalità di trasferimento di valori del patrimonio di un soggetto in favore del patrimonio di altro soggetto.

Milita in questa direzione anche l'osservazione secondo cui nel bancogiro, pur inquadrato nello schema della delegazione che si innesta nel rapporto di mandato sotteso a quello di conto corrente (Cass., Sez. 1^a, 3 gennaio 2017, n. 25), la banca non può rifiutarsi di eseguire l'ordine impartito, in considerazione del rapporto contrattuale che la vincola al delegante, sempre che esista la disponibilità di conto; e ciò a differenza di quanto avviene nella delegazione, dove l'art. 1269 c.c., comma 2, consente al delegato, ancorchè debitore del delegante, di non accettare l'incarico.

Pertanto, il trasferimento scaturente dall'operazione di bancogiro è destinato a rinvenire la propria giustificazione causale nel rapporto intercorrente tra l'ordinante-disponente e il beneficiario, dal quale dovrà desumersi se l'accredito (atto neutro) è sorretto da una fusta

causa: di talchè, ove questa si atteggi come *causa donandi*, occorre, ad evitare la ripetibilità dell'attribuzione patrimoniale da parte del donante, l'atto pubblico di donazione tra il beneficiante e il beneficiario, a meno che si tratti di donazione di modico valore.

6.1. - In particolare, il passaggio di valori patrimoniali a titolo di liberalità dal beneficiante al beneficiario eseguito a mezzo banca non ricade nell'ambito del contratto a favore di terzo, schema attraverso il quale - come si è visto - lo stipulante può realizzare un'attribuzione patrimoniale indiretta a favore del terzo avente i connotati della spontaneità e del disinteresse. Nel contratto a favore di terzo, infatti, il patrimonio del promittente è direttamente coinvolto nel processo attributivo e non si configura - è stato affermato - come mera "zona di transito" tra lo stipulante e il terzo: l'oggetto dell'attribuzione *donandi causa* in favore del terzo si identifica con la prestazione del promittente e non con quanto prestato dallo stipulante al promittente medesimo.

A ciò deve aggiungersi che, mentre nel contratto a favore di terzo nasce immediatamente un diritto azionabile del terzo verso il promittente, il terzo beneficiario che sia destinatario di un ordine di giro non acquista alcun diritto nei confronti della banca proveniente dal contratto che intercorre tra la banca medesima e l'ordinante. Difatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte (Cass., Sez. 3[^], 1 dicembre 2004, n. 22596; Cass., Sez. 1[^], 19 settembre 2008, n. 23864; Cass., Sez. 1[^], 3 gennaio 2017, n. 25, cit.), l'ordine di bonifico ha natura di negozio giuridico unilaterale, la cui efficacia vincolante scaturisce da una precedente dichiarazione di volontà con la quale la banca si è obbligata ad eseguire i futuri incarichi ad essa conferiti dal cliente, ed il cui perfezionamento è circoscritto alla banca e all'ordinante, con conseguente estraneità del beneficiario, nei cui confronti, pertanto, l'incarico del correntista di effettuare il pagamento assume natura di delegazione di pagamento. Anche il delegato al pagamento può essere obbligato, ma solo se il medesimo si obbliga personalmente verso il creditore delegatario e questi accetti l'obbligazione del delegato, ai sensi dell'art. 1269 c.c., comma 1.

6.2. - Nè la fattispecie che qui viene in considerazione è assimilabile alla cointestazione del deposito bancario, suscettibile di integrare gli estremi di una donazione indiretta in favore del cointestataro con la messa a disposizione, senza obblighi di restituzione o di rendiconto, di somme di denaro in modo non corrispondente ai versamenti effettuati. Solo nella cointestazione, infatti, si realizza una deviazione in favore del terzo degli effetti attributivi del contratto bancario; laddove nel caso che ci occupa il contratto di deposito titoli in amministrazione conserva integra la causa sua propria, senza alcuna implementazione liberale, collocandosi l'ordine di bonifico dato alla banca dal beneficiante nella fase di esecuzione del contratto bancario di riferimento.

7. - In conclusione, deve essere enunciato il seguente principio di diritto: "Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell'attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell'atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l'ipotesi della donazione di modico valore".

8. - I motivi in cui si compendia il ricorso - che possono essere scrutinati congiuntamente, stante la loro stretta connessione - si appalesano, a questo punto, fondati.

Ha infatti errato la Corte d'appello a considerare l'ordine di bonifico del disponente atto idoneo a veicolare lo spirito di liberalità e a qualificarlo, sulla base di una ritenuta equiparazione all'operazione di cointestazione del deposito in conto corrente, come una donazione indiretta, per la quale soltanto non si richiede la forma solenne prevista per la donazione tipica, pur quando il risultato di liberalità sia di ammontare elevato.

9. - La sentenza impugnata è cassata.

La causa deve essere rinviata ad altra sezione della Corte d'appello di Trieste.

Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte d'appello di Trieste.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 18 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 27 luglio 2017.

V. CONTRATTI

ANNULLABILITA' ASSOLUTA E CONVALIDA DEL CONTRATTO

(Relatore: Federico Azzari)

Cass. 20 giugno 2017, n. 15268

Il negozio affetto da annullabilità assoluta non è convalidabile giacché, da un lato, la convalida dovrebbe provenire da tutti i soggetti legittimati a far valere l'annullabilità e, dall'altro, la sanzione è finalizzata alla tutela di interessi di natura diversa e trascendenti da quelli meramente individuali dei contraenti.

FATTO

Con citazione del 24 settembre 1992, Be.Fr. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Pisa B.F. affinché fosse dichiarata la simulazione del contratto di compravendita immobiliare del 15 marzo 1973 intercorso tra il convenuto, quale acquirente, e b.e. come venditore, avente ad oggetto il Podere (OMISSIS), per essere in realtà l'attore acquirente, unitamente al B., della quota del 50% del bene, formalmente intestato per l'intero al convenuto. Per l'effetto chiedeva altresì disporsi lo scioglimento della comunione conformemente a quanto già disposto con scrittura privata sottoscritta dalle parti.

In via subordinata chiedeva, previo accertamento dell'obbligo del B. di trasferire in suo favore la quota del 50% del podere, pronunziarsi sentenza *ex art. 2932 c.c.*, accertando altresì che parte attrice aveva assolto tutte le obbligazioni connesse alla proprietà acquisita, sia in ordine al pagamento del prezzo che in merito alle spese necessarie, per la ristrutturazione, gestione e manutenzione del fondo.

Al fine di comprovare i fatti di causa produceva altresì dichiarazione a firma del B. con la quale questi riconosceva il regime di comproprietà sul bene e l'avvenuta corresponsione da parte del Be. del 50% delle somme necessarie all'acquisto ed alla ristrutturazione dei beni, con il conseguente obbligo a formalizzare il regime di comproprietà con atto pubblico ed a semplice richiesta dell'attore.

Si costituiva il B. che eccepeva la nullità dell'atto di cessione di quota per la violazione della previsione di cui alla L. n. 379 del 1967, art. 4, in quanto la partecipazione all'acquisto dell'attore non era stata autorizzata dall'Ente per la colonizzazione della Maremma Tosco-Laziale, ed essendo il Be. privo della necessaria qualifica di coltivatore diretto. In via riconvenzionale chiedeva quindi che l'attore fosse condannato al rilascio della porzione del podere dal medesimo occupata, dichiarandosi disposto a restituire le somme ricevute per l'acquisto e per la ristrutturazione.

Il Tribunale con sentenza non definitiva del 24 ottobre 1995 rigettava la domanda volta al riconoscimento della comproprietà del bene ovvero del diritto al trasferimento della quota del 50%, dichiarando altresì la nullità dell'atto di divisione del 23 ottobre 1978, ordinando all'attore il rilascio della porzione del fondo occupata, disponendo per la prosecuzione del giudizio, al fine di determinare le somme dovute a titolo restitutorio in favore dell'attore.

Rilevava che la vicenda dedotta in giudizio costituiva un'ipotesi di interposizione reale di persona, ma che la stessa era invalida in quanto il patto fiduciario era privo di forma scritta.

Inoltre alcun rilievo poteva attribuirsi alla dichiarazione ricognitiva sottoscritta dal solo B., in quanto inidonea a produrre l'effetto traslativo della proprietà del bene, presupponendo in ogni caso l'esistenza di un atto munito di forma scritta in grado di assicurare validamente il trasferimento della proprietà.

Per l'effetto reputava assorbita la domanda di annullamento della L. n. 379 del 1967, *ex art. 6*. In merito alla domanda subordinata volta ad ottenere il trasferimento della proprietà, ad avviso del Tribunale la scrittura prodotta in atti non consentiva di evincere l'esistenza di un'obbligazione siffatta, avendo in realtà carattere ricognitivo di un obbligo scaturente da altro atto non prodotto, ma che in ogni caso l'eventuale impegno sarebbe incorso nell'invalidità di cui all'art. 4, della menzionata legge, posto che il trasferimento non poteva ritenersi subordinato alla cessazione del vincolo di inalienabilità previsto dalla legge, evidenziandosi in tal modo la finalità elusiva dell'accordo.

Tale conclusione aveva poi conforto nel fatto che le parti, ancora in costanza del vincolo, avevano provveduto a dividere fra loro il fondo con atto in palese violazione della previsione di cui alla L. n. 1078 del 1940, art. 3, il che comportava la nullità anche della divisione.

Circa l'eccezione di prescrizione dell'azione di annullamento, riteneva che in ogni caso la stessa era idonea a paralizzare la domanda *ex art. 2932 c.c.*, occorrendo fare richiamo alla diversa regola dell'imprescrittibilità dell'eccezione di annullamento del contratto.

Il processo veniva quindi interrotto per il decesso del B. e riassunto nei confronti di V.M., vedova del convenuto, di B.M., figlio del convenuto, e dei nipoti *ex filia* premorta Ma., N.M. e D..

Si costituivano anche B.S. e C., figli di B.M. che eccepivano di essere semplici legatari, mentre V.M., oltre a contestare la ritualità della riassunzione e la conseguente estinzione del giudizio, nel merito eccepiva di essere una semplice legataria del marito.

Si costituivano anche B.M. ed i germani N., i quali nell'associarsi alle difese della V., deducevano di avere rinunciato all'eredità del convenuto con atto del 3 aprile 1997.

Disattesa l'eccezione di estinzione del giudizio e di nullità dell'atto di riassunzione, espletata l'istruttoria, il processo era nuovamente interrotto per la morte di V.M..

La causa era riassunta nei confronti del figlio B.M. e di N.M. e Donatella, in rappresentazione della figlia premorta Ba.Ma., i quali contestavano il loro difetto di legittimazione passiva e l'estinzione del giudizio.

Di analogo tenore erano anche le difese di B.S. e C..

Il Tribunale di Pisa con la sentenza definitiva del 12 novembre 2005, disattese le eccezioni di carattere processuale in merito alla ritualità della riassunzione del giudizio a seguito dei due eventi interruttivi, accoglieva la domanda di ripetizione dell'attore, condannando B.S., B.C., B.M., N.M. e N.D. al pagamento della somma di Lire 85.000.000, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal 1974 al saldo.

Avverso la sentenza definitiva proponevano appello B.S. e C., e nel costituirsi in giudizio proponevano appello incidentale B.M., N.M. e N.D..

Attesa la mancata costituzione del Be., veniva disposta la rinotifica dell'atto di appello, ed all'esito della rinnovazione si costituiva l'appellato che segnalava di avere separatamente proposto appello avverso la sentenza non definitiva e quella definitiva, instando per la riunione dei due giudizi.

Quindi disposta la riunione, la Corte d'Appello di Firenze con la sentenza n. 990 del 18 luglio 2011 confermava la sentenza non definitiva, ed in parziale accoglimento dell'appello dei B., determinava a far data dal 12 gennaio 1997 la decorrenza degli interessi legali e della rivalutazione monetaria sulla somma di Euro 43.898,83 dovuta da parte degli appellanti B. e N., compensando integralmente le spese di lite.

La sentenza, dopo avere rilevato l'ammissibilità e tempestività dell'appello proposto autonomamente dal Be., disattendeva l'eccezione di estinzione del giudizio per l'intempestiva riassunzione, rilevando che la causa era stata effettivamente riassunta nei confronti di tutti i soggetti interessati, non rilevando la diversa qualificazione giuridica dagli stessi dedotta (di eredi ovvero di legatari).

Inoltre la riassunzione, occorrendo avere riguardo alla data del deposito del relativo ricorso, era avvenuta tempestivamente rispetto alla data di comunicazione dell'evento interruttivo.

A fronte dell'eccezione del Be. di difetto di integrità del contraddittorio, per non essere stato evocato in giudizio il b., venditore del fondo, rilevava che la corretta qualificazione giuridica della domanda proposta, escludeva che si trattasse di un'ipotesi di interposizione fittizia di persona, sicché non era necessaria la partecipazione del terzo alienante.

In merito all'eccezione di nullità della sentenza, per avere il Tribunale d'ufficio rilevato la inidoneità della scrittura ricognitiva del B.F. a produrre l'effetto traslativo, non assicurando il contraddittorio sulla medesima questione, osservava la Corte d'Appello che il tema della qualificazione giuridica della scrittura era stato sempre al centro dell'attenzione difensiva, ben potendo quindi il giudice di primo grado provvedere alla corretta ed autonoma qualificazione della fattispecie.

In ogni caso la parte non aveva indicato quali erano le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora fosse stato attivato il contraddittorio tra le parti.

Passando ad esaminare la fondatezza della domanda di accertamento della proprietà ovvero di trasferimento della stessa, reiterate dal Be. con l'appello proposto, secondo la sentenza gravata doveva attribuirsi priorità alla questione relativa alla radicale nullità degli accordi intercorsi tra il Be. ed il B. in quanto idonei ad eludere le previsioni di cui alla L. n. 379 del 1967.

Trattasi, secondo i giudici di appello, di accordi in frode alla legge e quindi del tutto invalidi, senza che tale invalidità possa essere rimossa dal fatto che allo spirare del termine di trenta anni, sia venuto meno il vincolo di inalienabilità.

Andava quindi confermato il rigetto della domanda attorea di accertamento della proprietà e di divisione del fondo.

Passando alla disamina della domanda restitutoria, rilevava che B.S. e C. non contestavano la qualità di eredi di B.F., laddove invece B.M. ed i figli della figlia premorta del convenuto, Ba.Ma., e precisamente N.M. e Donatella, avevano documentato di avere rinunciato all'eredità del convenuto.

Tuttavia tra gli eredi del B.F. andava annoverata anche la moglie V.M., la quale era rimasta in possesso dei beni del marito senza provvedere alla redazione dell'inventario, divenendone quindi erede, unitamente ai nipoti B.S. e C..

Alla V. erano poi succeduti il figlio B.M. ed i nipoti N.M. e D., subentrando gli stessi quindi anche nell'obbligazione restitutoria gravante sulla V., con l'effetto che ognuna delle controparti del Be. era tenuta a far fronte all'obbligazione vantata dall'attore, per la rispettiva quota ereditaria.

Nel merito riteneva sussistere il diritto dell'attore alla restituzione delle somme a suo tempo versate per l'acquisto e per la ristrutturazione del bene, così come comprovate dall'istruttoria svolta.

In punto però di interessi e rivalutazione, pur riconoscendo la mala fede del B., in quanto partecipe del contratto volto ad eludere le previsioni di cui alla L. n. 379 del 1967, osservava che però risultava applicabile la diversa disposizione di cui all'art. 1282 c.c., comma 3, che in caso di credito da rimborso di spese fatte per cose da restituire, prevede che non decorrono gli interessi per il periodo di tempo in cui chi ha fatto le spese abbia goduto della cosa senza corrispettivo e senza essere tenuto a rendere conto del godimento, sicché gli interessi e la rivalutazione andavano accordati a partire dalla data intermedia tra quelle in cui era avvenuto il rilascio dei terreni e dell'immobile, e precisamente a far data dall'11 marzo 1997.

Quanto alla rivalutazione monetaria, premesso che trattasi di obbligazione di valuta, la stessa andava riconosciuta ai sensi dell'art. 1224 c.c., comma 2, ma con la precisazione che gli interessi al tasso legale andavano calcolati sull'importo originario del capitale, che doveva essere poi indipendentemente sottoposto a rivalutazione monetaria.

Infine atteso l'esito complessivo del giudizio, che aveva visto la reciproca soccombenza delle parti, disponeva la compensazione integrale delle spese di entrambi i gradi.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso Be.Fr. sulla base di sedici motivi.

B.S., B.C., B.M. e N.D. hanno resistito con controricorso, proponendo a loro volta ricorso incidentale affidato a sette motivi.

Il ricorrente ha presentato controricorso al ricorso incidentale. N.M. non ha svolto difese in questa fase.

La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 22 novembre 2016, in vista della quale i controricorrenti avevano depositato memorie *ex art.* 378 c.p.c. e la Corte ha ordinato la notifica del ricorso incidentale nei confronti dell'intimato N.M., provvedendosi in tal senso da parte dei controricorrenti.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso principale si denunzia la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 183, 359, 101, 112 e 115 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

Deduce il ricorrente che con il primo motivo di appello aveva contestato la circostanza che il Tribunale d'ufficio avesse rilevato che la dichiarazione sottoscritta dal B.F., contenente il riconoscimento della comproprietà del fondo in capo all'attore, era inidonea a determinare l'effetto traslativo della proprietà, in quanto non poteva sostituire il documento originale, la cui

mancanza preclude il verificarsi del trasferimento, per la cui produzione è necessario un atto avente forma scritta *ad substantiam*.

Si sostiene che laddove il Tribunale avesse sottoposto all'attenzione delle parti la questione in esame, l'attore avrebbe potuto svolgere le sue opportune difese, modificando le domande ovvero le eccezioni e formulando le opportune richieste istruttorie.

Inoltre la controparte aveva eccepito la nullità delle dichiarazioni negoziali per motivi del tutto diversi da quelli riscontrati poi dal Tribunale.

1.1 Il motivo, premesso l'erroneo richiamo in rubrica dell'art. 360 c.p.c., n. 3, posto che la violazione di legge lamentata attiene ad un *error in procedendo*, è infondato.

1.2 In primo luogo, la censura non coglie la *ratio decidendi* della sentenza d'appello, la quale ha ritenuto del tutto superfluo indagare circa la portata effettuale della dichiarazione de qua, e la sua idoneità a giustificare il preteso trasferimento della proprietà in favore dell'attore, pervenendo invece ad affermare la nullità (*rectius*, come si dirà oltre, l'annullabilità degli accordi intercorsi tra le parti), ritenendo tale invalidità assorbente rispetto al diverso profilo, invece indagato dal Tribunale, in ordine alla valenza ricognitiva o traslativa della dichiarazione unilaterale del B..

In ogni caso, pur apparendo condivisibili le motivazioni della Corte distrettuale nella parte in cui escludono il profilo della novità della circostanza posta dal Tribunale a fondamento della sua pronuncia di rigetto, ritenendo che la verifica in merito all'idoneità del meccanismo negoziale individuato dal Be. a giustificare il trasferimento della proprietà del bene era necessariamente implicata dalle contestazioni del convenuto circa la validità della scrittura stessa, la censura mossa non tiene conto di quanto sul punto precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte che, in relazione al quadro processuale anteriore alla modifica di cui all'art. 101 c.p.c., che ha procedimentalizzato il rilievo officioso di una questione che il giudice intenda porre a fondamento della propria decisione, hanno affermato che, laddove la denunciata violazione del contraddittorio sia stata operata dal giudice di primo grado, è necessario che la stessa costituisca oggetto di uno specifico motivo di appello, al fine di rimuovere alcune preclusioni (specie in materia di contro - eccezione o di prove non indispensabili, che l'omesso rilievo abbia impedito di proporre (così Cass. S.U. n. 20935/2009; conf. Cass. n. 8936/2013; Cass. n. 2984/2016).

La doglianza di parte ricorrente, come peraltro sottolineato anche dalla sentenza impugnata (cfr. pag. 28), non appare confarsi a quanto prescritto dalla giurisprudenza di questa Corte, atteso che risulta del tutto carente la specifica indicazione di quali particolari attività processuali siano state precluse per effetto della denunciata violazione, rendendo quindi la stessa inidonea a giustificare la pretesa nullità della sentenza.

2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione della L. n. 379 del 1967, art. 4, nonché dell'art. 1444 c.c., comma 2, in quanto la Corte d'Appello ha ravvisato la nullità di ogni accordo intercorso tra le parti, in quanto posto in essere al fine di eludere l'applicazione delle suddette previsioni.

Tuttavia, deve reputarsi che il contratto concluso in violazione del cennato art. 4, sia affetto da annullabilità, con la conseguenza che la successiva sottoscrizione dell'atto di divisione del 23 ottobre 1978 implica una convalida del negozio, in conseguenza della sua volontaria esecuzione.

Anche tale motivo deve essere disatteso.

2.1 In primo luogo deve evidenziarsi, trattandosi di punto che si pone con carattere preliminare rispetto anche ai successivi motivi di ricorso, che appare effettivamente erroneo il richiamo compiuto dal giudice di merito alla fattispecie della nullità per giustificare l'improduttività di effetti degli accordi intercorsi tra il Be. ed il B., per effetto della violazione di cui alla L. n. 379 del 1967, art. 4, essendo pacifico nella giurisprudenza di questa Corte, come si avrà modo di illustrare in occasione della disamina del quarto motivo di ricorso, che il legislatore ha inteso sanzionare l'atto in contrasto con il divieto di cessione non autorizzata ed a soggetto privo della qualifica di coltivatore diretto, con la previsione dell'annullamento del contratto, così come chiaramente disposto dall'art. 6 della medesima legge.

Trattasi però di errore che impone unicamente la correzione della motivazione della sentenza impugnata, ma che non risulta in alcun modo idoneo ad inficiare la sostanziale correttezza della soluzione raggiunta dal giudice di appello.

Infatti, e ribadito che nella fattispecie l'annullabilità dell'accordo era stata puntualmente eccepita dal convenuto (il che rileva ai fini della fondatezza della contro-eccezione di prescrizione), non appare possibile invocare la convalida quale conseguenza dell'atto di divisione successivamente intervenuto tra le parti in relazione al medesimo fondo.

Osta a tale possibilità, in primo luogo la circostanza che anche l'atto dal quale si vorrebbe ricavare l'effetto convalidante, e cioè la divisione, è stato correttamente dichiarato nullo già dal Tribunale, in quanto in evidente contrasto con la previsione di cui alla L. n. 1078 del 1940, art. 3, che prevede la nullità degli atti che abbiano ad oggetto il frazionamento dell'unità poderale, quale quella oggetto di causa, il che induce ad elidere anche il preteso effetto del negozio ai sensi dell'art. 1444 c.c..

2.2 In secondo luogo, come si ricava chiaramente dalla previsione di cui alla L. n. 379 del 1967, art. 6, la fattispecie di invalidità prevista dal legislatore è riconducibile ad un'ipotesi di annullabilità assoluta, essendone rimessa l'iniziativa finalizzata alla sua declaratoria (ovvero alla deduzione dell'eccezione volta a paralizzare la domanda finalizzata all'esecuzione del contratto annullabile) oltre che all'Ente che ha proceduto all'assegnazione, a chiunque vi abbia interesse, e ciò in considerazione anche dell'interesse a tutela del quale la sanzione è prevista, che trascende gli interessi meramente individuali dei contraenti.

Ne consegue che, laddove si verta in un'ipotesi di annullabilità assoluta, così come evidenziato dalla più accorta dottrina, la convalida risulta impedita, non solo e non tanto per la necessità che la convalida sia attuata da tutti i soggetti investiti della legittimazione a far valere l'annullabilità, ma altresì in ragione della finalità della sanzione che è posta a tutela di interessi di natura diversa da quelli dei soli contraenti, essendo quindi preclusa la possibilità di valutare la conformità dell'assetto programmato al proprio interesse reale, in funzione del quale è appunto conferito il potere di convalida.

3. Con il terzo motivo si denuncia la violazione dell'art. 2907 c.c., in quanto il Tribunale di Pisa aveva stabilito che la violazione della L. n. 379 del 1967, art. 4, era motivo di annullabilità e non di nullità, senza che la decisione fosse stata sul punto gravata.

Con il quarto motivo si denuncia l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia, nonché la violazione e falsa applicazione della L. n. 379 del 1967, art. 4.

Si evidenzia che la Corte d'appello ha erroneamente ravvisato un'ipotesi di nullità, anziché di semplice annullabilità negli accordi intercorsi tra le parti, trascurando che la norma de qua prevede una fattispecie di annullabilità.

Con il quinto motivo si denuncia la sussistenza del vizio motivazionale nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione alla L. n. 379 del 1967, art. 4, nonché degli artt. 1476, 1477 e 1498 c.c..

Infatti il Be. con un motivo di appello aveva dedotto l'erroneità della decisione del Tribunale che aveva rilevato d'ufficio l'invalidità delle intese intercorse tra le parti.

Peraltro, il convenuto si era limitato ad eccepire la sola annullabilità del contratto, ma non la nullità, sicché la pronuncia adottata dal Tribunale violava la previsione di cui all'art. 112 c.p.c.. Inoltre la deduzione del B. era avvenuta a distanza di oltre dieci anni dall'accordo, ed allorquando, con la propria condotta, aveva manifestato la volontà di rinunciare a far valere l'invalidità dell'intesa.

3.1 I motivi che per la loro connessione devono essere esaminati congiuntamente sono infondati.

Effettivamente, come già sopra evidenziato, erronea appare la qualificazione della previsione di cui alla L. n. 379 del 1967, art. 6, come idonea a dar vita ad una fattispecie di nullità negoziale, essendo del tutto pacifico nella giurisprudenza della Corte, come peraltro confermato dal tenore letterale della norma, che in tal caso il legislatore abbia configurato un'ipotesi di annullabilità, ancorché assoluta, del contratto idoneo a violare le previsioni di cui agli artt. 4 ed 8 della stessa legge, e quindi, per quanto rileva in questa sede, del contratto con il quale le parti abbiano inteso trasferire, ovvero si siano impegnate a trasferire (prima della scadenza del vincolo trentennale) la proprietà di un terreno oggetto di assegnazione fondiaria, senza l'autorizzazione dell'ente che ha proceduto all'assegnazione ed a favore di soggetto privo della qualifica di coltivatore diretto, come il Be. (cfr. Cass. n. 10577/2012; Cass. n. 14564/2004, secondo cui se il fondo è alienato a soggetto, condizioni e prezzo diversi da quelli indicati nell'art. 4, di quest'ultima legge, il contratto è annullabile, ai sensi dell'art. 6 della medesima, e l'azione, esperibile da chiunque vi ha interesse, si prescrive in cinque anni dalla sua stipulazione).

Tuttavia essendo pacifico, come riconosciuto dallo stesso ricorrente che il convenuto aveva eccepito l'invalidità del contratto ai sensi della norma de qua, e che le conseguenze del suo rilievo, anche se solo sotto il profilo dell'eccezione, sono idonee a privare l'accordo stesso della sua efficacia, impedendo quindi di riconoscere la comproprietà del bene ovvero, nella alternativa ipotesi configurata dall'attore, l'esistenza di un obbligo del convenuto a trasferire in suo favore la quota del 50%, avere affermato che si tratti di nullità costituisce un mero errore qualificatorio, emendabile con la correzione della motivazione della sentenza, senza che ciò abbia ripercussioni sulla correttezza della soluzione raggiunta.

Ne viene, una volta ricondotta la qualificazione della patologia di cui è affetto l'accordo tra le parti, alla previsione di annullabilità del contratto, che risultano immediatamente privi di fondatezza sia il terzo motivo (posto che si conferma la conclusione circa l'annullabilità del negozio, come sostenuto dal giudice di primo grado), sia il quarto motivo.

In merito poi al quinto motivo, premesso che come si rileva dalla formulazione delle conclusioni di parte convenuta quali riportate nella sentenza non definitiva del Tribunale del 3 febbraio 1996, nell'invocare la violazione della L. n. 379 del 1967, art. 4, si chiedeva dichiararsi

la nullità ovvero l'annullamento della cessione in favore del Be., il che denota che era stata avanzata anche richiesta di annullamento, deve escludersi che sussista violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Ed, infatti, oltre a doversi richiamare il principio per il quale, a fronte della deduzione dei fatti ad opera della parte, compete al giudice stabilire quali siano le conseguenze in iure derivanti dagli stessi, sicchè, anche a fronte dell'affermazione della sussistenza di una causa di nullità, ben avrebbe potuto il giudice di ufficio pervenire alla declaratoria di annullamento, deve ricordarsi che secondo la giurisprudenza di questa Corte, non può essere individuata una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nel caso in cui il giudice, pur investito di una domanda di nullità, provveda ad accertare l'annullabilità del contratto (in tal senso Cass. n. 15981/2007, citata anche nella sentenza gravata e la conforme Cass. n. 16708/2002, a mente della quale la domanda giudiziale con cui la parte intenda far accertare la nullità di un contratto, al fine di poterne disconoscere gli effetti, si pone, rispetto ad un'ipotetica domanda di annullamento di quel medesimo contratto dipendente da una invalidità meno grave, nei termini di maggiore a minore).

Ne consegue che non eccede i limiti della domanda la sentenza che, in luogo della richiesta declaratoria di radicale nullità di un contratto, ne pronuncia l'annullamento, ove quest'ultimo risulti fondato sui medesimi fatti.

4. Il sesto motivo di ricorso lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia, nonchè la violazione e falsa applicazione dell'articolo unico della L. n. 191 del 1992, nonchè della L. n. 1078 del 1940, richiamata dalla L. n. 379 del 1967, art. 4, nonchè la violazione della L. n. 379 del 1967, artt. 4 e 6.

Assume il ricorrente che l'articolo unico della L. n. 191 del 1992, ha disposto che il divieto di frazionamento delle unità poderali di cui alla L. n. 1078 del 1940, art. 1, abbia durata trentennale dalla sua prima assegnazione. Per l'effetto una volta trascorso il trentennio dalla detta assegnazione, il fondo era divisibile.

Ne discende che alla data della sentenza l'immobile oggetto di causa era divisibile.

Risulta altresì erronea l'affermazione della sentenza nella parte in cui afferma che la promessa di trasferimento sottoscritta dalle parti prima della scadenza del trentennio avrebbe portata elusiva del divieto normativo.

Inoltre andrebbe affermata la validità del *pactum fiduciae* sottoscritto dal B. a seguito dell'acquisto dell'immobile, essendo possibile rimuovere il vincolo di indivisibilità, allorchè il bene sia divisibile in più unità fondiari, ai sensi della L. n. 379 del 1967, art. 10.

Infine, se anche dovesse reputarsi che la L. n. 191 del 1992, non abbia portata retroattiva, il negozio fiduciario è perfettamente valido, in quanto nulla impedisce che in presenza del vincolo di indivisibilità, il bene possa appartenere a più soggetti.

4.1 Anche tale motivo è destituito di fondamento.

In primo luogo parte ricorrente opera un'indebita confusione tra gli effetti della L. n. 191 del 1992, che effettivamente ha posto un limite trentennale alla situazione di indivisibilità dei fondi, con la diversa previsione di cui alla L. n. 379 del 1967, artt. 4 e 6, che viceversa non sono interessati dalla novella. Quest'ultima, infatti, con una disciplina destinata ad operare solo per il futuro, ha previsto che il divieto di frazionamento delle unità poderali di cui alla L. 3 giugno 1940, n. 1078, art. 1, ha durata trentennale dalla prima assegnazione.

Trattasi però di norma che è stata costantemente interpretata nel senso che abbia portata innovativa e non meramente interpretativa delle precedenti disposizioni, poichè modifica il regime giuridico vigente, eliminando il vincolo d'indivisibilità perpetua ed introducendo quello di durata temporanea trentennale dalla prima assegnazione. Ne consegue che gli atti di divisione del potere stipulati prima dell'entrata in vigore della citata legge del 1992 sono affetti da nullità assoluta ed insanabile, perchè contrari a norma imperativa (Cass. n. 212/2006; Cass. n. 9636/2008).

Ne discende che in relazione alla declaratoria di nullità della scrittura divisionale del 23/10/1978, alla quale il ricorrente annette anche l'effetto di convalida, la norma sopravvenuta non ha alcuna rilevanza, confermandosi pertanto la sua contrarietà alla norma imperativa all'epoca vigente.

La novella poi non ha in alcun modo innovato rispetto alla disposizione di cui alla L. n. 379 del 1967, art. 4, restando quindi operante il divieto di procedere ad alienazioni o cessioni di fondi in favore di soggetti privi della qualifica soggettiva, ovvero senza il rispetto delle condizioni previste dalla legge.

Ciò comporta che l'accordo intercorso tra le parti, ed in disparte il problema della mancanza di prova della sua esistenza mediante la produzione di una scrittura avente i requisiti di forma *ad substantiam*, questione a suo tempo rilevata dal giudice di primo grado (non potendosi a tal fine attribuire rilievo alla dichiarazione unilaterale ricognitiva del solo B., cfr. sul punto Cass. n. 10163/2011, secondo cui ove il patto fiduciario abbia ad oggetto beni immobili, dovendo risultare da un atto avente forma scritta "*ad substantiam*", non può essere sostituito da una dichiarazione confessoria proveniente dall'altra parte, non valendo tale dichiarazione nè quale elemento integrante il contratto nè - anche quando contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto - come prova del medesimo; conf. Cass. n. 5565/2001; Cass. n. 9687/2003), resta comunque annullabile, e come tale inidoneo a produrre gli effetti invocati dal ricorrente.

Ne consegue che una volta esclusa la possibilità di ritenere prodottosi l'effetto traslativo in favore del Be., deve escludersi altresì che alla data della sentenza ovvero all'attualità esista una situazione di comunione tra le parti, il che rende del tutto irrilevante la circostanza che nelle more sia decorso il termine trentennale dall'assegnazione, e che quindi oggi sarebbe potenzialmente possibile dividere il bene.

Quanto, invece alla pretesa idoneità della scrittura a firma del B. a generare l'obbligo di trasferimento quale adempimento del *pactum fiduciae* intercorso tra le parti, del tutto condivisibili appaiono le considerazioni sviluppate al giudice di appello che avvalendosi del potere di provvedere alla genuina interpretazione della volontà delle parti, e senza che sul punto il motivo di ricorso risulti idoneo a confutare la correttezza logico argomentativa dell'operazione ermeneutica compiuta dalla sentenza gravata, ha ritenuto che le parti in ogni caso non avevano inteso rimandare al futuro, e precisamente ad un'epoca successiva al venir meno del vincolo, il trasferimento della proprietà in capo al Be., sicchè era evidente la contrarietà dell'intesa alle previsioni di cui alla L. n. 379 del 1967.

Del tutto nuova, e comunque necessitante di accertamenti in fatto, è la questione concernente la pretesa applicazione della L. n. 379 del 1967, art. 10, circa la possibilità di poter procedere alla rimozione del vincolo di indivisibilità in via giudiziale, in quanto, in assenza di qualsivoglia

riferimento alla stessa contenuto in sentenza, la parte avrebbe dovuto quanto meno allegare in quale fase processuale la questione stessa era stata in precedenza dedotta in giudizio.

Tuttavia, al di là dell'inammissibilità discendente dal segnalato profilo di novità, valga rilevare che la rimozione del vincolo de quo presuppone la proposizione di un'autonoma domanda giudiziaria, che non risulta essere stata avanzata, ma ancor di più, che a monte esista una situazione di comunione, per il cui scioglimento si invoca la rimozione del vincolo di indivisibilità, laddove, per quanto sopra esposto, la invalidità degli accordi fiduciari intercorsi tra il Be. ed il B. preclude la stessa insorgenza della comunione fra gli stessi.

La ribadita nullità dell'atto di divisione, e l'impossibilità di attribuire allo stesso efficacia convalidante degli accordi in violazione della L. n. 379 del 1967, art. 6, dà altresì contezza della possibilità per il B. di poter sollevare l'eccezione di annullamento, non potendosi a tal fine invocare la maturazione della prescrizione di siffatta facoltà, stante la regola di imprescrittibilità dell'eccezione di annullamento di cui all'art. 1442 c.c., comma 4.

5. Il settimo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1414, 2932 e 102 c.p.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia.

Infatti, la Corte distrettuale ha ommesso di valutare la fondatezza della domanda, riproposta dal Be. in sede di appello, finalizzata a far dichiarare l'interposizione fittizia del contratto di acquisto del fondo del 15/3/1973, riconoscendo che l'attore era quindi divenuto acquirente per la quota del 50%.

5.1 Il motivo è da rigettare.

La Corte di Appello, ancorchè in relazione alla doglianza concernente la mancata partecipazione al giudizio del venditore del fondo, ha con ampia ed articolata motivazione, spiegato le ragioni per le quali doveva escludersi che nella fattispecie ricorresse un'ipotesi di interposizione fittizia di persona, non essendosi mai dedotto che il venditore fosse partecipe dell'accordo simulatorio, requisito indispensabile affinché possa rilevarsi una fattispecie di simulazione relativa soggettiva.

Con richiamo anche a precedenti di questa Corte, si è quindi sottolineato che l'accordo in merito alla effettiva proprietà del bene avesse un rilievo meramente interno, che determinava l'inquadramento della vicenda nell'ambito dell'interposizione reale di persona.

A fronte di tale motivazione, il ricorrente in maniera apodittica sostiene che si verta in una fattispecie di simulazione soggettiva, ma lo stesso riassunto del contenuto della dichiarazione sottoscritta dal B., che a suo dire fornirebbe la prova di tale assunto, conforta vieppiù la correttezza dell'inquadramento giuridico offerto dalla Corte territoriale.

Inoltre, l'auspicato diverso inquadramento giuridico della vicenda, in ogni caso non sortirebbe alcun effetto favorevole per la posizione del Be., posto che anche laddove si reputi che il riconoscimento della comproprietà in suo favore, sia frutto di un accordo trilaterale del quale era partecipe anche il venditore, accordo avente natura simulatoria, lo stesso si potrebbe egualmente in violazione della L. n. 379 del 1967, artt. 4 e 6, incorrendo le parti nella sanzione dell'annullabilità.

6. Con l'ottavo motivo si lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, nonché la violazione dell'art. 1414 c.c. e art. 102 c.p.c., atteso che la sentenza ha ommesso di prendere in considerazione la domanda di simulazione relativa

soggettiva del contratto di acquisto del fondo, sicchè il rigetto della domanda è stato assunto in assenza di motivazione.

Inoltre, una volta richiesto l'accertamento della simulazione, si imponeva la partecipazione al giudizio nella qualità di litisconsorte necessario anche del venditore del bene, sicchè sussiste una violazione del litisconsorzio necessario che determina la nullità della sentenza.

6.1 Il motivo è egualmente infondato.

Ed, infatti deve escludersi la dedotta violazione dell'obbligo di motivazione ad opera del giudice del merito, avendo la sentenza ampiamente esposto alle pagg. da 26 a 28, le ragioni per le quali, alla luce della stessa prospettazione dei fatti operata dall'attore, la corretta qualificazione della vicenda dovesse essere operata facendo riferimento alla figura del negozio fiduciario, evidenziando altresì che la deduzione solo in appello della partecipazione del b. all'intesa tra attore e convenuto, costituiva una inammissibile modifica delle allegazioni in fatto.

Tale affermazione non risulta in alcun modo oggetto di censura da parte del ricorrente, il che conferma la sostanziale novità della domanda di interposizione fittizia, avanzata solo in grado di appello, come confermato altresì dal fatto che i mezzi istruttori destinati a fornire la prova di tale vicenda, e di cui si fa menzione in motivo, erano stati articolati solo in secondo grado.

Tuttavia, deve escludersi la violazione del principio del litisconsorzio necessario, alla luce del fatto che appare pacifico tra le parti che il prezzo della compravendita, ancorchè in parte con denaro fornito dal Be., era stato integralmente versato al venditore.

Tale situazione implica che debba farsi applicazione di quanto di recente precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte che, con la sentenza n. 11523/2013, hanno affermato, innovando rispetto alla precedente giurisprudenza, che nel giudizio avente ad oggetto la simulazione relativa di una compravendita per interposizione fittizia dell'acquirente, l'alienante non riveste la qualità di litisconsorte necessario, se nei suoi confronti il contratto sia stato integralmente eseguito, mediante adempimento degli obblighi tipici di trasferimento del bene e di pagamento del prezzo, e non venga dedotto ed allegato l'interesse dello stesso ad essere parte del processo, ovvero la consapevolezza e volontà del venditore di aderire all'accordo simulatorio, rimanendo, di regola, irrilevante per chi vende la modifica soggettiva della parte venditrice e perciò integralmente efficace l'accertamento giudiziale compiuto nei soli confronti dell'interposto e dell'interponente.

Deve per l'effetto escludersi che sussistesse un effettivo interesse del venditore alla partecipazione al presente giudizio, e che pertanto possa invocarsi la violazione dell'art. 102 c.p.c..

7. Il nono motivo denuncia l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza circa un fatto decisivo per il giudizio e la violazione dell'art. 1399 c.c..

Infatti, la sentenza gravata ha ommesso di pronunciarsi sulla deduzione dell'appellante secondo cui la successiva dichiarazione unilaterale del B. valeva come ratifica dell'acquisto operato dallo stesso B. su mandato dell'attore, così come valore di ratifica andava attribuito al successivo atto di divisione.

7.1 Ed invero in disparte l'inappropriato richiamo all'istituto della ratifica, in assenza di un acquisto operato dal B. in nome e per conto del Be., e dovendo la ratifica in ogni caso essere compiuta dal rappresentato, e cioè dal Be., e non anche dal rappresentante, e cioè il B., sempre nella costruzione del motivo operata da parte ricorrente, il ragionamento risulta in ogni caso

travolto a monte dalla rilevata invalidità di ogni accordo intervenuto tra le parti, sia sotto forma di impegno a riconoscere la comproprietà del bene in favore dell'attore, sia come impegno a trasferire una quota del bene medesimo, per risultare in contrasto con le prescrizioni di cui alla L. n. 379 del 1967, art. 4.

Il motivo deve quindi essere rigettato.

8. Il decimo motivo denuncia l'omessa ed insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia, nonchè la violazione degli artt. 1392 e 1350 c.c., non avendo la Corte toscana preso in esame il motivo di appello con il quale si deduceva l'esistenza di un mandato ad acquistare conferito dall'attore al convenuto.

8.1 Le suesposte considerazioni circa la portata assorbente dell'invalidità riscontrata dalla sentenza di appello giustifica il rigetto del motivo, occorrendo comunque sottolineare che l'inquadramento della vicenda nell'ambito di un fenomeno di interposizione reale di persona dimostra che, attesa l'evidente assimilazione che, anche in dottrina, si compie tra *pactum fiduciae* e mandato ad acquistare, la tesi di parte ricorrente è stata ben tenuta presente dalla Corte di merito, che come detto ha tuttavia reputato risolutiva, ed in senso sfavorevole alla tesi dell'attore, l'impossibilità di ricondurre effetti al meccanismo di interposizione voluto dalle parti, in quanto annullabile.

9. Le ragioni che hanno determinato il rigetto del nono e del decimo motivo, giustificano anche il rigetto dell'undicesimo motivo che denuncia l'omessa ed insufficiente motivazione su di un punto decisivo della controversia e la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e 2932 c.c..

Ed, infatti, contrariamente a quanto dedotto dal ricorrente, la sentenza lungi dall'omettere di prendere in considerazione la pretesa esistenza di un obbligo di trasferimento della comproprietà del bene, quale scaturente dalle intese intervenute ab origine tra le parti, ha ritenuto assorbente e prevalente la riscontrata invalidità per la loro idoneità a frustrare le finalità di cui alla L. n. 379 del 1967.

10. Il dodicesimo motivo lamenta l'omessa ed insufficiente motivazione su di un punto decisivo della controversia nonchè la violazione e falsa applicazione della L. n. 379 del 1967, art. 6 e della L. n. 1078 del 1940, art. 1.

Si richiama poi la possibilità di ottenere la rimozione del vincolo ai sensi della L. n. 379 del 1967, art. 10 e gli effetti di cui alla L. n. 191 del 1992.

Si assume che l'annullabilità del contratto non era mai stata eccepita e che comunque l'eccezione era prescritta, sicchè la Corte di merito ha ommesso di pronunciarsi sulla domanda di divisione del bene, atteso che alla data della sentenza erano trascorsi oltre trent'anni dalla prima assegnazione.

10.1 Il motivo si risolve sostanzialmente nella reiterazione delle tesi difensive di cui al sesto motivo di ricorso, occorrendo quindi pervenire al suo rigetto, mediante rinvio alle argomentazioni già espresse al punto 5.1 che precede.

11. L'ordine logico delle questioni impone poi la preventiva disamina del sedicesimo motivo di ricorso, che laddove si rivelasse fondato, determinerebbe l'assorbimento dei tre che lo precedono.

Lo stesso denuncia l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione nonchè la violazione e falsa applicazione dell'art. 2909 c.c..

Infatti, si deduce che a fronte della sentenza del Tribunale che aveva disposto che gli interessi sulle somme dovute a titolo restitutorio in favore dell'attore, dovessero decorrere dalla data della consegna dell'importo pari al 50% del prezzo e delle spese fatte d'intesa con il B., le controparti avevano proposto appello solo sull'assenza di miglioramenti tuttora in essere alla data della decisione, sicchè in assenza di impugnazione sulla data di decorrenza, la Corte d'Appello non poteva modificarla, stante la formazione del giudicato.

11.1 La deduzione è palesemente destituita di fondamento, atteso che, come si ricava dalla ricapitolazione in sintesi dei motivi di appello proposti da B.S. e C., così come effettuata nella sentenza impugnata, si evidenzia la proposizione del decimo motivo di appello, che appunto invocava l'applicazione dell'art. 1282 c.c., comma 3.

12. Il tredicesimo motivo di ricorso lamenta l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, nonchè la violazione e falsa applicazione dell'art. 2033 c.c. e art. 1282 c.c., comma 3, in quanto la sentenza gravata ha affermato che, pur ravvisandosi la mala fede del B., e quindi prospettandosi l'applicabilità dell'art. 2033 c.c., tuttavia gli interessi potevano decorrere a favore del Be. sulle somme dovute a titolo di ripetizione dell'indebitto, solo a far data dalla riconsegna dei beni, reputandosi quindi applicabile la previsione di cui all'art. 1282 c.c., comma 3.

La decisione impugnata ha però erroneamente dato prevalenza all'art. 1282, a discapito dell'art. 2033, che è norma speciale e derogatoria.

Il quattordicesimo motivo denuncia sempre il vizio motivazionale nonchè la violazione degli artt. 1282 e 2033 c.c., in quanto alla base del ragionamento della Corte di appello, nel dare applicazione all'art. 1282 c.c., comma 3, vi sarebbe il convincimento che il ricorrente avesse goduto dell'immobile in relazione al quale aveva maturato il diritto al rimborso delle spese, senza versare alcun corrispettivo, trascurando però che l'attore aveva provveduto al pagamento della metà del prezzo e delle spese di ristrutturazione, dovendosi quindi escludere che il godimento fosse avvenuto senza corrispettivo.

Il quindicesimo motivo denuncia poi, sempre accanto al vizio di motivazione, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1282 e 2033 c.c., in quanto la sentenza di appello, reputando applicabile l'art. 1282 c.c., comma 3, aveva trascurato che l'importo da restituire in favore dell'attore era costituito in parte dal corrispettivo pagato per l'acquisto del bene ed in parte da quanto il Be. aveva speso per le opere eseguite d'intesa con il B.. Ne consegue che per le somme dovute a titolo di restituzione del prezzo versato non può comunque trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1282 c.c.

12.1 I tre motivi attesa la intima connessione delle questioni che involgono, possono essere congiuntamente trattati.

Ritiene il Collegio di dover propendere per la tesi della specialità della previsione dettata dall'art. 2033 c.c. e con la conseguente sua prevalenza rispetto all'applicazione della diversa previsione di cui all'art. 1282 c.c., comma 3, trattandosi appunto di una disposizione destinata ad approntare una specifica sanzione per l'*accipiens* in mala fede.

Inoltre non deve trascurarsi che la sentenza ha accomunato in una sola statuizione la sorte sia delle somme dovute a titolo di rimborso spese che delle somme dovute per rimborso prezzo per le quali invece dovrebbero risultare inapplicabile in ogni caso alla previsione di cui all'art. 1282 c.c., comma 3, non trattandosi appunto di spese sostenute per le cose da restituire. Ancora l'affermazione del giudice di merito presuppone la legittimità del titolo in base al quale è

avvenuto il godimento del bene da parte del ricorrente e la conseguente legittimità della fruizione dei frutti, posto che la lettera e la ratio dell'art. 1282 c.c., sottendono che si tratti di un rimborso per spese sostenute da chi aveva un legittimo titolo per detenere, mentre nel caso di specie si può affermare, in ragione dell'accertata invalidità degli eventuali accordi intercorsi tra le parti, che mancava *ab initio* un valido titolo giustificativo sia per il godimento che per il contributo alle spese, sicchè il tutto è destinato ad essere ricondotto alla disciplina in tema di ripetizione di indebito.

Infine, non deve trascurarsi quanto si osserverà in occasione della disamina del quarto motivo del ricorso incidentale, il cui accoglimento, come si ha modo di anticipare sul punto, implica il riconoscimento dell'obbligo in capo al Be. di rendere conto, quanto meno ai fini della compensazione con il credito ora in esame, dei frutti goduti medio tempore, venendo quindi meno il presupposto applicativo della diversa previsione di cui all'art. 1282 c.c., comma 3, applicata invece dal giudice di appello.

I motivi vanno pertanto accolti con la conseguente cassazione sul punto della sentenza impugnata.

13. Il primo motivo del ricorso incidentale assume la rinuncia da parte del ricorrente alla rivalutazione monetaria sulle somme allo stesso spettanti, in quanto nella trascrizione delle conclusioni del ricorso non risulta avanzata alcuna domanda in merito alla rivalutazione.

13.1 Il motivo è inammissibile in quanto non appare riconducibile ad alcuna delle tassative ipotesi di vizio suscettibile di essere dedotto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., denotandosi altresì l'assenza di qualsivoglia critica alla decisione del giudice di appello, ma solo l'intento di attribuire una determinata valenza ad una condotta processuale della controparte successiva alla definizione del giudizio di appello.

14. Il secondo motivo del ricorso incidentale denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 565, 566, 649 e 480 c.c., in relazione al mancato accoglimento dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva di B.S. e C., nonchè sul medesimo punto, l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

Si rileva che la sentenza gravata ha disatteso l'eccezione già sollevata in sede di appello, assumendo che i ricorrenti incidentali, figli di B.M., e quindi nipoti di B.F., non avevano contestato la loro qualità di eredi del defunto convenuto.

Si assume invece che gli stessi sono intervenuti in giudizio in quanto legatari, posto che B.F. con testamento aveva lasciato loro in legato il potere (OMISSIS).

Deve quindi escludersi che siano eredi del convenuto e che, a seguito della rinuncia all'eredità da parte del genitore B.M., abbiano posto in essere atti di accettazione dell'eredità del nonno.

Inoltre, a seguito della morte della nonna V.M., alla sua successione sono risultati chiamati il figlio B.M., ed i nipoti *ex filia* premorta, N.M. e Donatella, dovendosi quindi escludere la loro qualità di eredi anche rispetto a tale diverso compendio ereditario.

14.1 Il motivo difetta di specificità *ex art.* 366 c.p.c., comma 1, n. 6, atteso che i ricorrenti incidentali, pur riconoscendo di essere stati beneficiari con il testamento del defunto B.F., assumono che la disposizione in loro favore andrebbe qualificata in termini di legato.

Tuttavia hanno ommesso di riportare il contenuto del testamento, onde consentire a questa Corte di apprezzare se la disposizione della quale sono beneficiari, sebbene avente ad oggetto una res certa, possa effettivamente essere apprezzata alla stregua di un legato ovvero se non valga,

come implicitamente opinato dal giudice di merito, ed anche in relazione al complesso delle altre disposizioni testamentarie, quale *institutio ex certa re*.

15. Il terzo motivo del ricorso incidentale lamenta la violazione degli artt. 566, 481 e 521 c.c., in relazione al mancato accoglimento dell'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata da B.M., N.M. e N.D., per non essere gli stessi eredi di V.M., avendo quest'ultima rinunciato all'eredità del marito.

In relazione alla medesima affermazione si denuncia anche l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

La sentenza di appello ha disatteso l'eccezione de qua osservando che se il B.M. ed i N. avevano rinunciato all'eredità del convenuto, tuttavia la di lui moglie, V.M., era rimasta a lungo nel possesso dei beni del marito, senza redigere l'inventario, non potendo quindi essere considerata usufruttuaria ovvero legataria. L'acquisto della qualità di erede ne determinava la responsabilità per i debiti ereditari, nei quali erano poi succeduti B.M. ed i N., quali eredi della V..

Si deduce che tale ragionamento è erroneo, in quanto la V. era stata nominata usufruttuaria generale dei beni del marito, e che a seguito di actio interrogatoria esperita dallo stesso Be., aveva fatto decorrere il termine assegnato dal Pretore per la dichiarazione di accettazione, senza effettuare alcuna dichiarazione, perdendo quindi il diritto di accettare.

15.1 Anche tale motivo difetta di specificità.

Infatti, il ragionamento della Corte distrettuale presuppone la qualifica di chiamata in capo alla V., sul presupposto che la stessa non fosse semplice legataria, avendo altresì osservato che, essendo nel possesso dei beni ereditari, anche l'inutile decorso del termine assegnato ai sensi dell'art. 481 c.c., non impediva l'acquisto *ex lege* della qualità di erede, per effetto della previsione di cui all'art. 485 c.c..

Al fine di contrastare tale affermazione sarebbe stato necessario trascrivere in ricorso il contenuto del testamento di B.F., onde apprezzare l'effettiva portata delle disposizioni testamentarie in favore della V. (e ciò a prescindere dalla contrastata questione concernente la corretta qualificazione da assegnare all'attribuzione della qualità di usufruttuario generale, in termini di legato ovvero di istituzione di erede).

Peraltro, risalendo il decesso del convenuto alla data del 4 marzo 1996, alla scadenza del termine di tre mesi concesso dal Pretore ai sensi dell'art. 481 c.c., all'esito dell'udienza del 17/1/1997, il termine di cui all'art. 485 c.c., sarebbe comunque abbondantemente decorso, sicchè la decadenza prevista dalla norma richiamata dai ricorrenti incidentali non potrebbe in ogni caso operare a fronte dell'avvenuto acquisto della qualità di erede *ex lege*, per effetto della mancata redazione dell'inventario da parte del chiamato che si trova nel possesso dei beni ereditari. Ne consegue altresì che nei confronti della medesima non poteva a monte operare la previsione di cui all'art. 481 c.c., avendo già perso alla data di fissazione del termine, la qualità di chiamata, per essere già divenuta erede.

16. Il quarto motivo di ricorso incidentale denuncia la violazione dell'art. 1148 c.c., nonchè l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, in merito al mancato accoglimento dell'eccezione di compensazione delle somme dovute al Be. con i frutti dallo stesso percepiti, dalla data della domanda giudiziale, sino al rilascio dei beni.

In tale ottica la Corte distrettuale aveva omesso di dare applicazione all'art. 1148 c.c., che impone, dopo la proposizione della domanda giudiziale, l'obbligo del possessore di restituzione

dei frutti percepiti e di quelli che avrebbe potuto percepire usando la diligenza del buon padre di famiglia.

Si osserva che tale eccezione era stata tempestivamente sollevata nella comparsa di risposta in sede di reclamo avverso il diniego del provvedimento di sequestro richiesto dall'attore, e reiterata nei successivi scritti difensivi in Tribunale.

Tuttavia la sentenza definitiva del Tribunale aveva disatteso la stessa, che era stata poi riproposta in appello con uno specifico motivo, laddove la Corte di appello aveva motivato unicamente circa la pretesa applicabilità dell'art. 1282 c.c., comma 3, ritenendo tecnicamente non configurabile una compensazione tra le rispettive poste creditorie.

16.1 Il motivo è fondato atteso che a fronte della puntuale reiterazione dell'eccezione de qua, la Corte di Appello si è limitata a fare applicazione, peraltro in maniera erronea della norma di cui all'art. 1282 c.c., comma 3, senza in alcun modo motivare circa le ragioni del mancato accoglimento dell'eccezione de qua.

La sentenza impugnata deve pertanto essere cassata in parte qua, con rinvio per un nuovo esame nel merito, ad altra Sezione della Corte d'Appello di Firenze.

17. Il quinto motivo di ricorso incidentale denuncia l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza in ordine all'accertamento della mala fede del B.F., in relazione alla applicazione dell'art. 2033 c.c..

Si sostiene che l'affermazione circa il fatto che il B. avesse tradito la fiducia del Be. era contraddetta dal fatto che nella stessa sentenza si dava atto che inizialmente le parti avevano invece rispettato gli accordi presi.

Doveva quindi ritenersi che fosse stato il Be. a non accontentarsi più della situazione di fatto creatasi, il che esclude che possa ravvisarsi la mala fede del loro dante causa.

17.1 Il motivo è inammissibile posto che con lo stesso si mira surrettiziamente ad ottenere un diverso apprezzamento dei fatti di causa così come invece operato dal giudice di merito il quale ha con motivazione congrua e logica evidenziato le ragioni per le quali il B. doveva ritenersi in mala fede, essendo consapevole dell'idoneità dell'accordo a violare le previsioni sanzionate con l'annullabilità, che lui stesso aveva eccepito.

18. Il sesto motivo di ricorso incidentale denuncia la violazione dell'art. 1150 c.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione sul punto concernente il diritto al rimborso delle spese sostenute dal Be. per riparazioni straordinarie e miglioramenti.

Infatti, si sostiene che il diritto al rimborso per i miglioramenti presuppone che gli stessi sussistano al tempo della restituzione.

Nella specie la Corte di merito ha errato nel non accogliere tale eccezione, qualificando incongruamente gli interventi per i quali aveva effettuato gli esborsi il ricorrente principale, quali interventi di manutenzione straordinaria, recependo la determinazione sul punto del Tribunale.

18.1 Anche tale motivo deve essere rigettato risolvendosi in una sostanziale richiesta di rivalutazione dei fatti di causa, e limitandosi a contestare la qualificazione degli interventi in termini di manutenzione straordinaria in luogo di miglioramenti, mirando anche in tal caso ad ottenere un diverso apprezzamento di circostanze di fatto, che invece risultano oggetto di ampia ed argomentata motivazione ad opera del giudice di merito, con puntuale rinvio anche alle fonti del proprio convincimento.

19. Il settimo motivo del ricorso incidentale, infine, denuncia la violazione dell'art. 1295 c.c., nonché l'omessa, contraddittoria ed insufficiente motivazione in ordine al riparto dell'obbligazione restitutiva tra gli eredi del convenuto.

Infatti, anche per l'ipotesi di rigetto del secondo e del terzo motivo di ricorso incidentale, si sottolinea che, non essendo tutti i controricorrenti eredi diretti del convenuto, non potrebbero rispondere di un debito di quest'ultimo.

19.1 Il motivo è infondato.

Ed, invero alla luce del rigetto degli altri motivi del ricorso incidentale concernenti il preteso difetto di legittimazione passiva, è emerso che B.C. e S. sono eredi diretti del convenuto, e che i germani N. e B.M., in quanto eredi di V.M., sono succeduti pro quota nel debito ereditario di B.F., gravante appunto sulla V..

La sentenza impugnata, lungi dal prevedere una condanna in solido tra tutti gli intimati, ha correttamente previsto che gli stessi debbano rispondere per la rispettiva quota ereditaria, e ciò in conformità di quanto previsto dall'art. 754 c.c., dovendosi poi procedere alla determinazione di tale quota in ragione anche delle modalità attraverso le quali è stato ripartito tra la V. e B.C. e S. il patrimonio del B.F., e tra B.M. ed i germani N., il patrimonio della V..

20. La sentenza gravata deve quindi essere cassata in relazione ai motivi accolti con rinvio per nuovo esame ad altra Sezione della Corte di Appello di Firenze che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il 13, 14 e 15 motivo del ricorso principale nonché il quarto motivo del ricorso incidentale, e rigettati gli altri motivi del ricorso principale ed incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti con rinvio ad altra Sezione della Corte d'Appello di Firenze, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 21 aprile 2017.
Depositato in Cancelleria il 20 giugno 2017.

LA TARDIVA REGISTRAZIONE DELLA CLAUSOLA DETERMINATIVA DEL CANONE LOCATIZIO

(Relatore: Alberto Venturelli)

Cass., Sez. Un., 09 ottobre 2017, n. 23601

La mancata registrazione del contratto di locazione di immobili ne comporta nullità; essa, ove da sola sussistente, consente la produzione degli effetti del contratto con decorrenza "*ex tunc*", nel caso in cui la registrazione sia effettuata tardivamente. È nullo il patto col quale le parti di un contratto di locazione d'immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; detta nullità "*vitiatur sed non vitiat*", con la conseguenza che solo il patto risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione.

A fronte di tale precisazione occorre rilevare la configurabilità di una possibile sanatoria a seguito della tardiva registrazione di un qualsivoglia contratto di locazione che contenga l'indicazione del canone reale, come convenuto fin ab origine tra le parti. Ciò perché la normativa tributaria non qualifica come perentorio il termine di trenta giorni previsto per assolvere al pagamento dell'imposta di registro e, anzi, contempla sia la registrazione d'ufficio, sia il cosiddetto "ravvedimento operoso", riconoscendo l'attenuazione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi e alle condizioni indicate dall'articolo 13 del Dlgs 18 dicembre 1997 n. 472.

FATTO

1. Con atto notificato in data 13 febbraio 2009, la signora M.D.A.E. intimò alla MEDICAL s.r.l. lo sfratto per morosità in relazione a due immobili da lei stessa concessi in locazione ad uso non abitativo con contratto del 20 ottobre 2008 - del quale si era convenuta l'efficacia retroattiva al 1 maggio 2008 contestualmente citando la società conduttrice per la convalida.

1.1. A sostegno della domanda, l'attrice lamentò il mancato pagamento del canone di Euro 5.500 mensili, così determinato in ragione di un cd. "atto integrativo" del contratto di locazione formalmente vigente tra le parti, avendo ricevuto dal conduttore la minor somma mensile di Euro 1.200.

1.2. La signora M. specificò che, alla data del 20 ottobre 2008, era stato sottoscritto tra le parti un contratto di locazione, registrato in data 4 novembre 2008, il quale prevedeva, all'art.4, un canone annuo di Euro 14.400,00, pari ad Euro 1.200, mensili e, contestualmente, un altro atto, definito accordo integrativo, a sua volta registrato in data 22 gennaio 2009, nel quale, con due distinte clausole (artt. 2 e 3), venivano indicati come dovuti due diversi canoni, entrambi maggiorati rispetto a quello, pari a 1200 Euro, risultante dal contratto registrato il 4 novembre 2008, ma tra loro diversificati nel senso che un primo canone, pari ad Euro 5500 (da intendersi "reale ed effettivo", in luogo di quello risultante dal contratto concluso in pari data) avrebbe dovuto trovare concreta applicazione nel caso che una o entrambe le parti avessero proceduto alla registrazione dell'accordo integrativo, mentre l'altro, ridotto rispetto a quello definito "reale ed effettivo", ma a sua volta maggiorato rispetto a quello indicato nel contratto registrato, pari ad Euro 3500, sarebbe stato corrisposto dal conduttore nell'ipotesi di omessa registrazione del medesimo accordo.

1.3. In particolare, l'art. 2 del detto accordo integrativo prevedeva che "Le parti, di comune accordo, hanno convenuto che il reale ed effettivo corrispettivo della locazione è determinato, viceversa, in Euro 66.000 annue, pari a rate mensili di Euro 5.500 cadauna che la conduttrice si obbliga espressamente a corrispondere alla locatrice, in moneta avente corso legale oppure a mezzo bonifico bancario, nel termine essenziale del giorno 15 di ogni mese, considerata la tipologia del locale, nonché l'ubicazione".

1.4. Il successivo art. 3 del medesimo accordo conteneva la seguente previsione condizionata: "Avendo le parti concordemente stabilito di non sottoporre il presente atto integrativo a registrazione, detto canone resta ridotto ad Euro 42.000 annue pari ad Euro 3.500 mensili per il primo sessennio e ad Euro 50.400 annue pari ad Euro 4.200 mensili per l'eventuale secondo sessennio; resta inteso che qualora una o entrambe le parti dovessero procedere alla registrazione del presente atto integrativo, il canone di locazione da corrispondere sarà quello stabilito nel suo intero ed iniziale ammontare di Euro 66.000 pari ad Euro 5.500 mensili. Resta, in ogni caso, immutato il termine di scadenza di pagamento mensile del canone di cui al punto precedente".

2. La MEDICAL s.r.l., nel resistere alla domanda, sostenne di aver corrisposto il canone dovuto (Euro 1200 mensili), contestando la validità dell'accordo integrativo in quanto posto in essere in violazione della L. n. 392 del 1978, art. 79, oltre che tardivamente registrato.

3. Il giudice adito, rigettata l'istanza di pronuncia dell'ordinanza *ex art.* 665 c.p.c., dispose il mutamento del rito, fissando i termini per il deposito di memorie integrative.

3.1. Con sentenza n. 3123/2011, resa in data 6 dicembre 2011, il Tribunale di Catanzaro esclude l'inefficacia del contratto per intempestiva registrazione, ritenendo tuttavia la nullità della pattuizione aggiuntiva, in quanto contenente la illegittima previsione di un aumento automatico del canone, fissando in Euro 1.200 l'importo mensile dovuto dalla conduttrice.

3.2. Così inquadrata la fattispecie sul piano normativo, il Tribunale rilevò poi la tardività del pagamento di due canoni (di novembre e dicembre 2008, rispettivamente pagati il 17 novembre ed il 17 dicembre dello stesso anno), ritenendo conseguentemente operativa la clausola risolutiva espressa contrattualmente pattuita.

3.3. Il contratto fu pertanto dichiarato risolto.

4. Con ricorso depositato il 6 febbraio 2012, la Medical s.r.l. propose appello avverso la sentenza, censurandola nella parte in cui era stato accertato un inesistente inadempimento del conduttore, essendo stato il pagamento dei canoni di novembre e dicembre 2008 disposto con tempestivi bonifici (rispettivamente in data 12 novembre ed 11 dicembre), mentre l'accredito era avvenuto oltre il termine contrattualmente fissato solo a causa di un ritardo imputabile all'istituto di credito; invocata, pertanto, l'operatività dei principi di correttezza e buona fede, l'appellante chiese la riforma dell'impugnata sentenza, previa conferma della validità del (solo) contratto di locazione stipulato il 20 ottobre 2008.

4.1. L'appellata, nel costituirsi, contestò le avverse difese spiegando appello incidentale in ordine alla ritenuta nullità della clausola contrattuale n. 2, configurante, a suo dire, non già la previsione di un aumento automatico del canone, ma la determinazione reale del canone di locazione.

5. La Corte d'appello di Catanzaro, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, con sentenza n. 1281 del 2012, in accoglimento dell'appello incidentale e in parziale riforma della sentenza:

- dichiarò risolto per inadempimento della MEDICAL s.r.l. il contratto di locazione stipulato tra le parti in data 20 ottobre 2008;
- condannò la società al pagamento delle differenze dovute tra il canone corrisposto e quello effettivamente dovuto, pari ad Euro 5.500 mensili, con maggiorazione di interessi legali dalla data di ogni scadenza sino al soddisfo;
- ritenne che, contrariamente alla tesi sostenuta dalla difesa dell'appellante e fatta propria dal Tribunale, "la previsione contrattuale aggiuntiva di cui all'art. 2 del patto integrativo" registrato prima dell'introduzione del giudizio e ritenuto efficace dal primo Giudice con motivazione espressa e non censurata "valeva a configurarsi alla stregua di controdeduzione attestante la simulazione relativa del prezzo", posta in essere per "intuibili scopi di elusione fiscale";
- osservò che, nella specie, non era configurabile un illecito "aumento" del canone, nullo L. n. 392 del 1978, *ex art. 79*, in quanto "il complesso regolamento delle rispettive posizioni patrimoniali operato dalle parti conduce(va) a ritenere di essere dinanzi ad un canone di locazione fissato sin da subito in Euro 5.500 mensili: ne fa(ceva) fede il fatto che il contratto sottoscritto il 20 ottobre 2008 facesse retroagire i suoi effetti al primo maggio dello stesso anno, con la previsione di uno sconto in ragione della mancata registrazione dell'effettivo importo contrattuale".
- affermò essersi in presenza di "un contratto sottoposto a condizione sospensiva - pienamente lecita ed anzi imposta afferente alla misura del canone e legata alla registrazione del contratto reale".

6. Avverso la sentenza della Corte calabrese la MEDICAL s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi.

6.1. Con il primo motivo viene lamentata la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, sostenendosi che il giudice di appello avrebbe esaminato in via preliminare l'appello incidentale spiegato dalla M. di Amato senza chiarire gli "evidenti motivi" cui fa riferimento la sentenza impugnata per spiegare tale scelta, e non avrebbe, di converso, esaminato l'appello principale, violando così il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nonchè l'obbligo di pronunciare su tutta la domanda.

6.2. Con il secondo motivo viene denunciata la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e 1355 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, e in particolare censurata la sentenza impugnata per aver ritenuto la validità delle clausole contenute negli artt. 2 e 3, dell'atto integrativo al contratto di locazione sulla base di una interpretazione non corrispondente alla reale comune intenzione delle parti, quale invece desumibile da una corretta ricostruzione dell'economia generale dell'accordo che tenesse conto dell'intimo collegamento esistente tra le due clausole. Ad avviso della ricorrente, infatti, non appariva condivisibile l'affermazione della Corte d'appello secondo cui il canone di locazione sarebbe stato fissato "sin da subito" in Euro 5.500 mensili, in quanto dalla lettura combinata degli artt. 2 e 3, dell'atto integrativo - la cui analisi era stata colpevolmente e completamente omessa dal giudice di secondo grado - emergeva un accordo che prevedeva: "a) il versamento di somme ulteriori rispetto al canone pattuito nel contratto di locazione; b) la determinazione del canone in misura differenziata e crescente per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto, comportando variazioni in aumento in relazione ad eventi oggettivi predeterminati del tutto diversi ed indipendenti rispetto alle variazioni annue del potere di acquisto della moneta: previsioni entrambe nulle in ragione di quanto previsto dalla L. n. 392 del 1978, art. 79". Erroneo appariva, dunque, il risultato

dell'indagine ermeneutica svolta dalla Corte territoriale, che inammissibilmente aveva ravvisato, nella complessa fattispecie sottoposta al suo esame, una struttura negoziale sottoposta a condizione sospensiva - afferente alla misura del canone in relazione alla eventuale registrazione del contratto -, da considerarsi comunque nulla, *ex art. 1355 c.c.*, in quanto perchè rimessa alla mera volontà della parte locatrice.

6.3. Nella memoria depositata *ex art. 378 c.p.c.*, inoltre, la ricorrente ha altresì dedotto la nullità delle pattuizioni di cui all'accordo integrativo alla luce dei principi di diritto affermati da queste stesse sezioni unite con la sentenza n. 18213 del 17 settembre 2015, emessa in epoca successiva al deposito del ricorso, con la quale, in relazione a fattispecie identica a quella di cui si oggi discute, seppure relativa ad una locazione ad uso abitativo, era stata sancita "la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, al di là e a prescindere da qualsivoglia elemento esterno all'atto" (così al folio 13 della memoria di parte ricorrente).

6.4. La signora M. di Amato ha resistito con controricorso, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del gravame per violazione dell'art. 360 *bis* c.p.c., risultando a suo dire "palese che il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo nettamente conforme alla giurisprudenza di Codesta Suprema Corte", e non emergendo dai motivi di ricorso alcun elemento utile per mutare l'orientamento della stessa. Ha richiamato all'uopo le sentenze della terza sezione di questa stessa Corte n. 2901 del 9 febbraio 2007 (con la quale venne confermata la pronuncia di merito che aveva ritenuto legittima la pattuizione complessiva iniziale del canone sulla base di quanto stabilito nel contratto e in "una scrittura integrativa in pari data"), n. 2902 del 9 febbraio 2007 (secondo la quale la qualificazione giuridica dell'aumento del canone, se lecita o illecita, era "rimessa all'apprezzamento di fatto del giudice del merito") e n. 4210 del 23 febbraio 2007 (a mente della quale, "in materia di contratto di locazione di immobili destinati ad uso non abitativo, in relazione al principio della libera determinazione convenzionale del canone locativo, la clausola che prevede la determinazione del canone in misura differenziata e crescente per frazioni successive i tempo nell'arco del rapporto, ovvero prevede variazioni in aumento in relazione ad eventi oggettivi predeterminati del tutto diversi ed indipendenti rispetto alle variazioni annue del potere di acquisto della moneta - deve ritenersi legittima, *ex artt. 32 e 79*, della legge sull'equo canone, salvo che essa non costituisca un espediente diretto a neutralizzare gli effetti della svalutazione monetaria - nel qual caso è nulla").

Nel merito, la controricorrente ha altresì evidenziato la correttezza dell'interpretazione e della qualificazione giuridica dell'accordo integrativo operata dalla Corte di appello, precisando, a sua volta, ed espressamente, che "a nulla varrebbe obiettare che la registrazione tardiva dell'accordo integrativo sarebbe *inutiliter* data poichè il contratto non registrato sarebbe addirittura inesistente *ex art. 1423 c.c.*: in realtà, siffatta prospettazione avrebbe ripercussioni negative non soltanto sugli interessi delle parti ma altresì sugli interessi dell'erario. Infatti deve ritenersi che la L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, consenta, analogamente a ciò che accade in ambito fiscale e con effetti valicanti sul piano civilistico, il ravvedimento dei contraenti che non hanno registrato il contratto. Ergo, il contratto non registrato può essere sanato con la registrazione, e tale sanatoria, alla luce di un'ermeneutica costituzionalmente orientata (v. sentenza di primo grado, richiamata dalla Corte di appello di Catanzaro in nota n. 2 a pag 7) ha efficacia *ex tunc*".

6.5. Tali argomentazioni, e tale linea difensiva, sono state sostanzialmente reiterate ed ulteriormente ampliate con le note illustrative (il cui contenuto va testualmente riportato, sia pur in parte qua, per le ragioni di cui più innanzi si dirà), ove si legge (f. 9-10) come "sicuramente non sfugga a questa difesa che le sezioni unite della Corte, in tema di locazione immobiliare abitativa, abbiano stabilito che la nullità prevista dalla L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, sanziona esclusivamente il patto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, mentre resta valido il contratto registrato e resta dovuto il canone apparente; il patto occulto, in quanto nullo, non è sanato dalla registrazione tardiva, fatto extranegoziale inidoneo ad influire sulla validità civilistica. Ma tale principio non è applicabile al caso in esame, in primis perchè il giudizio non verte in tema di locazione immobiliare ad uso abitativo, mentre la disciplina delle locazioni ad uso diverso continua a trovare la sua fonte principale nella L. n. 392 del 1978; inoltre, la norma di cui al citato art. 13, non è applicabile al caso in esame, in quanto nessun patto successivo tendente ad aumentare il canone di locazione è stato stipulato tra le parti, nè v'è stata alcuna imposizione del locatore nei confronti della conduttrice tale da far sorgere l'esigenza di apprestare al contraente debole un adeguato ed effettivo strumento di tutela. Il contratto di locazione e l'atto integrativo non sono e non possono essere intesi come due pattuizioni diverse, bensì costituiscono un unico atto e un tutt'uno sin dall'inizio, il primo esistendo in funzione del secondo e viceversa. La volontà delle parti era soltanto quella di celare all'erario un prezzo di canone maggiore, attraverso un contratto, simulato solo nel prezzo, perfettamente legittimo e rientrante nella sfera della libera autonomia contrattuale delle parti. Una diversa interpretazione porterebbe all'inevitabile conseguenza che tutti i contratti simulati sarebbero nulli. Il canone, dunque, è stato determinato dalle parti di comune accordo sin dall'inizio del rapporto, anche se il contratto è stato successivamente registrato. La volontà delle parti era ben chiara: entrambe avrebbero risparmiato denaro, la conduttrice pagando una somma notevolmente minore (Euro 3500) a fronte di 5500 mensili" (e ciò se il contratto non fosse stato registrato) "e la locatrice avrebbe pagato meno tasse".

7. All'esito dell'udienza pubblica del 13 aprile 2016, la terza sezione civile di questa Corte, con ordinanza n. 16604 del 5 agosto 2016, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ponendo una questione di massima di particolare importanza "in una materia connotata da diffusissima contrattazione e caratterizzata da un'accentuata litigiosità", quale quella concernente i contratti di locazione ad uso diverso da abitazione, che può riassumersi nei termini che seguono:

"Se, in tema di contratti di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, nell'ipotesi di tardiva registrazione (anche) del contestuale e separato accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato, sia configurabile un'ipotesi di sanatoria di tale nullità, ovvero se anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione debba farsi applicazione del principio affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte (Cass. S.U., 17 settembre 2015, n. 18213, rv. 636471) con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo, secondo il quale, su di un più generale piano etico/costituzionale, l'esclusione di una qualsivoglia efficacia sanante della registrazione tardiva consente di impedire che dinanzi ad una Corte suprema di un paese Europeo una parte possa invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente ed impunemente la propria qualità di evasore fiscale, e sia proprio la Corte di legittimità ad affermarne la liceità".

7.1. In particolare, si legge nell'ordinanza interlocutoria:

- che, per effetto della libera determinazione convenzionale del canone locativo per gli immobili destinati ad uso diverso da abitazione, deve ritenersi legittima la clausola con cui si convenga una determinazione del canone in misura differenziata, crescente per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto, purchè ancorata ad elementi certi e predeterminati (idonei ad influire sull'equilibrio economico del sinallagma contrattuale e del tutto indipendenti dalle eventuali variazioni annuali del potere di acquisto della moneta), e sempre che non risulti una sottostante volontà delle parti volta in realtà a perseguire surrettiziamente lo scopo di neutralizzare esclusivamente gli effetti della svalutazione monetaria e ad eludere pertanto i limiti quantitativi posti dall'art. 32 della legge c.d. sull'equo canone, incorrendo conseguentemente nella sanzione di nullità prevista dal successivo art. 79 (principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità: per tutte, Cass. 5 marzo 2009, n. 5349 e, di recente, Cass. 24 marzo 2015, n. 5849);

- che, nella specie, la pattuizione "si appalesava in effetti volta a perseguire proprio siffatta finalità vietata, unitamente a quella di risparmio fiscale per la locatrice";

- Che particolare rilievo rivestiva proprio la finalità fiscale della vicenda, ricostruita (come affermato dalla Corte d'appello e come in sostanza ammesso dalla stessa locatrice) in termini di pattuizione complessa volta a perseguire e realizzare un'elusione fiscale a vantaggio del locatore, e pertanto costituente un'operazione simulatoria che ne lasciava emergere la "sua intima realtà di strumento negoziale funzionalmente volto ad eludere i diritti di terzi, ed in particolare del Fisco".

- che, alla luce della stessa giurisprudenza di questa Corte, ai fini dell'interpretazione dell'intera operazione negoziale, assumeva decisivo rilievo la sua natura sostanziale, della quale sicuro indice rilevatore era anche la causa concreta del negozio, cioè lo scopo pratico perseguito dalle parti, che, nella fattispecie in esame, rilevava "come imprescindibilmente connotato dalla vietata finalità di elusione fiscale, e, pertanto, conseguentemente affetta da invalidità".

- Che, alla luce delle osservazioni di cui all'ordinanza interlocutoria n. 37 del 3 gennaio 2014, che aveva rimesso a queste sezioni Unite (onde rimeditare gli esiti di un precedente orientamento), la questione del significato da attribuire alla L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, là dove prevede la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo di canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, le S.U. si erano pronunciate con la sentenza n. 18213 del 2015, operando un radicale *revirement* nella materia delle locazioni abitative rispetto alla precedente e consolidata giurisprudenza;

- Che, per altro verso, questa Corte, anche a Sezioni Unite, aveva avuto modo di affermare (in diverse fattispecie ma in termini generali), e sia pur con giurisprudenza non uniforme, che "la norma tutelante interessi pubblicistici si profila per ciò stesso come imperativa ed inderogabile, non soltanto nei rapporti tra privati" e che, pertanto, il patto avente finalità di elusione fiscale non poteva riconoscersi come valido ed efficace "impinguendo nella violazione dell'interesse pubblicistico sotteso alla norma fiscale elusa", così ponendosi "in contrasto con il generale principio antielusivo desumibile dall'art. 53 Cost.", la cui tutela aveva altresì trovato riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità mediante il ricorso alla figura dell'abuso del diritto (Cass. S.U. n. 5520 del 17 giugno 1996, Cass. S.U. n. 6600 del 17 dicembre 1984, Cass., sez. 1, n. 12495 del 17 dicembre 1993, e, nello specifico tema delle locazioni, Cass. sez. 3, n. 1155 del 4 febbraio 1992). L'orientamento contrario era, invece, rappresentato, tra le altre, da Cass. sez. 3, n. 5672 del 22 marzo 2004.

- che, nella identica fattispecie esaminata nel 2015 dalla Sezioni Unite di questa Corte con riferimento alle locazioni ad uso abitativo (in una vicenda *ratione temporis* non soggetto alla Legge del 2004), era stato comunque posto in rilievo che l'art. 1, comma 346, prevedeva in termini generali la nullità dei contratti di locazione non registrati, e che la Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità di tale norma, aveva ritenuto come essa non introducesse ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, elevando la norma tributaria al rango di norma imperativa, la cui violazione determinava la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c..

8. In ragione di tali riflessioni, l'ordinanza interlocutoria ha posto a queste sezioni unite la questione se, pur al di là ed a prescindere dalla violazione della L. n. 392 del 1978, art. 79, anche per i contratti di locazione ad uso diverso da abitazione debba farsi - in ipotesi di atti negoziali integranti un mero escamotage per realizzare una finalità di elusione fiscale - applicazione del principio affermato nella citata sentenza del 2015 con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo, giungendo così a formulare la questione poco sopra riportata.

DIRITTO

1. Il ricorso è inammissibile quanto al suo primo motivo, mentre risulta fondata la seconda censura.

1.1. L'inammissibilità del primo motivo risulta evidente conseguenza della facoltà, per il giudice del merito, di esaminare le questioni di diritto a lui sottoposte nell'ordine che egli ritiene più opportuno, per giungere alla soluzione della vicenda processuale sulla base di quella che viene ritenuta (nella specie, del tutto correttamente) la ragione più liquida (Cass. ss.uu. 26242/2014).

2. Quanto al secondo motivo di ricorso, si osserva in premessa che le questioni di diritto poste al collegio sono state oggetto di approfondimento e di ampliamento, da parte del ricorrente, in seno alle memorie depositate *ex art.* 378 c.p.c., all'esito della pubblicazione della sentenza di queste stesse sezioni unite (Cass. 18123/2015) resa su una analoga questione, in tema, peraltro, di locazioni abitative.

2.1. A tale approfondimento ed ampliamento ha puntualmente ed esaustivamente replicato la controricorrente (così mostrando di accettare il contraddittorio sulle questioni proposte in *extensum* dalla controparte), e tanto esime questa Corte dal sottoporre ad entrambe le parti, *ex art.* 101 c.p.c., comma 2, le eventuali questioni rilevabili *ex officio* al fine di consentire "il deposito in cancelleria di quelle (stesse) memorie contenenti osservazioni sulle medesime questioni" (art. 101, comma 2, ult. parte, nella formulazione L. n. 69 del 2009, *ex art.* 45), osservazioni che risultano, nei fatti, già sottoposte all'attenzione del collegio (*supra*, sub 6.5. della parte espositiva).

3. La questione degli effetti di un tardivo adempimento all'obbligo di registrazione del contratto di locazione deve essere esaminata alla luce di un complesso e talvolta disarmonico quadro normativo.

3.1. Viene in rilievo, in primo luogo, la normativa fiscale che prevede la registrazione del contratto di locazione al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 2, lett. a) e b), e art. 3, lett. a), (Testo unico sull'imposta di registro), nonché all'art. 5, comma 1, lett. b) della "Tariffa" allegata, parte I, e all'art. 2 *bis*, parte II della medesima Tariffa, richiamata dal citato art. 2. Per quanto di interesse in questa sede, tali disposizioni stabiliscono che sono soggetti a registrazione i

contratti di locazione immobiliare, sia se stipulati per iscritto sia se conclusi verbalmente, indipendentemente dall'ammontare del canone, esclusi i contratti di durata non superiore a trenta giorni nell'anno (i quali sono soggetti a registrazione solo in caso d'uso), nonchè i contratti di comodato conclusi per iscritto.

3.1.1. Ai sensi dell'art. 17, comma 1, del medesimo D.P.R., come modificato dalla L. 21 novembre 2000, n. 342, art. 68, la registrazione deve essere effettuata entro trenta giorni dalla data dell'atto o dalla sua esecuzione in caso di contratto verbale.

3.2. L'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente di questa Corte ha, in proposito, ripetutamente escluso la nullità del contratto a fronte della violazione di una norma tributaria, pur in presenza di alcune pronunce contrastanti con l'orientamento maggioritario, che hanno ritenuto nullo il negozio volto a conseguire un illecito risparmio d'imposta per difetto di causa in concreto, abuso del diritto e/o frode alla legge, evocando all'uopo il generale principio antielusivo desumibile dall'art. 53 Cost., (a mente del quale "tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività"), la cui natura di norma imperativa - e la conseguente sanzione di nullità delle manifestazioni di autonomia negoziale con essa confliggenti - è stata riconosciuta da questo giudice di legittimità fin dalla risalente pronuncia di cui a Cass. ss. uu. n. 6445 del 1985 (sia pur con riguardo al diverso tema della legittimità della traslazione degli obblighi fiscali).

3.3. Va ancora evidenziato come la stessa normativa consenta la possibilità di una registrazione tardiva anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione. A mente del citato D.P.R. n. 131 del 1986, art. 76, comma 5, infatti, "l'intervenuta decadenza non dispensa dal pagamento dell'imposta in caso di registrazione volontaria o quando si faccia uso dell'atto ai sensi dell'art. 6", e il sistema tributario consente il c.d. "ravvedimento operoso", riconoscendo l'attenuazione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi ed alle condizioni indicate dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 13

3.4. Quanto alle imposte sui redditi, con specifico riferimento ai contratti di locazione immobiliare, il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 41 ter, (inserito nel testo del citato D.P.R., dalla L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 342), al comma 2, stabilisce, a sua volta, che "in caso di omessa registrazione del contratto di locazione di immobili, si presume, salva documentata prova contraria, l'esistenza del rapporto di locazione anche per i quattro periodi d'imposta antecedenti quello nel corso del quale è accertato il rapporto stesso".

3.5. Il principio di tendenziale non interferenza tra le regole di diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti è stato poi recepito dallo stesso legislatore tributario nella L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10, comma 3, (cd. Statuto dei diritti del contribuente), a mente del quale "le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto".

3.5.1. Coerentemente, lo stesso L. n. 212 del 2000, successivo art. 10 *bis*, (articolo aggiunto legge dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, art. 1), che abroga e sostituisce il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37 *bis*, (già inserito nel testo del citato D.P.R. dal D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7), stabilisce la mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di "sostanza economica" e finalizzati, "pur nel rispetto formale delle norme fiscali" a realizzare "essenzialmente vantaggi fiscali indebiti".

3.6. Meritano inoltre di essere ricordati il D.P.R. n. 131 del 1986, art. 20, dal quale si è ulteriormente desunto il principio dell'autonomia dell'interpretazione fiscale del contratto

rispetto alla sua interpretazione civilistica ("L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente"), l'art. 62 dello stesso decreto (a mente del quale "i patti contrari alle disposizioni del presente testo unico, compresi quelli che pongono l'imposta e le eventuali sanzioni a carico della parte inadempiente, sono nulli anche fra le parti") e l'art. 72, il quale specifica la sanzione tributaria conseguente alla "occultazione di corrispettivo" (stabilendo che "se viene occultato anche in parte il corrispettivo convenuto, si applica la sanzione amministrativa dal duecento al quattrocento per cento della differenza tra l'imposta dovuta e quella già applicata in base al corrispettivo dichiarato, detratto, tuttavia, l'importo della sanzione eventualmente irrogata ai sensi dell'art. 71").

3.7. In tale quadro si collocheranno, peraltro, diacronici e non consonanti interventi legislativi nella specifica materia locatizia, che, da un lato, hanno previsto nullità testuali a presidio dell'osservanza degli obblighi tributari, dall'altro hanno specificato ore rotundo gli effetti della (mancata) registrazione del contratto di locazione.

3.8. La prima novità è costituita dalla L. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 13, comma 1, a mente del quale "è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione di immobili urbani superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato".

3.9. A distanza di sei anni, il legislatore è nuovamente intervenuto con una norma che ha ulteriormente esteso la rilevanza della registrazione in ambito privatistico con riferimento alle locazioni di immobili, ivi comprese quelle ad uso diverso dall'abitazione, stabilendo, con la L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 346, che "i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, essi non sono registrati".

3.10. Sebbene non più vigente, è utile ancora ricordare che il D.Lgs. 14 marzo 2011, n. 23 (Disposizioni in materia di federalismo municipale), all'art. 3, commi 8 e 9, aveva previsto un particolare regime in caso di omessa o tardiva registrazione del contratto di locazione, nonché in caso di registrazione di un contratto di comodato fittizio e di una locazione recante un canone inferiore rispetto a quello realmente pattuito: la durata del rapporto avrebbe dovuto essere legalmente rideterminata in quattro anni rinnovabili decorrenti dal momento della registrazione tardiva e il canone annuale veniva predeterminato nella misura del triplo della rendita catastale dell'immobile, ove inferiore a quella pattuita: tali disposizioni sono state successivamente dichiarate incostituzionali, sia pur per eccesso di delega, con sentenza della Corte Cost. 14 marzo 2014 n. 50, e la stessa sorte ha subito il D.L. 28 marzo 2014, n. 47, art. 5, comma 1 ter, (convertito in L. 23 maggio 2014, n. 80), destinato ad evitare temporaneamente la caducazione degli effetti già prodotti sui contratti di locazione in virtù della disciplina di cui alle norme incostituzionali - a sua volta dichiarato incostituzionale con sentenza del 16 luglio 2015 n. 169.

3.11. Le misure adottate dal legislatore nel 2011 sono state, da ultimo, sostanzialmente riproposte con la L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 59, il quale ha novellato la L. n. 431 del 1998, art. 13, introducendo significative modifiche. Il nuovo testo di tale articolo, oltre a riproporre, al comma 5, quel meccanismo di sanzione della mancata registrazione del contratto di locazione mediante la determinazione autoritativa del canone imposto, di cui al D.Lgs. n. 23 del 2011, art. 3, comma 8, già dichiarato incostituzionale, prevede altresì l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il "termine perentorio di trenta giorni" (comma 1, secondo periodo) stabilendo che, in caso di

inottemperanza a tale obbligo, il conduttore possa chiedere al giudice di accertare la esistenza del contratto e rideterminarne il canone in misura non superiore al valore minimo di cui al precedente art. 2.

4. La sanzione testuale della nullità conseguente alla omessa registrazione introdotta dalla menzionata normativa in materia locatizia, ove intesa in senso conforme alla lettera della legge (conformità che, in dottrina e nella giurisprudenza di merito, ha peraltro costituito oggetto di non poche critiche ed oscillazioni interpretative), pone poi il conseguente problema della sanabilità del negozio attraverso una tardiva registrazione, da esaminare (anche) alla luce dell'art. 1423 c.c., in forza del quale "il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente".

4.1. Non appare un fuor d'opera, sotto il profilo dell'interpretazione storica della normativa succedutasi nel tempo in *subiecta materia*, rammentare infine l'antico disposto del R.D.L. 27 settembre 1941, n. 1015, art. 1, (abrogato dal D.Lgt. 20 marzo 1945, n. 212, art. 1), che aveva introdotto la sanzione della nullità "di pieno diritto" degli atti di trasferimento immobiliare ove non registrati in termini di legge.

5. La Corte costituzionale è stata più volte investita della questione di legittimità costituzionale delle norme volte a riconoscere una rilevanza civilistica al difetto di registrazione degli atti, anche con specifico riferimento a quelle concernenti la materia delle locazioni, sia in relazione alla disciplina introdotta dalla riforma del 1998 che a quella del 2004.

5.1. Dopo la riforma del 1998, la prima pronuncia del giudice delle leggi apparve in linea con i principi tradizionali, attesa la declaratoria di incostituzionalità della L. n. 431 del 1998, art. 7, che poneva, quale condizione per l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato adibito ad uso abitativo, la dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento dell'imposta di registro sul contratto di locazione, dell'ICI e dell'imposta sui redditi relativa ai canoni (Corte cost. n. 333 del 2001).

5.2. In seguito, investita della questione di costituzionalità della L. n. 431 del 1998, art. 13, nella parte in cui sancisce, con riferimento ai soli contratti di locazione ad uso abitativo, la nullità delle pattuizioni volte a determinare un importo del canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (comma 1) e consente al conduttore di chiedere la restituzione delle somme indebitamente corrisposte (comma 2), il giudice delle leggi, premessa l'esistenza di diversi orientamenti interpretativi (questa Corte, aderendo ad una posizione dottrina isolata, aveva interpretato la norma nel senso che essa si limitasse a ribadire la regola della invariabilità soltanto in corso di rapporto del canone originariamente pattuito, con una soluzione che eludeva la questione dei rapporti fra norme fiscali e civilistiche e che, come sottolineato dalla dottrina, si risolveva in una sostanziale *interpretatio abrogans* della disposizione), con l'ordinanza n. 242 del 2004 dichiarò la manifesta inammissibilità della questione, facendo proprio, sia pur indirettamente, l'interpretazione del giudice di legittimità.

5.3. In tale contesto, il legislatore, come già ricordato, è nuovamente e più incisivamente intervenuto sulla materia con la disciplina di cui alla L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, introducendo *expressis verbis* una comminatoria di nullità conseguente alla mancata registrazione del contratto di locazione, norma peraltro applicabile a tutti i contratti di locazione indipendentemente dall'uso abitativo o meno cui l'immobile sia destinato.

5.4. La Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi per ben tre volte sulla legittimità costituzionale anche di tale norma.

5.4.1. La prima pronuncia, di manifesta infondatezza (ordinanza n. 420 del 2007), evidenziò l'inconferenza del parametro costituzionale invocato dal remittente (l'art. 24 Cost.), stante il carattere sostanziale della norma denunciata. In tale occasione, tuttavia, la Corte affermerà un principio di particolare importanza, secondo il quale la L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, "non introduce ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, ma eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c."

5.4.2. Altra questione di legittimità costituzionale della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, verrà sollevata in due distinte occasioni dal Tribunale di Napoli in relazione agli artt. 41,3 e 24 Cost.. In entrambi i casi, la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione, con riferimento ai parametri 41 e 3 Cost., e manifestamente infondata quanto al parametro dell'art. 24 Cost., (Corte cost. ord. n. 389 del 19 novembre 2008 e n. 110 del 9 aprile 2009). In particolare, la declaratoria di inammissibilità è stata fondata, quanto al parametro dell'art. 3, sul rilievo che il giudice remittente non aveva adeguatamente individuato "i motivi dell'ipotizzata irragionevolezza intrinseca della norma, limitandosi ad indicare, in termini meramente descrittivi, l'ovvia diversità delle conseguenze per le parti derivanti dalla previsione della nullità del contratto rispetto al regime precedente", nonchè, quanto al parametro dell'art. 41, sulla considerazione che nell'ordinanza di remissione non erano state "neppure chiarite le ripercussioni della nullità sull'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione finanziaria sotto il profilo della possibilità o meno per la stessa di trattenere le somme eventualmente versate a titolo di imposta di registro", mentre la manifestata infondatezza delle questioni, con riferimento al parametro dell'art. 24 Cost., è stata invece motivata richiamando la motivazione della precedente ordinanza n. 420 del 2007.

5.5. Merita ancora di essere segnalata la sentenza n. 50 del 14 marzo 2014, dichiarativa della illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 23 del 2011, art. 3, commi 8 e 9, per eccesso di delega. Tali disposizioni, relative alle sole locazioni ad uso abitativo, prevedevano, come si è accennato in precedenza, che dalla mancata registrazione "entro il termine di legge" (specificazione temporale che non è invece presente nella L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346) derivassero conseguenze invalidanti per effetto delle quali sorgeva un diverso rapporto locativo, legalmente determinato quanto a durata e misura del canone. Sebbene la pronuncia della Consulta non abbia sottoposto le summenzionate disposizioni allo scrutinio di ragionevolezza (la questione di costituzionalità era stata sollevata da diversi Tribunali con riferimento anche ai parametri 3, 23, 41, 42, 53 e 97), stante la assorbente declaratoria di illegittimità per eccesso di delega, meritano di essere ricordati due passaggi della motivazione, rilevanti ai fini interpretativi delle norme in tema di contratto di locazione non registrato: da un lato, infatti, la disciplina oggetto di censura viene definita "sotto numerosi profili rivoluzionaria sul piano del sistema civilistico vigente"; dall'altro, dopo aver ricordato che la legge delega (L. n. 42 del 2009) conteneva la prescrizione di procedere all'esercizio della delega nel "rispetto dei principi sanciti dallo Statuto dei diritti del contribuente di cui alla L. 27 luglio 2000, n. 212", viene richiamato in particolare l'art. 10 della citata L. n. 212 del 2000, rilevando che "tanto più la mera inosservanza del termine per la registrazione di un contratto di locazione non può legittimare (come sarebbe nella specie) addirittura una novazione - per *factum principis* - quanto a canone e a durata".

6. Appare nondimeno utile, ai fini che occupano il collegio, ripercorrere brevemente le tappe segnate dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte sul delicato tema del rapporto

fra diritto tributario e diritto privato con riguardo alle conseguenze civilistiche che possono derivare dalle violazioni tributarie.

6.1. In assenza di disposizioni che sancissero testualmente la nullità del negozio giuridico elusivo di una norma tributaria, si è posta la questione se fosse o meno configurabile una nullità virtuale del contratto per frode alla legge (art. 1344 c.c.) o per violazione di una norma imperativa (art. 1418 c.c., comma 1).

6.1.1. La risposta della giurisprudenza largamente prevalente è stata nel senso di negare che la norma fiscale avesse carattere imperativo - in conseguenza della distinzione tra norme imperative e norme inderogabili, nonché del peculiare carattere settoriale dell'interesse sotteso -. Di qui, l'affermazione secondo la quale le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative, presupponendo tale qualificazione che la norma abbia carattere proibitivo e sia posta a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico (tra le altre, *funditus*, Cass. sez. 5, n. 11351 del 3 settembre 2001, n. 12128 del 28 settembre 2001, n. 5582 del 18 aprile 2002).

6.2. Pur in presenza di pronunce di segno opposto - le quali, con specifico riferimento alla pratiche societarie di c.d. *dividend washing e dividend stripping*, hanno ritenuto nullo il contratto che realizzava un illecito risparmio di imposta (Cass. sez. 5, n. 20398 del 21 ottobre 2005, n. 20816 del 26 ottobre 2005, n. 22932 del 14 novembre 2005) -, successive decisioni riaffermeranno nuovamente il tradizionale principio secondo il quale le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette ad eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale, non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovando nel sistema tributario le relative sanzioni (Cass., sez. 2, n. 4785 del 28 febbraio 2007, nonché, nella specifica materia delle locazioni ad uso non abitativo, Cass. sez. 3, n. 7282 del 18 marzo 2008).

6.3. Altre decisioni hanno tratto dalla figura dell'abuso del diritto tributario, in tema *didividend washing e dividend stripping*, la conseguenza della mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dell'operazione elusiva, senza spingersi però a dichiarare la nullità del negozio (Cass. S.U., n. 30055 del 23 dicembre 2008; Cass., sez. 5, n. 4583 del 25 febbraio 2009).

6.4. E' stato pertanto riconosciuto, e affermato in larga prevalenza, un principio di non interferenza fra le regole del diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti, principio che si è ritenuto confermato dalla stessa normativa tributaria di contrasto all'elusione fiscale, la quale sancisce la mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di "sostanza economica" e finalizzati, "pur nel rispetto formale delle norme fiscali" a realizzare "essenzialmente vantaggi fiscali indebiti" (così la L. n. 212 del 2000, art. 10 *bis*, aggiunto dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, art. 1, che abroga e sostituisce il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37 *bis*, a sua volta già inserito nel testo del D.P.R. n. 600 del 1973, dal D.Lgs. n. 358 del 1997, art. 7) e rafforzato dalla stessa L. n. 212 del 2000, art. 10, comma 3, a mente del quale, "le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto".

6.5. In questo quadro "di sistema" si inserisce la norma che introduce la sanzione della nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato nelle locazioni abitative (L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1), della quale la giurisprudenza di legittimità adotterà ancora una volta

un'interpretazione stringentemente restrittiva e strettamente civilistica, tale da escludere ogni interferenza tra la regola tributaria concernente l'obbligo di registrazione e la validità dell'atto (e ciò sino all'intervento di queste sezioni unite con la sentenza n. 18213 del 2015), interpretando la disposizione alla luce di un preteso quanto indimostrato principio di immutabilità del canone di locazione abitativa soltanto in corso di rapporto, ed escludendo quindi che essa sanzionasse la diversa ipotesi del patto occulto contestuale alla stipula del contratto di locazione, al quale pertanto veniva riconosciuta validità (Cass. n. 16089 del 27 ottobre 2003 e successiva giurisprudenza conforme, tanto di legittimità quanto di merito).

6.5.1. Le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza poc'anzi citata, modificheranno radicalmente tale orientamento, affermando che la nullità prevista dalla L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, sanziona esclusivamente il patto occulto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, mentre resta valido il contratto registrato e dovuto il canone apparente; tale patto occulto, si legge ancora in sentenza, in quanto nullo, non è sanato dalla registrazione tardiva, vicenda *extra*-negoziale inidonea ad influire sulla testuale (in)validità civilistica (la fattispecie, relativa ad una locazione abitativa, era disciplinata dalla L. del 1998, ed era anteriore all'entrata in vigore della L. del 2004, art. 1 comma 346).

6.5.2. Preciserà, infatti, questa stessa Corte che "non la mancata registrazione dell'atto recante il prezzo reale..., ma la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, espressamente sanzionata di nullità, è colpita dalla previsione legislativa, secondo un meccanismo del tutto speculare a quello previsto per l'inserzione automatica di clausole in sostituzione di quelle nulle: nel caso di specie, l'effetto diacronico della sostituzione è impedito dalla disposizione normativa, sì che sarà proprio la clausola successivamente inserita in via interpretativa attraverso la contro-dichiarazione ad essere affetta da nullità *ex lege*, con conseguente, perdurante validità di quella sostituenda (il canone apparente) e dell'intero contratto".

6.5.3. Da tale ricostruzione, che va in questa sede confermata, deriva che nessun rilievo può assumere la successiva registrazione dell'atto contro-dichiarativo recante la pattuizione di un canone maggiore, posto che l'adempimento formale (ed *extra*-negoziale) dell'onere di registrazione di tale patto "non vale a farne mutare sostanza e forma rispetto alla simulazione", risultando "inidoneo a spiegare influenza sull'aspetto civilistico della sua validità/efficacia". Infatti, chiarirà ulteriormente la sentenza, qualsiasi ricostruzione volta a riconoscere un effetto di sanatoria della registrazione "appare questione del tutto mal posta", poichè "manca proprio l'oggetto (e il presupposto) di tale sanatoria": ciò in quanto l'atto negoziale contro-dichiarativo risulta insanabilmente e testualmente nullo per contrarietà a norma di legge (da ravvisare nell'art. 13, comma 1, espressamente volto ad impedire la sostituzione del canone apparente con quello reale convenuto con il patto occulto), restando tale anche a seguito della sopravvenienza di un requisito *extra*-formale ed *extra*-negoziale quale la registrazione.

6.5.4. Oltre che di natura testuale, secondo il ragionamento di queste Sezioni Unite, la riconosciuta, in parte qua, invalidità negoziale aveva altresì i connotati della nullità virtuale, attesa la causa concreta del patto occulto, ricostruita alla luce del precedente procedimento simulatorio, illecita perchè caratterizzata dalla vietata finalità di elusione fiscale e, quindi, insuscettibile di sanatoria (in proposito, autorevole dottrina, non condividendo tale soluzione, ha osservato che il problema del rapporto tra regola tributaria e sistema civilistico sarebbe stato eluso dal questa Corte, alla quale sarebbe "ripugna(to) affermare che la nullità del patto potesse derivare dalla mancata registrazione". La critica non pare cogliere nel segno, volta che una più

attenta lettura della sentenza avrebbe consentito di rilevare come, pur non potendo farne applicazione nella fattispecie *ratione temporis*, il problema, ben lungi dall'essere eluso, venisse affrontato *apertis verbis* con la precisazione secondo la quale "se la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo (nel sistema tributario è previsto, difatti, il cosiddetto "ravvedimento" D.Lgs. n. 471 del 1997, *ex art.* 13 comma 1...", non senza aggiungere, ancora, che la soluzione adottata con riferimento alla L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, aveva il pregio "di porsi in armonia, *quoad effecta* (anche se non sotto il profilo formale dell'efficacia negoziale della registrazione, predicabile solo a far data dalla L. n. 311 del 2004) con la successiva legislazione intervenuta in *subiecta materia*".

6.5.5. Sotto tale, ulteriore profilo, si è criticato il ragionamento sviluppato da questa Corte in punto di raccordo tra la disciplina dell'art. 13, comma 1 e l'istituto della simulazione, osservando che le Sezioni Unite avrebbero accolto un inquadramento "monistico" del fenomeno della simulazione relativa oggettiva, in virtù del quale il procedimento simulatorio consterebbe soltanto di accordo di simulare e negozio ostensibile, mentre il patto dissimulato non avrebbe alcuna autonomia strutturale, bensì natura di mero strumento probatorio così che la conseguenza di tale premessa, che nega la sussistenza di un autonomo contratto dissimulato, non potrebbe essere allora la nullità riferita alla controdi chiarazione, ma dovrebbe essere la nullità dell'accordo simulatorio, il cui destino verrebbe invece del tutto sottaciuto".

6.5.6. Osserva il collegio che tali rilievi, da un canto, prescindono del tutto dal dato normativo, che limita al solo patto di maggiorazione del canone, e non all'intero contratto, la sanzione della nullità, con conseguente validità (e sopravvivenza) *ex lege* dell'accordo negoziale "depurato" dal patto illecito; dall'altro, sovrappongono indebitamente la morfologia del "patto dissimulato", di cui si evoca una pretesa "autonomia strutturale", alla sua funzione, così ricadendo nell'errore di considerare il procedimento simulatorio caratterizzato da una duplicità di strutture contrattuali - caratterizzazione, in realtà, del tutto imprevedibile, come condivisibilmente sostenuto dalla più accorta dottrina, volta che la fattispecie disciplinata dagli artt. 1414 e 1417 c.c., è fenomenologicamente, prima ancora che giuridicamente, unitaria (di tal che il destino dell'accordo simulatorio, ben lungi dall'essere del tutto sottaciuto, è proprio quello scolpito dalla norma che ne sancisce la perdurante validità ed efficacia, una volta depurato dal patto controdi chiarativo contenente la illegittima maggiorazione del canone).

6.6. Tali considerazioni si segnalano per la loro specifica attinenza alla questione oggi nuovamente sottoposta al collegio con riferimento alle locazioni ad uso diverso da abitazione alle quali sia applicabile *ratione temporis* la L. n. 311 del 2004, e possono offrire un primo spunto interpretativo nell'analisi della fattispecie in esame.

6.7. Nella motivazione della sentenza del 2015 si rinvengono, difatti, ulteriori indicazioni, definite di carattere storico-sistematico ed etico-costituzionale (queste ultime significativamente enfatizzate dall'ordinanza interlocutoria n. 16604/2016), che richiamano l'attenzione dell'interprete sull'avvenuta introduzione nel nostro ordinamento, nella specifica materia della locazione, di un principio generale di interferenza dell'obbligo tributario con la validità negoziale, nonché sulla opportunità di raggiungere una omogeneità di effetti tra le discipline succedutesi nel tempo (in particolare quella del 1998 e quella del 2004) e, infine, sul rilievo etico/costituzionale del corretto adempimento degli obblighi tributari.

6.7.1. In particolare, quanto alle ragioni di tipo storico-sistematico, si legge che "le disposizioni di legge successive al 1998 introducono un principio generale di inferenza/interferenza dell'obbligo tributario con la validità del negozio, principio generale di cui è sostanziale conferma nel *dictum* dello stesso giudice delle leggi (Corte cost. 420 del 2007), il che consente di rendere omogenea (sia pur per altra via, che non impinge nell'efficacia delle registrazioni) la soluzione adottata con quella scaturente dalla normativa successiva al 1998". 6.8. La ricostruzione della fattispecie costituita dalla maggiorazione occulta del canone in termini di procedimento simulatorio deve essere, sul piano morfologico - sia pur con le evidenti ed innegabili differenze funzionali tra locazioni abitative e non - in questa sede confermata, anche (e soprattutto) alla luce dei successivi interventi normativi in *subiecta materia*.

7. Nella giurisprudenza di merito si registrano soluzioni interpretative assai difformi, che riflettono il dibattito dottrinario emerso a seguito della Finanziaria del 2005, e che possono sostanzialmente ricondursi a tre orientamenti: quello dell'interpretazione antiletterale della nullità conseguente alla mancata registrazione, ritenuta condizione di efficacia sanabile *ex tunc* (Trib. Modena 12 giugno 2006; Trib. R. Emilia; Trib. Firenze 1 aprile 2009; Trib. Bergamo 7 febbraio 2012); quello predicativo della nullità sanabile con effetti *ex nunc* (Trib. Napoli 19 ottobre 2009; Trib. Bari 24 ottobre 201; Trib. Lecce 8 gennaio 2014; TAR Trento, 9.12.2010, n. 230); quello, infine, della nullità assoluta ed insanabile (Corte di appello Roma n. 3753 del 24 giugno 2015), mentre la soluzione adottata dal legislatore con la L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, è stata accolta, in dottrina, da critiche ad oggi ancora non sopite, quasi tutte tendenzialmente tendenti ad interpretazioni abroganti o, quantomeno, volte a limitare la portata della invalidità sancita dalla norma (le soluzioni proposte spaziano dall'ipotesi della nullità, sanabile o insanabile, a quella, prevalente, della *condicio juris*, a quella della fattispecie a formazione progressiva, a quella ancora del difetto di un elemento costitutivo del negozio, a quella, infine, della "validità o invalidità sospesa").

8. E' convincimento del collegio che la soluzione del caso in esame non consenta un'interpretazione diversa da quella che ricostruisce la sanzione legislativa per omessa registrazione in termini di nullità sopravvenuta del contratto di locazione per mancanza di un requisito *extra*-formale di validità. E tale requisito, che opera in guisa di co-elemento esterno di validità del negozio, è stato introdotto dal legislatore per contrastare tanto l'elusione quanto l'evasione fiscale (e non solo l'elusione o l'evasione dell'imposta di registro, ma anche l'evasione delle imposte dirette da parte del locatore sui canoni riscossi).

8.1. Milita in tal senso, in primo luogo, la chiara lettera della disposizione normativa, così che risulterebbe innegabile la forzatura di ogni opzione interpretativa volta a discostarsi da essa, ritenendo (assai sbrigativamente quanto assai poco convincentemente) che il legislatore sia incorso in un *lapis calami*, adottando in senso del tutto atecnico un termine che, nella teoria del contratto, ha un significato ben definito e non equivoco.

8.2. In secondo luogo, la norma in parola non solo ha reiterato la qualificazione del vizio in quegli stessi termini di nullità già utilizzati dalla L. n. 431 del 1998, art. 13, con riferimento alle sole locazioni ad uso abitativo, ma ne ha anche ampliato l'incidenza, estendendola a tutti i contratti di locazione, e altresì riferendola all'intero contratto e non soltanto al patto occulto di maggiorazione del canone.

8.3. Decisivo risulta, in terzo luogo, l'inequivoco *dictum* della Corte costituzionale, a mente del quale, come più volte rammentato, l'art. 1, comma 346, eleva la norma tributaria al rango di

norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c.

8.3.1. Nella pronuncia del 2007, il giudice delle leggi opera, peraltro, un generico richiamo all'art. 1418 c.c., senza precisare quale comma di tale articolo verrebbe in rilievo nel caso specifico, ossia se si tratti di una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, ovvero di una nullità testuale ai sensi del comma 3 del medesimo articolo. In considerazione dell'esplicito riferimento al rango di norma imperativa che la disposizione dell'art. 1, comma 346, avrebbe conferito alla norma tributaria sull'obbligo di registrazione, potrebbe, difatti, ipotizzarsi che la Corte abbia inteso riferirsi ad una fattispecie di nullità virtuale, anche se ciò potrebbe apparire *prima facie* incongruo, essendo la comminatoria di nullità sancita in modo espresso da una norma di legge (nullità testuale), onde l'apparente irrilevanza della qualificazione della disposizione sull'obbligo di registrazione in termini di norma imperativa o meno.

8.3.2. Ma la scelta terminologica adottata dalla Corte costituzionale potrebbe assumere, ad una più attenta riflessione, una duplice valenza: da un lato, quella di ribadire che proprio di nullità si discorre nella norma (e non già di inefficacia o di altre fattispecie ipotizzate in dottrina e nella giurisprudenza di merito); dall'altro, quella di affermare che comunque, al di là della nullità testuale ivi sancita, la norma tributaria ha assunto per il legislatore carattere imperativo, quantomeno con riferimento ai contratti indicati dal cit. art. 1, comma 346, con conseguente loro nullità (anche) virtuale in caso di omessa registrazione, anche quando non ricorra la specifica ipotesi riconducibile nell'alveo della nullità testuale - considerazione, quest'ultima, che, per quanto si dirà più avanti, potrebbe rilevare con riferimento al caso, propriamente oggetto della questione sollevata dall'ordinanza interlocutoria n. 16604/2016, di doppia pattuizione del canone, l'una indicata in un contratto simulato e registrato, l'altra (maggiore) specificata in un atto dissimulato e non registrato.

9. Come più volte rammentato, questa stessa Corte, pronunciandosi in tema di locazioni ad uso abitativo soggette *ratione temporis* ad altra disciplina normativa (la L. n. 431 del 1998, art. 13), e stabilendo che il patto occulto di maggiorazione del canone è nullo e che tale nullità non è sanata dalla registrazione tardiva, in quanto quest'ultima, in quella fattispecie (locazione stipulata ante 2004, e soggetta alla sola disciplina dell'art. 13 cit.), costituiva un fatto *extra-negoziale* inidoneo ad influire sulla (in)validità civilistica della fattispecie, ha poi specificato come la sanzione di nullità derivasse non dalla mancata registrazione, bensì dalla (diversa) vicenda *endo-negoziale* costituita dalla illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, espressamente sanzionata di nullità - mostrando così di ritenere, sia pur implicitamente, la L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, senz'altro idoneo ad incidere a sua volta, ed autonomamente, sul negozio civilistico in termini di (in)validità, in consonanza con il *dictum* del giudice delle leggi di cui alla ordinanza n. 420 del 2007.

10. La stessa ordinanza interlocutoria che ha rimesso a queste Sezioni Unite la questione non sembra dubitare che la stipulazione oggetto della controversia al suo esame, in considerazione della causa concreta che la caratterizza, si riveli come imprescindibilmente connotata dalla vietata finalità di elusione fiscale, e pertanto conseguentemente affetta da invalidità. Pur ravvisando una evidente fattispecie di nullità nella pattuizione de qua, il collegio remittente sembra altresì ricollegare tale invalidità allo scopo pratico perseguito dalle parti (Le. alla sua causa concreta), in quanto in contrasto con il generale principio antielusivo desumibile dall'art. 53 Cost., piuttosto che alla previsione della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, la quale

viene menzionata solo indirettamente, operando così un riferimento alla fattispecie della nullità virtuale, e non (solo) testuale, dettata dalla norma ora citata.

11. La ricostruzione in termini di vera e propria nullità testuale sancita dall'art. 1, comma 346 cit. resiste poi, ad avviso del collegio, alle molteplici critiche, pur efficacemente e suggestivamente argomentate, mosse da autorevole dottrina anche successivamente alle menzionate pronunce della Corte costituzionale (ord. n. 420 del 2007) e delle Sezioni Unite di questa Corte (sent. n. 18213 del 2015).

11.1. In particolare, non sembra dirimente il rilievo secondo il quale la nullità, in ossequio ai principi del codice civile, andrebbe riferita ai vizi riguardanti l'iter formativo e costitutivo dell'atto negoziale, essendo stato condivisibilmente osservato che esistono nel nostro ordinamento anche altre ipotesi di nullità derivanti da un difetto *extra-genetico* attinente ad elementi estrinseci e successivi rispetto alla formazione del contratto, tali da indurre ad una rivisitazione della categoria tradizionale della nullità (un esempio è offerto dall'art. 67 *septiesdecies* del codice del consumo, di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che prevede la nullità del contratto se il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate o viola gli obblighi di informativa precontrattuale; o ancora dal D.P.R. n. 380 del 2001, artt. 46 e 47, che, in tema di compravendita immobiliare stipulata in violazione di norme edilizie che impongono alle parti specifiche dichiarazioni o allegazioni urbanistiche, discorrono di atti nulli "che possono essere confermati" e di atti nulli "non convalidabili").

11.2. Neppure giova richiamare il tradizionale orientamento sul principio di non - interferenza delle violazioni di carattere tributario rispetto alla validità del contratto, elevato a regola positiva dalla statuto dei diritti del contribuente (L. n. 212 del 2000, art. 10, comma 3), volta che, al di là di ogni considerazione sulla effettiva portata di tale norma, la disposizione dell'art. 1, comma 346, della Finanziaria 2005, circoscritta al solo ambito delle locazioni (e dunque *lex specialis*), non costituisce una prescrizione di esclusivo carattere tributario, ma introduce un regola di diritto civile, comminando una speciale nullità nei rapporti tra privati, sia pure per effetto di una violazione di carattere tributario, come autorevolmente sostenuto dallo stesso giudice delle leggi.

11.3. Le stesse riflessioni critiche che fan leva sulla ragione fiscale la quale resterebbe insoddisfatta dalla ricostruzione della norma in termini di nullità (in ipotesi, insanabile) - non risulta di per sè decisiva, ben potendo il legislatore, nella sua discrezionalità politica, scegliere di adottare una disposizione normativa caratterizzata da finalità preventive e dissuasive, rendendo non conveniente alle parti di omettere la registrazione salvo provvedervi in caso di sopravvenuto conflitto tra gli stessi contraenti, così prefiggendosi (come è stato condivisibilmente osservato) un obiettivo conformativo ben più ambizioso rispetto a quello conseguibile dalle eventuali sanatorie a posteriori, circoscritte alle ipotesi di contenzioso tra le parti.

11.4. Con riguardo, infine, alla disposizione di cui alla stessa L. n. 311 del 2004, comma 342, la quale presuppone espressamente l'esistenza del rapporto di locazione, in caso di omessa registrazione, per i quattro anni anteriori a quello in cui il rapporto è stato accertato, appare poi condivisibile l'osservazione che ne evidenzia la natura, questa sì, di disposizione esclusivamente tributaria, volta cioè ad assicurare una adeguata entrata fiscale a fronte della riscontrata evasione, senza alcun effetto di diritto civile.

12. Vanno pertanto riaffermati, sul piano dell'analisi morfologica della fattispecie, i principi affermati da queste sezioni unite con la più volte citata sentenza del 2015 in tema di locazioni abitative, predicativi della natura di procedimento simulatorio della vicenda negoziale volta ad occultare la maggiorazione convenzionale del canone.

13. Occorre ora indagare il tema, del tutto speculare, delle locazioni non abitative volta che le parti, oltre od a prescindere dalla registrazione del contratto, ovvero nonostante essa, abbiano concordato un certo canone, dichiarandone però un altro.

13.1. Va osservato, in premessa, che, sul piano funzionale, le fattispecie locative sembrerebbero differenziarsi a seconda che il rapporto contrattuale abbia o meno carattere abitativo.

13.2. Con riguardo alle locazioni non abitative, difatti, potrebbe rilevarsi, prima facie, la mancanza di una norma espressa che sancisca la nullità testuale del patto di maggiorazione del canone, come invece espressamente previsto dalla L. n. 492 del 1998, art. 13, per le locazioni abitative.

13.2.1. Per esse, la sanzione di nullità del (solo) patto di maggiorazione - che, attese la natura di controdiplomazia dissimulativa (al di là ed a prescindere dalla forma negoziale di volta in volta assunta), ne impedisce il dispiegarsi degli effetti - non si estende, difatti, all'intero contratto (se registrato), che resta, pertanto, valido ed efficace, ai sensi del citato art. 13, salva, dopo il 2004, la nullità del contratto tout court per omessa registrazione.

13.2.2. Tale previsione normativa non è stata espressamente estesa, dal legislatore del 1998, alle locazioni non abitative, in relazione alle quali, pertanto, non risulterebbe apparentemente predicabile alcuna nullità testuale dell'accordo di maggiorazione occulta del canone.

13.3. Il procedimento simulatorio, costituito dall'accordo tra le parti (che ne consacra e ne cristallizza l'incontro delle volontà volto a stipulare una locazione con prezzo fittizio) e dall'(unica) convenzione negoziale (i.e. il contratto di locazione), perfetta in ogni suo elemento, il cui oggetto (il prezzo) simulato risulta essere diverso alla luce della controdiplomazia contenente l'oggetto (il prezzo, non il negozio) dissimulato, risulterebbe, pertanto, prima facie "neutro" (come accade per ogni vicenda di simulazione relativa, rispetto alla quale il legislatore del '42 adotterà un atteggiamento felicemente definito agnostico dalla dottrina), sul piano tanto volontaristico, quanto causale (salvo quanto ancora si dirà sull'intento evasivo/elusivo del locatore), proprio per l'assenza di una norma che sancisca la nullità del patto controdiplomazionario di maggiorazione del canone.

La nullità è, di converso, stabilita per l'intero contratto (e non per il solo patto controdiplomazionario), in conseguenza non già di un vizio *endo*-negoziale, ma (della mancanza) di un requisito *extra*-formale costituito dall'omissione della registrazione del contratto.

13.4. Questa stessa Corte, con la sentenza del 2015, aveva avuto modo di affermare che, se la sanzione della nullità derivasse dalla sola violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo.

Si pone allora, come prima questione, quella della configurabilità di una possibile sanatoria a seguito della tardiva registrazione di un (qualsivoglia) contratto di locazione che contenga l'indicazione del canone reale, come convenuto fin ab origine tra le parti.

14. In tale prospettiva, occorre preliminarmente verificare se una tardiva registrazione possa dirsi legittima.

La normativa tributaria sembra offrire una risposta positiva al quesito, considerato che il termine di trenta giorni previsto per assolvere al pagamento dell'imposta di registro non è qualificato come perentorio (D.P.R. n. 131 del 1986, art. 17, comma 1, come modificato dalla L. 21 novembre 2000, n. 342, art. 68) e che l'art. 38, dello stesso decreto, prevede che "la nullità... dell'atto non dispensa dall'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta". E' inoltre prevista la possibilità di una registrazione volontaria tardiva anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione (citato D.P.R. n. 131 del 1986, art. 76, comma 5), ed è lo stesso sistema tributario a consentire il c.d. "ravvedimento operoso", riconoscendo l'attenuazione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi ed alle condizioni indicate dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 13.

14.1. Resta da valutare se un ostacolo alla possibilità di tardiva registrazione sia stato introdotto a seguito della novella della L. n. 431 del 1998, art. 13, come recentemente modificato dalla L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 59, (c.d. legge di stabilità 2016), laddove è stato previsto l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il termine perentorio di trenta giorni (comma 1, secondo periodo dell'art. 13 cit.) stabilendosi altresì che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, il conduttore possa chiedere al giudice di accertare la esistenza del contratto e rideterminarne il canone in misura non superiore al valore minimo di cui al precedente art. 2.

15. Valutando complessivamente tale disposizione, peraltro dettata con esclusivo riferimento alle locazioni ad uso abitativo, non sembra che da essa possa desumersi l'introduzione di una generalizzata "perentorietà" del termine per la registrazione previsto dalla normativa tributaria, considerato che la perentorietà del termine sembra circoscritta alla condotta del solo locatore, ed esclusivamente al fine di far operare la correlata possibilità per il conduttore di ottenere la conformazione del contratto (altrimenti nullo perchè non registrato nel termine) al canone autoritativamente predeterminato, come previsto dalla nuova disposizione. Ma ciò, si ripete, per i soli contratti di locazione ad uso abitativo.

16. Ritenendo, pertanto, non illegittima una registrazione tardiva, sembra coerente riconoscere a tale adempimento tardivo l'effetto di sanare la nullità sancita dal comma 346 della Finanziaria 2004, attesone il carattere:

- sul piano morfologico, di nullità per difetto di un coelemento di validità *extra*-negoziale
- sul piano funzionale, di invalidità da inadempimento (dell'obbligo di registrazione).

17. Tale soluzione si pone in linea con quanto condivisibilmente affermato da quella dottrina che propone una lettura restrittiva dell'art. 1423 c.c., limitata alla insanabilità del negozio nullo salvo convalida, così che (al di là dell'improprietà del termine adottato dal legislatore del 1942, essendo l'effetto di convalida predicabile con riferimento al solo negozio annullabile, del quale è destinato a fissarne definitivamente l'efficacia già temporaneamente e provvisoriamente prodottasi fin dalla conclusione del contratto), la norma non può ritenersi ostativa alla (eccezionale) ammissibilità di altre ipotesi di cd. sanatoria (ovvero di "recupero" degli effetti negoziali, come più correttamente proposto da altra dottrina) delle nullità contrattuali (ne testimonierebbero la legittimità alcune fattispecie previste dallo stesso codice, come la conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle; il matrimonio putativo; l'esecuzione del contratto di lavoro nullo; la cosiddetta pubblicità sanante *ex art.* 2652 c.c., n. 6; la sanatoria delle nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per mancanza del verbale, emendabile mediante verbalizzazione che preceda la successiva assemblea con effetto *ex tunc*;

l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo anche quando il contratto sia nullo, perchè stipulato in assenza di autorizzazione all'esercizio, ex art. 167, comma 2, Cod. ass.).

18. Può, pertanto, concludersi che il contratto di locazione ad uso non abitativo (non diversamente, peraltro, da quello abitativo), contenente ab origine la previsione di un canone realmente convenuto e realmente corrisposto (e dunque, in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, ma, in caso di sua tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, sanabile, volta che il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" appare coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento" (entrambi i termini da intendersi, come ovvio, in senso diverso da quello tradizionalmente riservato al momento esecutivo del rapporto negoziale).

18.1. E' difatti innegabile che, nel caso di specie, l'interprete sia chiamato a confrontarsi con una vicenda di nullità efficacemente definita impropria o atipica - a tacer d'altro perchè il contratto produce i suoi effetti almeno fino a trenta giorni dalla sua stipulazione, termine ultimo per effettuare la registrazione, per poi assumere la qualificazione negativa sancita dal legislatore, mentre l'ammissibilità di un effetto di sanatoria troverebbe ulteriore conferma nella interpretazione sistematica delle norme di registro, e, segnatamente, di quelle sulla registrazione d'ufficio (D.P.R. n. 131 del 1986, artt. 15 e 65).

19. La conseguente questione che si pone, all'esito del riconoscimento, alla registrazione tardiva, di un effetto sanante, è quella se tale effetto operi una reviviscenza del contratto con effetti retroattivi o meno.

19.1. La evidente anomalia della vicenda, che diacronicamente alterna una fase di piena validità ed efficacia del rapporto contrattuale ad una in cui subentra la totale invalidità ed inefficacia proprie della disciplina della nullità, in assenza di significativi indici normativi che possano indirizzare l'interprete verso l'una o l'altra soluzione (la sola fattispecie di sanatoria ove viene sancita espressamente la retroattività è quella di cui all'art. 2379 *bis* c.c., in tema di verbali assembleari di società), induce a ritenere che l'effetto sanante sia destinato a retroagire alla data della conclusione del contratto (in termini, di recente, Cass. sez. III n. 10498 del 2017).

19.1. L'effetto di sanatoria con efficacia retroattiva consente, difatti, di stabilizzare definitivamente gli (assai instabili) effetti del contratto, assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto, volta che il conduttore non sarà esposto ad azioni di rilascio, godrà della durata della locazione come prevista ab origine nel contratto (e non dalla data della registrazione che, intervenendo a distanza di tempo dalla stipulazione, ne abbrevierebbe significativamente quanto arbitrariamente i termini di scadenza), conserverà il diritto all'avviamento, quello alla prelazione, ed ancora quello alla libera trasferibilità dell'azienda e del contratto.

19.2. Una diversa opzione, collocando il *dies a quo* della convenzione negoziale soltanto alla data della registrazione (lasciandone inalterato il *dies ad quem*), finirebbe poi per contrastare con la stessa disciplina legale della durata del contratto, ponendosi al di fuori della stessa ratio della sanatoria, che finirebbe per creare un imprevedibile effetto di novazione del contratto originario (indirettamente) per *factum principis*.

20. Resta ora da esaminare se tale conclusione possa estendersi anche al caso che oggi occupa la Corte, e cioè all'ipotesi in cui la fattispecie concreta sia costituita da un accordo simulatorio cui consegua non già la tardiva registrazione dell'intero contratto che preveda, ab origine, la corresponsione del canone reale, ma quella del solo patto dissimulato (raccordo integrativo" del

caso di specie) volto ad occultare un canone maggiore, dopo che il contratto contenente il canone simulato sia stato a sua volta e previamente registrato, sulla premessa per cui la sanatoria da tardiva registrazione elimina soltanto la nullità (testuale) sopravvenuta, lasciando impregiudicata la sorte del contratto qual era fino alla violazione dell'obbligo di registrazione (inidonea a spiegare efficacia sanante su di una eventuale nullità da vizio genetico).

La eventuale sanatoria della nullità sopravvenuta, in altri termini, non esime l'interprete dall'esaminare il contratto nel suo status quo ante.

21. Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina che hanno affrontato il tema della nullità introdotta dall'art. 1, comma 346 cit. hanno, difatti, trattato le connesse problematiche senza distinguere tra le ipotesi di totale omissione della registrazione del contratto contenente ab origine l'indicazione del canone realmente dovuto (in assenza, pertanto, di qualsivoglia procedimento simulatorio) e quelle di simulazione del canone con registrazione del solo contratto simulato recante un canone inferiore, cui acceda il cd. "accordo integrativo" con canone maggiorato (ipotesi alla quale potrebbe ancora aggiungersi quella della mancata registrazione dello stesso contratto contenente il canone simulato, oltre che del detto accordo integrativo).

22. E' convincimento del collegio che le due fattispecie non consentano di pervenire ad una soluzione omogenea.

Sul piano tanto morfologico, quanto (e soprattutto) su quello funzionale, difatti, le due vicende negoziali sono caratterizzate da evidenti dissonanze, volta che:

22.1. il contratto non registrato in toto, contenente l'indicazione del reale corrispettivo della locazione, è "sconosciuto" all'Erario dal punto di vista fiscale e nullo dal punto di vista civilistico in virtù di una testuale previsione normativa che ricollega la sanzione di invalidità al comportamento illecito (l'inadempimento all'obbligo di registrazione). Sanata l'invalidità successivamente alla stipula del contratto attraverso la registrazione tardiva, ciò che rileva è proprio (e solo) l'oggettiva tardività dell'assolvimento dell'obbligo tributario, ed è proprio (e solo) tale inadempimento ad essere sanzionato, al di là ed a prescindere dalla circostanza che esso sia o meno riconducibile all'accordo negoziale delle parti, potendo dipendere dalla scelta di uno solo dei contraenti e finanche da un impedimento alla tempestiva registrazione o da una mera incuria; in altri termini, in tale ipotesi non viene in rilievo un vizio genetico dell'atto, ma la mancata attuazione di un obbligo ad esso conseguente, in relazione al quale ben può ricavarsi dal sistema la possibilità di un adempimento tardivo, che integri diacronicamente la fattispecie con il necessario co-elemento esterno di validità, costituito dal requisito extra formale della registrazione, con effetti sananti dal momento in cui l'atto stesso è stato posto in essere.

22.2. Diverso è il caso di un contratto debitamente registrato, contenente un'indicazione simulata di prezzo, cui acceda una pattuizione a latere (di regola denominata "accordo integrativo", come nel caso di specie), non registrata e destinata a sostituire la previsione negoziale del canone simulato con quella di un canone maggiore rispetto a quello formalmente risultante dal contratto registrato. Appare inevitabile la riconduzione di tale fattispecie nell'orbita dell'istituto della simulazione, in sintonia con quanto affermato da queste stesse Sezioni Unite con riferimento alla speculare (e in parte qua del tutto sovrapponibile) vicenda delle locazione ad uso abitativo. Il (medesimo) procedimento simulatorio si sostanzia, difatti, sul piano morfologico, in un previo accordo simulatorio e in una successiva, unica convenzione negoziale, tanto nell'ipotesi di simulazione assoluta (assenza di effetti negoziali) quanto di

simulazione relativa (produzione di effetti diversi da quelli riconducibili al negozio apparente), mentre la cd. controdiagnosi non è altro che uno strumento probatorio idoneo a fornire la "chiave di lettura" del negozio apparente, caratterizzata dalla sua eventualità e dalla irrilevanza della contestuale partecipazione alla sua stesura di tutti i soggetti protagonisti dell'accordo - tanto che l'atto contro dichiarativo può anche provenire da uno solo di essi, e sostanziarsi in una dichiarazione unilaterale, perciò solo priva di ogni veste contrattuale. Sicché non appare corretto, in punto di diritto, va ripetuto, discorrere di contratto simulato e contratto dissimulato come di due diverse e materialmente separate convenzioni negoziali (né tantomeno appare corretto ricondurre il cd. negozio dissimulato alla controdiagnosi, come talora si suole affermare). Ebbene, proprio tale accordo simulatorio, in quanto volto a celare un canone maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato, disvela la finalità di elusione ed evasione fiscale che un simile patto è funzionalmente destinato a realizzare e, dunque, la sua causa concreta, da intendersi quest'ultima nella più moderna nozione di scopo pratico del negozio, sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. Osservata da tale prospettiva, la fattispecie della simulazione (relativa) del canone locatizio risulta affetta da un vizio genetico, attinente alla sua causa concreta, inequivocabilmente volta a perseguire lo scopo pratico di eludere (seppure parzialmente) la norma tributaria sull'obbligo di registrazione dei contratti di locazione. Se tale norma tributaria si ritiene essere stata elevata a "rango di norma imperativa", come sembra suggerire l'evoluzione normativa e giurisprudenziale più recente e come precisato dalla stessa Corte costituzionale, deve concludersi che la convenzione negoziale sia intrinsecamente nulla, oltre che per essere stata violata parzialmente nel quantum l'obbligo di (integrale) registrazione, anche perché ab origine caratterizzata da una causa illecita per contrarietà a norma imperativa (*ex art. 1418 c.c., comma 1*), tale essendo costantemente ritenuto lo stesso art. 53 Cost. - la cui natura di norma imperativa (come tale, direttamente precettiva) è stata, già in tempi ormai risalenti, riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 5 del 1985; Cass. ss. uu. n. 6445 del 1985). In tale ottica, acquista una valenza particolarmente significativa l'affermazione della Corte costituzionale che, nel qualificare la nullità sancita dalla L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, come genericamente riconducibile all'art. 1418 c.c., non ha ristretto la (evidente) portata della norma al solo comma 3, dell'articolo richiamato (nullità testuale), ma ne ha implicitamente evidenziato la rilevanza anche ai fini del comma 1 (nullità virtuale), sottolineandone l'effetto di aver elevato a norma imperativa la disposizione tributaria sull'obbligo di registrazione dei contratti ivi contemplati. Trattandosi di un vizio riconducibile al momento genetico del contratto, e non (soltanto) ad un mero inadempimento successivo alla stipula (sanzionato dalla nullità testuale di cui al comma 346 della Finanziaria 2004), nelle fattispecie simulatorie del canone locatizio contenuto in un contratto già registrato deve allora ravvisarsi la diversa ipotesi di una nullità virtuale, secondo la concezione tradizionale di tale categoria - e, quindi, tradizionalmente insanabile *ex art. 1423 c.c.*: in tal caso, infatti, la nullità deriva non dalla mancata registrazione (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, a monte, dall'illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non appare idonea a sanare.

Non senza considerare, ancora, che, dalla registrazione del cd. "accordo integrativo", ove questo presenti i caratteri di cui all'art. 1321 c.c., se ne dovrebbe trarre, ove se ne predicassero liceità,

validità ed efficacia, la sua configurazione in termini di nuovo contratto, cui attribuire (del tutto fittiziamente, e del tutto erroneamente, come si è visto) il carattere o dell'accordo novativo ovvero del negozio di accertamento: caratteri, evidentemente, del tutto inesistenti, salvo che, nella sua riconosciuta facoltà di interpretazione del contratto, il giudice di merito non accerti, nel singolo caso, l'effettivo carattere novativo dell'accordo (novazione peraltro imprevedibile nel caso di coincidenza temporale tra i due atti), alla luce dell'effettiva esistenza di un *animus novandi* e di un *aliquid novi*.

23. Si rende conseguentemente necessario estendere l'indagine alla sorte del contratto di locazione regolarmente registrato, e contenente l'indicazione del canone simulato.

23.1. Con specifico riguardo all'analogia fattispecie simulatoria riferita alla locazione ad uso abitativo e soggetta alla disciplina della L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, la più volte citata sentenza di queste Sezioni Unite del 2015 ebbe modo di precisare come la sanzione legislativa della nullità prevista da quella specifica norma colpisse non la mancata registrazione dell'atto recante il prezzo reale (attesane la precipua funzione di controdedichiarazione), ma la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, sicchè "sarà proprio la clausola successivamente inserita in via interpretativa attraverso la controdedichiarazione ad essere affetta da nullità *ex lege*, con conseguente, perdurante validità di quella sostituenda (il canone apparente) e dell'intero contratto".

24. Nell'ipotesi oggi sottoposta al vaglio di questa Corte, che ha ad oggetto una locazione ad uso non abitativo, ciò che la disciplina legislativa del 2004 ha inteso non solo sanzionare, ma anche elevare a rango di norma imperativa, è proprio l'obbligo di registrazione, non il divieto di sostituzione di un canone con un altro.

Ma è proprio quell'obbligo che la causa concreta dell'accordo intercorso tra le parti è funzionalmente volta (ancorchè parzialmente) ad eludere: occorre, pertanto, valutare se, negata in premessa la esistenza di un autonomo contratto dissimulato, la nullità possa ancora essere riferita alla sola controdedichiarazione, in (apparente) assenza di una norma simmetrica a quella di cui alla L. del 1998, art. 13.

25. E' convincimento del collegio che, se in caso di omessa registrazione del contratto contenente la previsione di un canone non simulato ci si trova di fronte ad una nullità testuale L. n. 311 del 2004, *ex art. 1*, comma 346, sanabile con effetti *ex tunc* a seguito del tardivo adempimento all'obbligo di registrazione, nel caso di simulazione relativa del canone di locazione, e di registrazione del contratto contenente la previsione di un canone inferiore per finalità di elusione fiscale, si è in presenza, quanto al cd. "accordo integrativo", di una nullità virtuale insanabile, ma non idonea a travolgere l'intero rapporto - compreso, quindi, il contratto reso ostensibile dalle parti a seguito della sua registrazione.

26. Norma speculare, in via interpretativa, rispetto a quella di cui alla L. del 1998, art. 13, deve, difatti, ritenersi la L. n. 392 del 1978, art. 79.

26.1. Non ignora il collegio che la costante interpretazione della disposizione in parola si sia storicamente assestata, nella giurisprudenza di questa stessa Corte, nel senso che la sanzione di nullità in essa prevista abbia avuto riguardo alle (sole) vicende funzionali del rapporto, colpendo, pertanto, le sole maggiorazioni del canone previste in itinere e diverse da quelle consentite *ex lege*, e non anche quelle convenute al momento della conclusione dell'accordo.

26.2. Ma va altresì ricordato come, *mutatis mutandis*, la stessa linea di pensiero sia stata adottata, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, anche con riferimento all'interpretazione

dell'art. 13, dettato in tema di locazioni abitative - delle quali si era ritenuto parimenti predicabile la sanzione di nullità della maggiorazione del canone se, e solo se, quella maggiorazione avesse avuto diacronico riferimento a momenti diversi e successivi rispetto a quello della stipula dell'accordo.

Al momento, cioè funzionale, e non genetico, del rapporto.

Questa interpretazione è stata rivisitata e modificata dalla sentenza del 2015.

Per le stesse ragioni in essa esposte, è convincimento del collegio che anche la lettura dell'art. 79, della legge cd. sull'equo canone debba essere oggi modificata nel senso che il patto di maggiorazione del canone è nullo anche se la sua previsione attiene al momento genetico, e non soltanto funzionale, del rapporto.

27. Il collegio non ignora che, in tal modo, i casi, apparentemente più gravi, e cioè quelli di totale omissione della registrazione del contratto, risulterebbero soggetti ad una disciplina meno rigida (conseguente al riconoscimento di una sanatoria della nullità derivante dalla loro omessa registrazione), ma la diversa gravità delle conseguenze può trovare una congrua spiegazione nella maggiore gravità del vizio che inficia le ipotesi simulatorie rispetto a quelle in cui manchi la registrazione del contratto tout court: un vizio genetico e voluto da entrambe le parti nel primo caso, un inadempimento successivo alla stipula di un contratto geneticamente valido, nel secondo caso.

27.1. E' vero, in altri termini, che una simile soluzione renderebbe più gravose, *quoad effecta*, le ipotesi di simulazione relativa del canone nei contratti di locazione soggetti rispettivamente, alla disciplina della L. n. 431 del 1998, art. 13, (per come interpretato dalle S.U. con la sentenza n. 18213 del 2015, che ha ritenuto la perdurante validità del canone apparente e, quindi, dell'intero contratto) e della L. n. 392 del 1998, art. 79, (per come oggi interpretato), rispetto a quelle concernenti i contratti di locazione, ad uso abitativo e non, cui sia invece applicabile la normativa (e la possibilità di sanatoria, per quanto in precedenza esposto) introdotta dalla Finanziaria del 2004.

Tuttavia, una simile conseguenza sembra coerente non solo con il diverso tenore delle predette norme, le une intese a vietare la sostituzione di una clausola sostanziale del contratto, l'altra a sanzionare direttamente la violazione della norma tributaria, ma anche con l'intenzione del legislatore del 2004, evidentemente tesa ad ampliare e rafforzare, rispetto alla normativa del 1998, l'effetto dissuasivo nei confronti degli infedeli locatori, e non pare affatto priva di ragionevolezza rispetto agli interessi pubblici inerenti al prelievo fiscale, in quanto mira a spiegare proprio quell'effetto dissuasivo, inteso nel senso di non rendere conveniente alle parti la registrazione di un contratto contenente un canone simulato consentendo loro di provvedere alla registrazione dell'"accordo integrativo" solo in caso di sopravvenuto conflitto tra i contraenti - in tal guisa prefiggendosi un obiettivo conformativo ben più ambizioso rispetto a quello conseguibile dalle eventuali sanatorie a posteriori.

28. La soluzione così adottata ha il pregio di ricondurre ad unità la disciplina delle nullità e della (eventuale) sanatoria di tutti i contratti di locazione, ad uso abitativo e non.

Il ricorso deve, pertanto, essere accolto nei limiti di cui in motivazione.

Il procedimento è rinviato alla Corte di appello di Catanzaro, in altra composizione, che, in sede di rinvio, applicherà i seguenti principi di diritto, oltre a provvedere alla liquidazione delle spese del presente giudizio:

(A) La mancata registrazione del contratto di locazione di immobili è causa di nullità dello stesso;

(B) Il contratto di locazione di immobili, quando sia nullo per (la sola) omessa registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, nel caso in cui la registrazione sia effettuata tardivamente;

(C) E' nullo il patto col quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; tale nullità *vitiatur sed non vitiat*, con la conseguenza che il solo patto di maggiorazione del canone risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo motivo, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione, alla Corte di appello di Catanzaro, in altra composizione.

Così deciso in Roma, il 7 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 9 ottobre 2017.

**TRASCRIZIONE DEL PRELIMINARE PER PERSONA DA NOMINARE E PUBBLICITÀ
DELLA RISERVA DI NOMINA**
(Relatore: Luigi Follieri)

Cass., 24 gennaio 2017, n. 1797

Affinchè il contratto preliminare contenente una clausola di riserva di nomina in favore di terzo, non menzionata nella relativa nota di trascrizione, possa produrre comunque l'effetto prenotativo nei confronti dell'"electus", anche quanto alle ipoteche iscritte contro il promittente alienante nel lasso di tempo che intercorre tra la trascrizione del contratto preliminare e quella del contratto definitivo, è necessario - ed, al contempo, sufficiente - che la dichiarazione di nomina venga trascritta entro il termine stabilito nello stesso preliminare e, comunque, entro quello previsto nell'art. 2645-bis, comma 3, c.c., e non occorrendo, invece, che la riserva suddetta risulti dalla nota di trascrizione del preliminare, giacché la certezza del collegamento tra questo ed il definitivo è assicurata dalla menzione, nel primo, della riserva di nomina, nonché dalla trascrizione del preliminare, del definitivo e della dichiarazione di nomina, la quale ha solo l'effetto di far acquistare "ex tunc" all'eletto la qualifica di soggetto negoziale del contratto, già perfezionato in tutti i suoi elementi.

FATTO

Con atto di citazione notificato in date 25-30 maggio 2005, la Fedra s.r.l. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano alcuni istituti bancari (la Banca Antoniana Popolare Veneta spa, il Banco di Desio e della Brianza spa, la Banca Popolare Commercio e Industria s.p.a., il Banco Popolare di Verona e Novara e l'Unipol Banca spa), esponendo che:

- in data 8.8.2003 Z.W. (quale promittente venditore) e B.G. (quale promissario acquirente) avevano stipulato il contratto preliminare di compravendita di un immobile;
- il preliminare suddetto era stato trascritto in data 5.9.2003;
- il B. aveva nominato la società Fedra ai sensi dell'art. 1401 c.c., e quest'ultima aveva stipulato il contratto definitivo di compravendita in data 12.2.2004;
- detto contratto era stato trascritto in data 25.2.2004;
- tra il 5.9.2003 ed il 25.2.2004 erano state trascritte a carico dello Z. plurime ipoteche a favore delle banche convenute;
- altra ipoteca era stata iscritta a carico dello Z. ed a favore del Banco Popolare di Verona e Novara in data 29.4.2004.

Tutto ciò premesso, la società attrice sosteneva che l'ultima ipoteca era stata illegittimamente iscritta, mentre tutte le altre non le erano opponibili perchè successive alla trascrizione del contratto preliminare; chiedeva, pertanto, la condanna delle banche convenute a provvedere alla cancellazione delle ipoteche rispettivamente iscritte.

Il Banco Popolare di Verona e Novara, la Banca Popolare Commercio e Industria e la Unipol Banca non si costituivano in giudizio.

Si costituiva, invece, il Banco di Desio e Brianza, chiedendo la reiezione delle domande avversarie; evidenziava che le ipoteche erano state legittimamente iscritte in forza di decreti ingiuntivi esecutivi; in ogni caso, non contestando che le stesse ipoteche avessero perso di efficacia a seguito della trascrizione del contratto definitivo, i cui effetti erano stati "prenotati"

mediante la trascrizione del contratto preliminare, dichiarava di essere comunque disponibile a prestare il proprio assenso alla cancellazione, a condizione che Fedra sostenesse le relative spese.

Si costituiva altresì la Banca Antoniana Popolare Veneta spa, la quale, per quanto qui ancora rileva, evidenziava che il diritto di credito vantato nei confronti dello Z. (a garanzia del quale era stata iscritta l'ipoteca) era stato riconosciuto con decreto ingiuntivo definitivamente esecutivo in data 2.11.2004) ed era anteriore rispetto all'atto di disposizione. Chiedeva ed otteneva di chiamare in giudizio Z.W., il quale non si costituiva.

Con la memoria autorizzata ai sensi dell'art. 180 c.p.c., e depositata in data 13.4.2006, la Banca Antoniana Popolare Veneta spa osservava che nel contratto preliminare trascritto il 5.9.2003 figurava come promissario acquirente B.G., mentre la clausola che consentiva la nomina di un terzo non compariva nella nota di trascrizione del preliminare stesso, ma era stata trascritta solo il 18.2.2004. Ciò detto, osservava che il meccanismo della prenotazione del preliminare trova attuazione solo se vi sia identità tra soggetto contraente del preliminare e soggetto contraente del definitivo, come risultanti dalla nota di trascrizione.

Con sentenza n. 12248 del 18.11.2007 il Tribunale dichiarava inefficaci e non opponibili nei confronti della s.r.l. Fedra le ipoteche iscritte sull'immobile di (OMISSIS), a favore della Banca Popolare di Verona e Novara s.p.a. in data 29.4.2004, della Banca Antoniana Popolare Veneta s.p.a. il 30.12.2003, della Banca Popolare del Commercio e dell'Industria s.p.a. in data 30.01.2004, del Banco di Desio e della Brianza s.p.a. in data 4.2.2004 e della Unipol Banca s.p.a. in date 13.11.2003 e 22.11.2003, condannava gli istituti di credito a richiedere a proprie cure e spese la cancellazione delle predette ipoteche, ordinava al Conservatore dei RR.II. di Milano 1 di provvedere alla cancellazione delle stesse e respingeva la domanda riconvenzionale di Banca Antoniana Popolare Veneta s.p.a..

Avverso tale sentenza la Banca Antonveneta S.p.A. proponeva gravame con atto di citazione notificato il 4.3.2008, chiedendo, tra l'altro e per quanto qui ancora rileva, che venisse dichiarata l'efficacia e opponibilità alla Fedra s.r.l. dell'ipoteca iscritta in suo favore.

Costituendosi in giudizio, la Fedra s.r.l. contestava la fondatezza dell'appello e ne chiedeva il rigetto.

Costituendosi in giudizio con comparsa depositata il 25.11.2008, la Unipol Banca s.p.a. proponeva appello incidentale, chiedendo che, in riforma della sentenza impugnata, venisse dichiarata la validità, l'efficacia e l'opponibilità alla Fedra s.r.l. delle due ipoteche giudiziali iscritte in suo favore.

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza n. 460/2012 del 9.2.2012, ha, in parziale accoglimento degli appelli, dichiarato efficaci (e, quindi, opponibili alla Fedra s.r.l.) le ipoteche iscritte in favore della Banca Antoniana Popolare Veneta s.p.a. il 30.12.2003 e della Unipol Banca s.p.a. in date 13.11.2003 e 22.11.2003, con conseguente rigetto delle domande di cancellazione delle stesse, sulla base, per quanto nella presente sede ancora rileva, delle seguenti considerazioni:

a) perchè la trascrizione dei contratti preliminari possa produrre effetti prenotativi della trascrizione dei contratti definitivi, è necessaria una precisa correlazione tra il contenuto del contratto preliminare ed il contenuto di quello definitivo, il cui accertamento va effettuato avendo riguardo alla sola nota di trascrizione;

b) l'efficacia della trascrizione della dichiarazione di nomina del terzo retroagisce, pertanto, sino alla trascrizione del contratto preliminare per persona da nominare soltanto a condizione che quest'ultimo contenga la menzione della riserva di nomina, laddove, in mancanza di tale menzione, l'unico beneficiario della prenotazione risultava lo stipulante;

c) nel caso di specie, le ipoteche iscritte a favore della Banca Antonveneta s.p.a. e della Unipol Banca s.p.a. dopo la trascrizione del contratto preliminare, ma anteriormente a quella del contratto definitivo, dovevano considerarsi opponibili alla nominata Fedra s.r.l., essendo pacifico che nella nota di trascrizione del contratto preliminare non vi fosse menzione della riserva di nomina.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la Fedra s.r.l., sulla base di due motivi. La sola Unipol Banca s.p.a. ha resistito con controricorso. La Banca Antonveneta s.p.a., la Banca di Desio e della Brianza s.p.a., la Banca Popolare Commercio ed Industria s.p.a., il Banco Popolare di Verona e Novara e Z.W. non hanno inteso svolgere difese.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia l'omessa o insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo (in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), per aver la corte d'appello escluso l'esistenza di un collegamento tra la dichiarazione di nomina della Fedra s.r.l. trascritta a favore di quest'ultima ed il precedente contratto preliminare trascritto a favore di B.G., nonostante nella nota di trascrizione del definitivo fossero presenti precise indicazioni in ordine alla riserva di nomina del terzo.

2. Con il secondo motivo la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 2645 *bis* c.c., (in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), per non aver la corte locale ritenuto che, affinché possa ritenersi soddisfatto il requisito del collegamento tra preliminare e definitivo, sia sufficiente che in quest'ultimo e nella trascrizione del medesimo si dia atto del fatto che esso costituisce esecuzione del preliminare precedente trascritto e che venga trascritta la dichiarazione di nomina (e non anche la riserva).

2.1. In due motivi, siccome intimamente connessi, meritano di essere trattati congiuntamente e si rivelano fondati.

Nella fattispecie in esame la riserva di nomina in favore di terzo era contenuta nel contratto preliminare, pur difettandone la menzione nella relativa nota di trascrizione.

In base all'impostazione del Tribunale:

a) per verificare se il contratto definitivo abbia costituito esecuzione del preliminare, ai fini della retrodatazione prevista dall'art. 2645 *bis* c.c., deve farsi riferimento alla nota di trascrizione non del preliminare, ma del contratto definitivo, nel quale occorre che si sia dato atto della facoltà del promissario acquirente di nominare un terzo ai sensi dell'art. 1401 c.c., e dell'esercizio di quella facoltà da parte di quest'ultimo (nel caso di specie, il B.) con designazione del terzo (nel caso di specie, la Fedra s.r.l.);

b) in quest'ottica, era irrilevante che la nota di trascrizione del preliminare non contenesse menzione della detta facoltà.

La Corte d'appello, fermo restando l'assenza di precedenti specifici sulla questione, ha ritenuto (pag. 7 della sentenza impugnata) potersi applicare in via analogica i precedenti elaborati della giurisprudenza di legittimità in tema degli effetti prenotativi della trascrizione di domande giudiziale, richiamando, in particolare, un precedente del 2001 (n. 6851).

A favore di questo approccio vi sarebbe la considerazione per cui la regolamentazione dell'effetto "di prenotazione" del contratto preliminare, conseguente all'introduzione dell'art. 2645 *bis* c.c., si pone quale disciplina integrativa e speciale rispetto a quella prevista dall'art. 2652 c.c., n. 2), per le ipotesi di contratto preliminare trascritto rispetto al quale sussistano i presupposti indicati dal terzo comma dell'art. 2645 *bis* c.c..

Perchè la trascrizione delle domande giudiziali possa produrre gli effetti previsti dall'art. 2652 c.c., è necessaria una precisa correlazione tra la domanda, così come riportata nella nota di trascrizione, e la sentenza che si vuole opporre ai terzi (Sez. 2, Sentenza n. 6851 del 18/05/2001). In particolare, poichè la trascrizione della citazione deve consentire a colui che acquisti un immobile di accertare che esiste altro soggetto che vanta pretese sull'immobile stesso, al fine di valutarne la fondatezza, la nota di trascrizione della domanda giudiziale deve essere precisa e specifica e la sentenza, per potersi ricollegare alla trascrizione della citazione, deve presentare una perfetta coincidenza con la citazione stessa, si che si possa affermare che è stata accolta proprio quella domanda per cui è intervenuta la trascrizione (Sez. 2, Sentenza n. 2178 del 06/05/1978; vedi Cass. nn. 2340/76, 587/71 e 1976/67).

Tuttavia, in senso opposto a tale ricostruzione depongono due dati: quello teleologico e quello letterale, non disgiunto, quest'ultimo, da una visione sistematica.

Invero, quanto al primo, nella fattispecie in esame, risulta indifferente per il creditore iscritto la trascrizione o meno della riserva di nomina di un terzo unitamente alla trascrizione del contratto preliminare che la contiene, atteso che non vi è la necessità di renderla opponibile ai terzi che abbiano frattanto acquistato diritti sul medesimo bene immobile.

Se, infatti, il promittente stipulante omettesse di designare, in suo luogo, il terzo, ugualmente l'iscrizione ipotecaria avvenuta successivamente alla trascrizione del contratto preliminare gli sarebbe inopponibile. E' noto, infatti, che, trascorso il termine di tre giorni previsto dalla legge, o (come nel caso di specie) quello diverso pattuito dalle parti, il rapporto si consolida in capo allo stipulante.

Del resto, nel contratto per persona da nominare la dichiarazione di nomina e l'accettazione del terzo devono rivestire la stessa forma del contratto, ma ciò non va inteso nel senso che debbano necessariamente essere consacrate in una formale dichiarazione diretta all'altro contraente, essendo sufficiente che a costui pervenga una comunicazione scritta indicante la chiara volontà di designazione del terzo, in capo al quale deve concludersi il contratto, e la sua accettazione. Il contratto per persona da nominare produce, quindi, l'effetto della sostituzione del nominato all'originario stipulante *ex tunc*, in via diretta ed immediata, nei confronti del terzo, sempre che la dichiarazione di nomina di questo da parte del contraente proceda in tempo utile e nelle debite forme e sia altresì trascritta ove tale formalità sia prevista per il contratto cui inerisce (Sez. 3, Sentenza n. 21254 del 29/09/2006).

Invero, il contratto per persona da nominare, che si inquadra, pur con la sua peculiare disciplina, sotto il profilo sistematico, nell'istituto, di portata più generale, della rappresentanza, ha la sua caratteristica fondamentale nell'attitudine potenziale a produrre i suoi effetti, in via alternativa, tra i contraenti originati oppure tra uno di essi e un terzo da designarsi eventualmente dall'altro contraente. Tali effetti si verificano, ripetesì, *ex tunc*, in via diretta ed immediata, nei confronti del terzo, sempre che la dichiarazione di nomina di questo da parte del contraente proceda in tempo utile e nelle debite forme (Sez. 3, Sentenza n. 1330 del 08/09/1970).

Da ciò consegue che il contratto per persona da nominare si perfeziona in tutti i suoi elementi prima della dichiarazione di nomina dell'eliegendo, la quale ha solo l'effetto di far acquistare *ex tunc* all'eletto la qualifica di soggetto negoziale, nonchè tutti i relativi diritti ed obbligazioni (Sez. 2, Sentenza n. 6885 del 23/07/1994).

Conduce alla medesima conclusione anche l'argomento letterale-sistematico.

In primo luogo, la formulazione dell'art. 1403 c.c., comma 2, depono nel senso che debba essere trascritta la sola dichiarazione di nomina, e non anche la riserva di nomina.

In questo senso si veda Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21254 del 29/09/2006, secondo cui il contratto per persona da nominare produce quindi l'effetto della sostituzione del nominato all'originario stipulante *ex tunc*, in via diretta ed immediata, nei confronti del terzo, sempre che la dichiarazione di nomina di questo da parte del contraente proceda in tempo utile e nelle debite forme e sia altresì trascritta ove tale formalità sia prevista per il contratto cui inerisce.

A favore di questa impostazione è altresì indirizzato l'art. 2645 *bis* c.c., comma 2, il quale conferisce rilevanza assorbente alla trascrizione del contratto definitivo (ovviamente, fermo l'effetto prenotativo collegato alla trascrizione di quello preliminare).

La certezza del collegamento fra i due titoli posti alla base della relativa formalità è assicurata dalla menzione nel contratto preliminare della riserva di nomina e dalla trascrizione di quest'ultimo, della dichiarazione di nomina e del contratto definitivo. In siffatta evenienza, attraverso tali formalità, si rende palese che il nuovo contratto costituisce esecuzione del precedente già trascritto, sia sul piano oggettivo (con la identità del diritto, del bene e del rapporto giuridico), che sul piano soggettivo (con la identità delle persone del terzo menzionato nel contratto preliminare e dell'acquirente definitivo).

3. Alla stregua delle considerazioni che precedono, il ricorso è meritevole di accoglimento alla luce del seguente principio di diritto:

"Affinchè, in presenza di un contratto per persona da nominare, l'*electus* possa godere degli effetti prenotativi del preliminare, anche quanto alle ipoteche iscritte contro il prominente alienante nel lasso di tempo che intercorre tra la trascrizione del contratto preliminare e quella del contratto definitivo, è necessario, ma al contempo sufficiente, che la dichiarazione di nomina venga trascritta entro il termine stabilito nel contratto preliminare e, comunque, entro quello previsto nell'art. 2645 *bis* c.c., comma 3, non occorrendo altresì che la riserva di nomina risulti dalla nota di trascrizione del preliminare".

Non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa, ai sensi del secondo comma dell'art. 384 c.p.c., nel merito, nel senso dell'accoglimento dell'originaria domanda proposta dalla Fedra s.r.l., con conseguente declaratoria di inopponibilità alla stessa delle iscrizioni ipotecarie eseguite sull'immobile sito in (OMISSIS) (iscritto al catasto alla partita (OMISSIS), foglio (OMISSIS), part. (OMISSIS), sub. (OMISSIS)), a favore della Banca Antonveneta S.p.A. (iscritta alla Conservatoria dei RR.II. di Milano 1 in data 30.12.2002 ai nn. 20622 r.p. e 103399 r.g.) e della Unipol Banca S.p.A. (iscritta alla Conservatoria dei RR.II. di Milano 1 in data 13.11.2003 ai nn. 17152 r.p. e 90689 r.g. e in data 22.11.2003 ai nn. 17665 r.p. e 92816 r.g.) e condanna dei menzionati istituti di credito a provvedere, a loro cura e spese, alla cancellazione delle dette ipoteche, con esonero del Conservatore dei RR.II. competente da qualsivoglia responsabilità.

L'assoluta novità della questione trattata, in relazione alla quale non risultano precedenti giurisprudenziali editi, giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali del giudizio d'appello e del presente grado.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la decisione impugnata e, decidendo nel merito, accoglie la domanda proposta dalla Fedra s.r.l., dichiarando inopponibili alla stessa le iscrizioni ipotecarie eseguite sull'immobile sito in (OMISSIS), a favore della Banca Antonveneta S.p.A. e della Unipol Banca S.p.A. indicate in motivazione e condannando i menzionati istituti di credito a provvedere, a loro cura e spese, alla cancellazione delle dette ipoteche, con esonero del Conservatore dei RR.II. competente da qualsivoglia responsabilità.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio d'appello e del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 20 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 24 gennaio 2017.

LA MEDIAZIONE UNILATERALE OCCASIONALE

(Relatore: Lorenzo Bertino)

Cass., Sez. Un., 02 agosto 2017, n. 19161

E' configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni, e proprio per il suo estrinsecarsi in attività di intermediazione, rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dall'art. 2, comma 4, della legge n. 39 del 1989, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende. Ove oggetto dell'affare siano altre tipologie di beni - e segnatamente beni mobili - l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga la detta attività in modo non occasionale e quindi professionale o continuativo. Ove ricorra tale ipotesi, anche per l'esercizio di questa attività è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione di cui al menzionato art. 2 della citata legge n. 39 del 1989 (ora, a seguito dell'abrogazione del ruolo dei mediatori, la dichiarazione di inizio di attività alla Camera di commercio, ai sensi dell'art. 73 del d.lg. n. 59 del 2010), ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione.

FATTO

1. - P.L., titolare di uno studio tecnico industriale operante nel settore dei macchinari per cartiere, citò innanzi al Tribunale di Verona la società Covit s.r.l., che aveva acquistato, in una vendita fallimentare, l'impianto della cartiera (OMISSIS), e che ad ella si era rivolta per reperire acquirenti dei macchinari stessi, chiedendo che fosse condannata a pagarle Euro 120.000,00, pari alla somma tra la provvigione, convenuta nella misura del 6% del prezzo di vendita a terzi, individuati, per il tramite del suo interessamento, nella società australiana Encore Tissue, e l'ulteriore percentuale del 2% per la cessione dei disegni tecnici dei macchinari. L'attrice deduceva di essersi attivata a reperire potenziali acquirenti, che aveva prontamente comunicato alla società convenuta.

La Covit s.r.l. si costituì, opponendosi all'accoglimento della domanda, sia contestando lo svolgimento degli antecedenti storici esposti in citazione, sia eccependo la nullità della pattuizione sulla provvigione, non essendo la P. iscritta nell'elenco dei mediatori; fece valere, in subordine, l'annullabilità per dolo incidente della ulteriore pattuizione del 2%, assumendo a tale proposito che falsamente la P. avrebbe dichiarato di dover dividere la provvigione con altra società, che avrebbe avuto la disponibilità dei disegni tecnici necessari per lo smontaggio dell'impianto e per la sua commercializzazione, così celando alla controparte di essere già in possesso degli elaborati medesimi.

2. - Con successivo atto di citazione del 28 maggio 2004, la Covit s.r.l., premesso che aveva acquisito la proprietà dell'immobile di provenienza fallimentare di cui agli atti; che nel gennaio 2002 P.L. si era offerta di reperire un acquirente per i macchinari siti all'interno del predetto immobile; che la società si era impegnata a versare la provvigione del 6% sul prezzo di acquisto

alla quale, poi, era stato aggiunto un altro 2% poiché la convenuta aveva dichiarato che avrebbe dovuto dividere la provvigione con la società Over Meccanica di (OMISSIS); che aveva accertato che P.L. non era iscritta nell'albo dei mediatori e che, comunque, i negozi stipulati erano nulli per dolo o annullabili per errore essenziale, chiedeva che fosse dichiarata la nullità dei predetti negozi.

Si costituiva in questo giudizio P.L., contestando le affermazioni attoree e chiedendo che la domanda fosse respinta.

3. - Le cause venivano riunite innanzi al Tribunale di Verona che, con sentenza del 29 marzo 2010, n. 1797, condannò la Covit al pagamento della minor somma di Euro 85.000, da un lato, ritenendo inapplicabile la disciplina delle nullità degli accordi sulla provvigione se stipulati da mediatore professionale non iscritto all'albo, in quanto la P. avrebbe assunto la funzione di mera procacciatrice di affari, e, dall'altro, sostenendo la carenza della prova della stipulazione dell'accordo sull'ulteriore 2%.

4. - Avverso questa sentenza Covit s.r.l. proponeva appello che, nella resistenza della P., è stato accolto dalla Corte d'appello di Venezia, con sentenza n. 1176 del 16 maggio 2013, sulla base dell'assorbente rilievo della mancata dimostrazione della iscrizione della creditrice all'albo dei mediatori professionali, condizione essenziale per far sorgere il diritto alla provvigione.

5. - P.L. ha quindi proposto ricorso per cassazione sulla base di due motivi, denunciando, con il primo, la omessa o insufficiente motivazione sulle ragioni per le quali si sarebbe ritenuta applicabile anche ai mediatori atipici la disciplina normativa elaborata per quelli tipici; e contestando, con il secondo, l'interpretazione dell'art. 1754 c.c., e L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, conducente alla equiparazione - per il regime delle condizioni per l'insorgere del diritto alla provvigione - tra mediatori tipici ed atipici.

Covit s.r.l. ha resistito con controricorso.

6. - Il ricorso è stato avviato alla trattazione presso la 6^a Sezione di questa Corte, con proposta di inammissibilità dello stesso, per le sue modalità di redazione, ovvero di inammissibilità del primo motivo e di infondatezza del secondo.

A seguito di deposito di memorie e di difesa orale, la stessa Corte ha rinviato l'esame del ricorso alla Seconda Sezione in pubblica udienza, non ravvisando l'evidente infondatezza o fondatezza del ricorso stesso.

7. - Con ordinanza interlocutoria n. 22558 del 2015, la Seconda Sezione di questa Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte per l'eventuale assegnazione del ricorso a queste Sezioni Unite.

8. - Il ricorso è stato quindi discusso alla pubblica udienza del 24 maggio 2016.

DIRITTO

1. - Con il primo motivo, la ricorrente denuncia la omessa o insufficiente motivazione sulle ragioni per le quali si sarebbe ritenuta applicabile anche ai mediatori atipici la disciplina normativa elaborata per quelli tipici.

Con il secondo motivo, la ricorrente - denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 1754 c.c., e della L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, - contesta che la norma che rende nulla la pattuizione di una provvigione se il soggetto che si pone come mediatore - e quindi in posizione di terzietà tra le parti messe in contatto - non sia iscritto nell'elenco di cui alla L. n. 39 del 1989,

art. 2, si possa applicare anche ai c.d. procacciatori di affari (o rientranti nella categoria dei mediatori atipici) atteso che questi, essendo stretti da un rapporto di mandato con il cliente, non si porrebbero in posizione di terzietà tra i soggetti intermediati e, dunque, non vi sarebbe ragione di estendere agli stessi le stesse sanzioni o gli stessi precetti normativi.

2. - La Seconda Sezione di questa Corte ha, in primo luogo, escluso che potesse essere ravvisata l'inammissibilità del ricorso e ha, poi, rilevato la infondatezza del primo motivo in quanto, trovando applicazione - *ratione temporis* - la nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che limita la censurabilità della motivazione solo all'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti, deve ritenersi che la non condivisione da parte della ricorrente dell'interpretazione delle norme di riferimento sinteticamente giustificata dalla Corte del merito, non possa rientrare nello schema legale del "nuovo" testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5, giacché la Corte territoriale ha preso posizione su una certa tesi giuridica ed ha anche giustificato tale opzione interpretativa con il richiamo ad una sentenza di legittimità.

3. - In relazione al secondo motivo di ricorso, la Seconda Sezione ha quindi sollecitato l'intervento di queste Sezioni Unite, rilevando che, in materia di mediazione atipica, "si riscontrano due orientamenti divergenti nella giurisprudenza della Corte: da un lato si sostiene che la disciplina di cui alla L. n. 39 del 1989 - e, in tempi più recenti, quella ricavabile dal D.Lgs. n. 59 del 2010, n. 5, (c.d. decreto Bersani *bis*) - non possa essere applicata alla mediazione atipica, con particolare riferimento al procacciamento di affari per la ontologica differenza tra le due figure, rinvenuta nella posizione di terzietà che assume il mediatore c.d. tipico, a differenza del rapporto che collega il procacciatore al cliente o preponente (Cass. n. 19066 del 2006; Cass. n. 7332 del 2009); dall'altro si afferma che, pur 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 (Cass. n. 4422 del 2009; Cass. n. 16147 del 2010, citata dalla sentenza di secondo grado; Cass. n. 15473 del 2011; Cass. n. 762 del 2014), tale dunque da spiegare la applicabilità della sanzione della perdita al diritto alla provvigione".

Ha quindi rilevato che le suddette opzioni ermeneutiche non sono facilmente risolvibili in termini di scelta tra l'una e l'altra in quanto tendono a soddisfare finalità diverse, parimenti apprezzabili: il più risalente indirizzo appare sostanzialmente diretto a preservare la stretta interpretazione del dato normativo, al non dichiarato ma evidente fine di non lasciar senza compenso un'attività che pur sempre è stata svolta, quanto meno a beneficio del preponente; il più recente approdo interpretativo tende invece ad attrarre nell'orbita della mediazione tipica anche figure ad essa eccentriche, per combattere la piaga dell'abusivismo, soprattutto da parte di persone moralmente e professionalmente inidonee (vedi segnatamente Cass. n. 13184 del 2007); osservando poi che la individuazione della prevalenza degli interessi coinvolti dall'intervento normativo nelle ipotesi di procacciamento di affari incide sull'applicazione analogica della disciplina di settore, con particolare riferimento alla tematica della invalidità del contratto di mediazione stipulato con un mediatore abusivo, che impedirebbe il sorgere del diritto al compenso, atteso che i propugnatori dell'esistenza di essa, ne trovano il fondamento nell'incapacità giuridica dell'intermediario o nella contrarietà del suo agire rispetto alla norma imperativa; secondo altro orientamento, invece, la mancata iscrizione farebbe soltanto venire

meno il diritto a percepire la provvigione, mentre - sotto il del 1989 - la nullità del contratto si avrebbe della L. n. 39 del 1989, nei casi di applicazione dell'art. 2231 c.c..

In questa prospettiva, nell'ordinanza di rimessione si è rilevato che "l'auspicato intervento regolatore delle Sezioni Unite consisterebbe di verificare se nella sistematica della legge prevalga l'uno o l'altro degli indicati profili, con ricaduta sulla sussunzione o meno della figura del procacciatore di affari sotto la disciplina tipica del mediatore, in termini soprattutto contenitivi della libertà di azione del primo di non sottostare alle prescrizioni previste per il secondo. Il tutto senza sottovalutare che l'esito che l'interpretazione nomofilattica che si sollecita alle Sezioni Unite, potrebbe altresì sciogliere i dubbi circa il pericolo di compressione del diritto del (libero) procacciatore di affari ad ottenere il compenso - come visto, anche solo uno latere, per il lavoro svolto, quale affermato in sede Euro unitaria per l'agente di commercio rispetto al principio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi - ex direttiva del Consiglio (CEE) n. 86/653/1986 - (...)" ; con la precisazione che "l'ulteriore argomento per sollecitare un intervento chiarificatore da parte delle Sezioni Unite viene rinvenuto dal Collegio nel progressivo stabilizzarsi, in sede di legittimità, di un indirizzo che nega, al mediatore non iscritto nei ruoli (e quindi, per la ricordata estensione interpretativa, anche al procacciatore di affari) - l'azione di ingiustificato arricchimento, sulla base della rinvenuta natura sanzionatoria della previsione di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 8, soluzione questa conforme all'applicazione dei principi sul riscontro dei necessari presupposti dell'azione ex art. 2041 c.c. ma foriera di distorsioni applicative".

4. - Ai fini di una più agevole comprensione della problematica devoluta alla cognizione delle Sezioni Unite, è opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 1754 c.c., è mediatore "colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza".

Tale definizione deve essere coordinata con le previsioni contenute nella L. n. 39 del 1989 (*ratione temporis* applicabile nel caso di specie). In particolare, l'art. 2, di tale legge prevede, al comma 1, che presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura è istituito un ruolo degli agenti di affari in mediazione, nel quale devono iscriversi coloro che svolgono o intendono svolgere l'attività di mediazione, anche se esercitata in modo discontinuo o occasionale; stabilisce, al comma 2, che il ruolo è distinto in tre sezioni: una per gli agenti immobiliari, una per gli agenti merceologici ed una per gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso, salvo ulteriori distinzioni in relazione a specifiche attività di mediazione da stabilire con il regolamento di cui all'art. 11; detta, al comma 3, i requisiti per l'iscrizione nel detto ruolo; prescrive, al comma 4, che l'iscrizione al ruolo debba essere richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo, da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili od aziende. Ai sensi dell'art. 6 di tale legge, poi, hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli.

Il sistema previsto dalla L. n. 39 del 1989, è stato modificato dal D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, il quale, all'art. 73, sotto la rubrica "Attività di intermediazione commerciale e di affari", ha previsto, al comma 1, la soppressione del ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, (comma 1); ha disposto che le attività disciplinate da tale legge siano soggette a segnalazione certificata di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per il tramite dello sportello unico del comune competente per territorio ai sensi della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 19, corredata delle autocertificazioni e delle certificazioni attestanti il

possesso dei requisiti prescritti (comma 2); ha ulteriormente stabilito che la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura verifichi il possesso dei requisiti e iscriva i relativi dati nel registro delle imprese, se l'attività è svolta in forma di impresa, oppure nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA) previsto dalla L. 29 dicembre 1993, n. 580, art. 8, e dal D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, art. 9, e successive modificazioni, assegnando ad essi la qualifica di intermediario per le diverse tipologie di attività, distintamente previste dalla L. 3 febbraio 1989, n. 39 (comma 3); ha escluso l'applicabilità della nuova disciplina alle attività di agente d'affari non rientranti tra quelle disciplinate dalla L. n. 39 del 1989 (comma 4); ha disposto che le iscrizioni da esso previste per i soggetti diversi dalle imprese, siano effettuate in una apposita sezione del REA e abbiano effetto dichiarativo del possesso dei requisiti abilitanti all'esercizio della relativa attività professionale (comma 5); ha infine stabilito che, ad ogni effetto di legge, i richiami al ruolo contenuti nella L. n. 39 del 1989, si intendono riferiti alle iscrizioni previste dal presente articolo nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA).

4.1. - Nella giurisprudenza di questa Corte, si è chiarito che il D.Lgs. n. 59 del 2010, non ha fatto venire meno la preclusione alla corresponsione del corrispettivo per effetto della mancata iscrizione del mediatore al ruolo. Si è infatti affermato che l'art. 73 citato ha soppresso il ruolo dei mediatori, previsto dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, ma non ha abrogato quest'ultima legge, prescrivendo invece che l'attività sia soggetta a dichiarazione di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio territorialmente competente, la quale, previa verifica dei requisiti autocertificati, iscrive i mediatori nel registro delle imprese, se esercitano l'attività in forma di impresa, e, altrimenti, nel repertorio delle notizie economiche e amministrative assegnando la qualifica di intermediario per le diverse tipologie di attività previste dalla L. n. 39 del 1989. Ne consegue che la L. n. 39 del 1989, art. 6, secondo cui "hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli", va interpretata nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla normativa prevista dal D.Lgs. n. 59 del 2010, hanno diritto alla provvigione solo i mediatori che siano iscritti nei registri delle imprese o nei repertori tenuti dalla camera di commercio (Cass. n. 762 del 2014; Cass. n. 10125 del 2011, Cass. n. 16147 del 2010).

4.2. - Tanto premesso, giova ricordare che questa Corte ha evidenziato come la riserva dello svolgimento dell'attività di mediazione solo a soggetti in possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e morale e la previsione del rifiuto di ogni tutela al mediatore non iscritto nel ruolo si giustificano, nella discrezionale scelta del legislatore nazionale, in relazione alla peculiare importanza assunta dalla mediazione nello sviluppo dei traffici e all'esigenza, sempre più avvertita, di tutelare il generale interesse ad un ordinato e corretto sviluppo di un'attività che spesso costituisce l'unico tramite per la conclusione degli affari (Cass. n. 13184 del 2007). Con la precisazione (Cass. n. 19066 del 2006, punto 7.3. dei Motivi della decisione) che la legge n. 39 del 1989 non si pone in contrasto con il diritto comunitario là dove essa condiziona il sorgere del diritto al compenso all'iscrizione nei ruoli, secondo anche quanto ritenuto dalla Corte di giustizia con sentenza 25 giugno 1992, in causa C-147/91, la quale ha statuito che la direttiva 67/43/CEE, concernente la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi per le attività non salariate relative al settore degli affari immobiliari, non impedisce allo Stato membro di riservare determinate attività rilevanti nel settore degli affari immobiliari alla persone autorizzate ad esercitare la professione di agente immobiliare.

Si è quindi affermato che, a prescindere dalla sorte del contratto di mediazione, se cioè in relazione ad esso sia predicabile la nullità (Cass. n. 15849 del 2000; Cass. n. 14076 del 2002; Cass. n. 11247 del 2003; Cass. n. 8581 del 2013) ovvero no (Cass. n. 9380 del 2002), è comunque certo che il soggetto che esercita attività d'intermediazione, si tratti di persona fisica ovvero di impresa collettiva, ha diritto alla provvigione soltanto se ed in quanto sia iscritto nel ruolo, essendo la detta iscrizione elemento costitutivo della domanda (Cass. n. 5935 del 2005).

4.3. - Le indicazioni che si desumono sia dalla normativa applicabile, sia dalla giurisprudenza di questa Corte, assumono rilievo nel caso di specie, nel quale si discute del diritto al compenso spettante alla odierna ricorrente per l'attività di procacciamento di affari dalla stessa svolta su incarico della società resistente, al fine della individuazione di un acquirente per un complesso di macchinari di ingente valore. Pacifico essendo lo svolgimento di tale attività, certamente non riconducibile nell'ambito della mediazione tipica, per la quale operano i requisiti formali di iscrizione del mediatore all'albo di cui alla L. n. 39 del 1989, i profili di contrasto evidenziati nell'ordinanza di rimessione si appuntano sulla possibilità di attrarre anche il procacciatore d'affari nell'ambito della disciplina positivamente prevista per la mediazione, e quindi sulla necessità che il procacciatore di affari, per poter fondatamente richiedere il pagamento per l'attività espletata, debba o no essere iscritto nel ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, ovvero nei registri o repertori di cui al D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73.

4.4. - Per un esatto inquadramento della vicenda appare quindi utile ricordare, in sintesi, che, come detto, mediatore è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcune di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. La sua attività si caratterizza per il fatto di essere imparziale rispetto alle parti messe in contatto, e il diritto alla provvigione sorge, *ex art. 1755 c.c.*, solo quando la conclusione dell'affare è il risultato del suo intervento. Il medesimo diritto, peraltro, è subordinato alla iscrizione del mediatore nel ruolo degli agenti di affari di mediazione (ora alla segnalazione di inizio di attività certificata cui fa seguito la iscrizione nel registro delle imprese ovvero nel repertorio delle notizie economiche).

Il procacciatore d'affari è invece un collaboratore occasionale la cui attività promozionale è normalmente attuativa del rapporto intercorrente con il preponente, dal quale soltanto può pretendere il pagamento della provvigione; egli è quindi collaboratore della società preponente (o dell'agente di quest'ultima), che svolge un'attività, caratterizzata dall'assenza di subordinazione e dalla mancanza di stabilità, consistente nella segnalazione di potenziali clienti e nella raccolta di proposte di contratto ovvero di ordini, senza intervenire nelle trattative per la conclusione dei contratti. Il suo compito è limitato a mettere in contatto le parti su incarico di una di queste.

Nella giurisprudenza di questa Corte, si afferma che costituisce elemento comune alla figura del mediatore e a quella del procacciatore d'affari la prestazione di un'attività di intermediazione diretta a favorire tra terzi la conclusione di un affare, con conseguente applicazione di alcune identiche disposizioni in materia di diritto alla provvigione, mentre l'elemento distintivo consiste nel fatto che il mediatore è un soggetto imparziale, e nel procacciamento di affari l'attività dell'intermediario è prestata esclusivamente nell'interesse di una delle parti (Cass. n. 27729 del 2005; Cass. n. 4422 del 2009; Cass. n. 26360 del 2016). Il mediatore si distingue dal procacciatore di affari per l'imparzialità che è requisito tipico del mediatore, e per il rapporto di collaborazione che - assente secondo l'espresso dettato normativo

nella mediazione (art. 1754 cod. civ.) caratterizza il procacciatore d'affari, il quale, anche senza carattere di stabilità, agisce nell'esclusivo interesse del preponente, solitamente imprenditore, raccogliendo proposte di contratto ovvero ordinazioni presso terzi e trasmettendogliele (Cass. n. 12694 del 2010).

Ove, invece, il procacciatore d'affari operi stabilmente con un determinato preponente, la disciplina del rapporto risulta assimilabile piuttosto al rapporto di agenzia, con conseguente inoperatività del disposto di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6. Si afferma infatti che al procacciatore d'affari sono applicabili, in via analogica, le disposizioni del contratto d'agenzia (Cass. n. 4422 del 2009; Cass. n. 26370 del 2016).

Il mediatore e il procacciatore d'affari individuano, quindi, due distinte figure negoziali - la prima tipica e la seconda atipica - che si differenziano per la posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procacciatore, il quale, invece, agisce su incarico di una delle parti interessate, dalla quale soltanto può pretendere la provvigione. E proprio perchè il procacciatore d'affari agisce in base ad incarico di una parte può ritenersi che la sua attività debba essere attratta nell'ambito della mediazione atipica.

E' dunque configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni. Essa, inoltre, rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione, stante la rilevanza, nell'atipicità, che assume il connotato della mediazione, alla quale si accompagna l'attività ulteriore in vista della conclusione dell'affare (Cass. n. 19066 del 1996; Cass. n. 16147 del 2010).

4.5. - Tanto premesso, e venendo al profilo specifico sul quale si è rilevata l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte, occorre rilevare che le posizioni contrarie alla estensione al procacciatore d'affari dell'obbligo di iscrizione, quale requisito essenziale per il sorgere del diritto alla corresponsione della provvigione, si fondano sulla natura eccezionale della disposizione di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6, e quindi sulla applicabilità del complesso di previsioni in quella legge contenuta esclusivamente al caso della mediazione tipica. Si è, infatti, affermato (Cass. n. 27729 del 2005) che, poichè la L. n. 39 del 1989, art. 1, - come già la L. n. 253 del 1958, art. 1, - dispone che le norme da essa previste si applicano ai mediatori di cui al capo XI del libro terzo del codice civile (con eccezioni che qui non rilevano), la norma eccezionale, come tale non estensibile analogicamente, di cui all'art. 6 della stessa legge, in forza della quale hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli, trova applicazione anche ai procacciatori solo nel caso in cui si ritenga che tale categoria sia in tutto e per tutto equiparabile a quella dei mediatori, ma non anche nel caso opposto di due distinte figure negoziali. Mediazione e procacciamento d'affari, si sottolinea, individuano due distinte figure negoziali - la prima tipica e la seconda atipica - che si differenziano per la posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procacciatore, il quale, invece, agisce su incarico di una delle parti interessate, dalla quale soltanto può pretendere la provvigione, sicchè il secondo non è soggetto all'applicazione della norma eccezionale di cui al citato art. 6 (Cass. n. 27729 del 2005; Cass. n. 1441 del 2005; Cass. n. 12106 del 2003).

Al contrario, si sostiene che le medesime ragioni che sottostanno alla previsione dell'obbligo di iscrizione del mediatore e alla configurazione di detta iscrizione quale condizione del diritto alla provvigione, debbano trovare applicazione anche nelle ipotesi di mediazione atipica, e quindi anche in quella del procacciatore d'affari, valorizzando il nucleo essenziale delle prestazioni svolte da mediatore e procacciatore d'affari, che consiste nello svolgimento dell'attività di mediazione. Si evidenzia, in questa prospettiva, il fatto che il codice qualifica come mediatore anche colui che ha ricevuto l'incarico di promuovere la conclusione dell'affare da una sola delle due parti (art. 1756 c.c.) ovvero colui che ha avuto l'incarico da una delle due parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento (art. 1761 c.c.). Il conferimento di un mandato - che si presume oneroso - non colloca l'attività svolta dall'incaricato al di fuori del perimetro della mediazione, sempre che, ovviamente, l'incarico abbia ad oggetto la ricerca di un acquirente di un bene che il preponente intende alienare (Cass. n. 16147 del 2010; Cass. n. 19066 del 1996).

5. - Il Collegio ritiene che debba essere privilegiato questo secondo orientamento. Queste le ragioni.

La L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, stabilisce che l'iscrizione al ruolo deve essere richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili o ad aziende. E poichè nella nozione di mandato a titolo oneroso deve ritenersi rientri anche l'incarico conferito ad un soggetto o ad un'impresa finalizzato alla ricerca di altri soggetti interessati alla conclusione di un determinato affare, anche i procacciatori di affari, che su incarico di una parte svolgano l'attività di intermediazione per la conclusione di un affare concernente beni immobili o aziende, devono essere iscritti nel ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, con la conseguenza che la mancata iscrizione esclude il diritto alla provvigione.

Ove si tenga conto che il comma 2, della medesima legge prevede che il ruolo degli agenti sia distinto in tre sezioni, una delle quali per gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso, è agevole concludere che la occasionalità dell'attività svolta sulla base di mandato oneroso esonera dalla iscrizione dell'agente nella speciale sezione del ruolo solo nel caso in cui l'attività abbia ad oggetto beni diversi dai beni immobili o dalle aziende. In sintesi, l'attività occasionale svolta dal mediatore tipico o atipico che si riferisca alla intermediazione in affari concernenti beni mobili non richiede l'iscrizione di cui alla L. n. 89 del 1989, art. 2, (e ora al D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73).

Ove viceversa l'attività sia svolta a titolo professionale, deve ritenersi che qualsiasi forma assuma la mediazione e qualsiasi sia l'oggetto della intermediazione, e quindi anche i beni mobili, il mediatore, tipico o atipico è tenuto all'iscrizione nel ruolo (ora nel registro delle imprese o nel repertorio delle attività economiche), con tutte le conseguenze che dalla mancanza di iscrizione derivano quanto al diritto alla provvigione.

5.1. - Quanto ai profili di compatibilità comunitaria e di coerenza costituzionale dell'obbligo di iscrizione di cui si discute, si deve qui rilevare che nella citata sentenza n. 13184 del 2007, si è rilevato che in seguito alla decisione della Corte di giustizia dell'Unione Europea in data 30 aprile 1998, resa nel procedimento C- 215 del 1997 Barbara Bellone c. Yokohama - che, decidendo una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva 18 dicembre 1986, n. 653, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, ha statuito che detta direttiva "osta ad una normativa nazionale che

subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo" -, questa Corte ha escluso che la validità del contratto di agenzia possa essere subordinata all'iscrizione dell'agente nel relativo albo (così disapplicando la norma interna dell'art. 9 della legge n. 204 del 1985: Cass. n. 5505 del 2002; Cass. n. 3914 del 2002; Cass. n. 12580 del 1999). Nella stessa sentenza, tuttavia, si è chiarito che la citata direttiva n. 86/653/CEE, riguardando la figura dell'agente commerciale, e cioè "la persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona,... chiamata preponente, la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente" (art. 1, comma 2), non si rivolge al mediatore, il quale agisce in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto, a tale stregua differenziandosi dall'agente di commercio, che attua invece una collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore (in tal senso, si veda anche Cass. n. 13636 del 2004). Ma non può ritenersi applicabile neanche al mediatore atipico o unilaterale, nè al procacciatore d'affari, difettando il requisito della collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore.

Peraltro, come già rilevato, ove il procacciatore d'affari operi stabilmente con un determinato preponente, la disciplina del rapporto risulta assimilabile piuttosto al rapporto di agenzia, con conseguente inoperatività del disposto di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6.

In questa prospettiva, la riserva dello svolgimento dell'attività di mediazione - tipica o atipica - solo a soggetti in possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e morale e la previsione del rifiuto di ogni tutela al mediatore non iscritto nel ruolo si giustificano, nella discrezionale scelta del legislatore nazionale, in relazione alla peculiare importanza assunta dalla mediazione nello sviluppo dei traffici e all'esigenza, sempre più avvertita, di tutelare il generale interesse ad un ordinato e corretto sviluppo di un'attività che spesso costituisce l'unico tramite per la conclusione degli affari (Cass. n. 13184 del 2007, cit.).

Si deve solo ribadire che la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, n. 123, relativa alla materia dei servizi nel mercato interno, attuata dal D.Lgs. n. 59 del 2010, con il quale è stato soppresso il ruolo dei mediatori, non ha posto ostacoli diretti alla conservazione degli effetti della pregressa normativa incidenti sulla retribuzione del mediatore non iscritto. E il D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73, non ha abrogato la L. n. 39 del 1989, sicchè l'art. 6 della stessa deve interpretarsi nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla normativa di cui al tale decreto legislativo, hanno diritto alla provvigione i soli mediatori, tipici o atipici, iscritti nei registri o nei repertori tenuti dalla camera di commercio (Cass. n. 10205 del 2011; Cass. n. 16147 del 2010).

Da ultimo, deve poi rilevarsi che la esclusione del diritto alle provvigioni del mediatore nei casi in cui la detta iscrizione debba considerarsi obbligatoria trova fondamento nella L. n. 39 del 1989, art. 8, comma 1, il quale, prevedendo che chiunque eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto al ruolo è tenuto, oltre al pagamento della relativa sanzione amministrativa, anche alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite, esclude la possibilità di agire nei confronti dei contraenti, ai sensi dell'art. 2033 c.c., a titolo di indebito oggettivo. Infatti, mentre quest'ultimo trova il proprio fondamento giuridico nell'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale effettuata, l'obbligo di restituzione del compenso previsto dal citato art. 8 costituisce una sorta di sanzione per lo svolgimento dell'attività senza previa iscrizione all'albo (Cass. n. 11025 del 2011, cit.).

6. - In conclusione, deve essere affermato il seguente principio di diritto: "è configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un singolo affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di un persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni, e proprio per il suo estrinsecarsi in attività di intermediazione, rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione prevista dalla L. n. 39 del 1989, art. 2, comma 4, che, per l'appunto, disciplina anche ipotesi atipiche di mediazione per il caso in cui oggetto dell'affare siano beni immobili o aziende. Ove oggetto dell'affare siano altre tipologie di beni - e segnatamente beni mobili - l'obbligo di iscrizione sussiste solo per chi svolga la detta attività in modo non occasionale e quindi professionale o continuativo. Ove ricorra tale ipotesi, anche per l'esercizio di questa attività è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione di cui alla citata L. n. 39 del 1989, menzionato art. 2, (ora, a seguito dell'abrogazione del ruolo dei mediatori, la dichiarazione di inizio di attività alla Camera di commercio, ai sensi del D.Lgs. n. 59 del 2010, art. 73), ragion per cui il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'art. 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione".

7. - Venendo, quindi, al caso di specie, il secondo motivo di ricorso va rigettato, pur se la motivazione della sentenza impugnata deve essere corretta alla luce dell'enunciato principio di diritto.

La Corte d'appello di Venezia, invero, ha accolto il gravame proposto da COVIT s.r.l. facendo diretta applicazione del principio affermato da questa Corte con la sentenza n. 16147 del 2010; ha cioè ritenuto che per il procacciatore d'affari sussista sempre e comunque l'obbligo di iscrizione al ruolo di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2, facendo discendere dalla riscontrata - e non contestata - mancata iscrizione nel detto ruolo l'operatività della disposizione di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 6.

In tal modo, la Corte d'appello, nella parte riservata ai motivi della decisione, non ha svolto l'indagine in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti per i quali l'attività di procacciamento d'affari avente ad oggetto beni mobili richiede comunque l'iscrizione nel ruolo dei mediatori.

Tuttavia, il Collegio rileva che dagli elementi della fattispecie risultanti dalla sentenza impugnata e dagli scritti difensivi delle parti, quell'obbligo doveva essere ritenuto sussistente in quanto: la odierna ricorrente si qualifica "titolare di omonimo Studio"; l'affare oggetto della domanda di provvigioni aveva ad oggetto un rilevante complesso di beni mobili (macchinari provenienti da una cartiera appartenente a società dichiarata fallita), acquistati, grazie alla intermediazione della ricorrente, per il prezzo di 1.500.000; dalla sentenza di primo grado, trascritta nel ricorso per cassazione, si riferisce che la COVIT s.r.l. si era impegnata a corrispondere la provvigione non solo con riguardo alla effettiva acquirente, ma anche ove la cessione fosse stata conclusa con altre ditte proposte dalla ricorrente.

Si tratta, all'evidenza, di elementi dai quali emerge in maniera inequivoca che la ricorrente svolgeva la propria attività in modo professionale e certamente non occasionale. Pertanto, pur se l'affare alla conclusione del quale è riferita la domanda di corresponsione delle provvigioni pattuite ha avuto ad oggetto un complesso di beni mobili, deve concludersi che si è in presenza di un'attività di mediazione atipica il cui svolgimento era soggetto alla iscrizione nel ruolo di

cui alla L. n. 39 del 1989, art. 2. E poichè la ricorrente pacificamente non era iscritta in tale ruolo, deve concludersi che correttamente la Corte d'appello ha escluso il suo diritto alla corresponsione delle provvigioni pattuite.

8. - In conclusione, il ricorso è respinto.

La decisione ha comportato la rimessione alle Sezioni Unite per la soluzione di un contrasto: le spese del giudizio di cassazione possono, pertanto, essere compensate tra le parti.

Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è respinto, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater all'art. 13, del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata.

P.Q.M.

La Corte, decidendo a Sezioni Unite, rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-*bis*.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 24 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 2 agosto 2017.

RECESSO PER INADEMPIMENTO E RISARCIMENTO DEL DANNO

(Relatore: Mauro Paladini)

Cass., 3 novembre 2017, n. 26206

La parte adempiente di un contratto preliminare di compravendita, che abbia ricevuto una caparra confirmatoria e si sia avvalsa della facoltà di provocare la risoluzione del contratto mediante diffida ad adempiere, può agire in giudizio esercitando il diritto di recesso. In tale caso ha diritto di ritenere definitivamente la caparra confirmatoria, non anche di ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso. Nel caso - infine - in cui sia inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, l'altra può esercitare il recesso per ricevere la restituzione e il pagamento del doppio della caparra.

FATTO

1) Il tribunale di Teramo nel 2004 ha accolto la domanda proposta il 27 novembre 2001 da T.F.G. contro la Finanziaria Roseto s.r.l. e, per l'effetto, ha dichiarato la risoluzione del contratto preliminare di compravendita di un'unità immobiliare stipulato il 27 gennaio 2001, condannando la convenuta al risarcimento dei danni, quantificati in misura pari alla restituzione di quanto versato (caparra versata ed acconto sul prezzo). La Corte d'Appello di L'Aquila, con sentenza n. 921/2011 del 22.9.2011, corretta con ordinanza 22 giugno 2012, in accoglimento dell'appello dell'acquirente T., ha dichiarato la legittimità del recesso e ha condannato la società convenuta a corrispondere all'attore appellante il doppio della caparra versata. Ha rigettato l'appello incidentale volto alla risoluzione per colpa dell'acquirente.

Per la cassazione della sentenza la Finanziaria Roseto s.r.l. ha proposto ricorso sulla base di due motivi.

T.F.G. ha resistito con controricorso.

DIRITTO

2) La Corte di appello ha ritenuto che oggetto del contratto di compravendita fosse un appartamento che avrebbe dovuto essere munito di certificato di abitabilità, certificato che era impossibile ottenere in quanto l'unità immobiliare - ricavata nel sottotetto - era parte di un fabbricato costruito in difformità dalla concessione edilizia ed oggetto di ordine di demolizione da parte del Comune.

La sentenza impugnata ha ravvisato una fattispecie di vendita di *aliud pro alio* e un grave inadempimento che legittimava il recesso.

3) Con il primo motivo parte ricorrente denuncia vizi di motivazione.

Afferma che la Corte di appello non avrebbe spiegato perchè oggetto del preliminare fosse un appartamento, in quanto in motivazione nel punto a ciò relativo era stata inserita la frase "inserire la descrizione". Aggiunge che oggetto del contratto non era un appartamento, ma un piano sottotetto e che il promissario acquirente aveva piena consapevolezza della consistenza del bene promesso e della sua destinazione a sottotetto, "come tale di per sè non abitabile".

La censura è manifestamente infondata.

La sentenza, pur contenendo la prova di una dimenticanza dell'estensore nel descrivere l'immobile, come si era ripromesso di fare a pag. 4 con la frase sopravvirgolettata, è chiara nel considerare la descrizione dell'immobile che la stessa sentenza aveva reso all'esordio della parte narrativa.

Ivi si legge che in citazione era stato riportato che oggetto del preliminare di compravendita era un piano sottotetto costituito da due camere, un soggiorno, n. 2 bagni, balcone lato mare e balcone con affaccio su via (OMISSIS) al prezzo di Lire 242 milioni oltre Iva.

Dunque la valutazione circa la natura del bene oggetto di contratto - quale appartamento abitabile e non quale struttura materiale sita al piano sottotetto - si reggeva in modo eloquente sulla descrizione comunque presente in sentenza.

La tesi secondo cui oggetto della pattuizione fosse il piano sottotetto, senza alcuna promessa di fruizione quale alloggio, è una apodittica affermazione che la Corte di appello non ha preso in soverchia considerazione, perchè smentita dalla dettagliata descrizione che il contratto (riportato in ricorso dalla parte promittente venditrice) conteneva.

Trattasi di descrizione chiaramente coerente solo con la destinazione abitativa delle stanze (addirittura una indicata come soggiorno - pranzo), destinazione che è stata considerata decisiva dalla Corte di appello.

Si rileva inoltre che la motivazione è stata anche fornita con il rilievo dato al provvedimento sindacale di, demolizione, inflitto per costruzione in difformità alla concessione: questa circostanza attesta che la unità immobiliare promessa in vendita non era stata edificata con le caratteristiche proprie di un sottotetto non abitabile, come vorrebbe il ricorso, ma come un vero e proprio appartamento, al punto da provocare l'intervento repressivo dell'ente locale.

Nè il ricorso, che neppure prospetta eventuali errori *ex art.* 1362 c.c. e ss. nell'interpretazione del contratto, è stato in grado di indicare alcuna risultanza dalla quale desumere che parte promissaria avesse conosciuto e accettato la insanabile condizione irregolare del bene.

4) Il secondo motivo lamenta vizi di motivazione nonchè violazione e falsa applicazione degli artt. 1324,1392,1373 e 1385 c.c..

Con esso la ricorrente si duole che la Corte di appello abbia ravvisato nella comunicazione di controparte una manifestazione della volontà di recedere dal contratto preliminare. Afferma che per contro la lettera raccomandata del 10.5.2001 non recava alcuna dichiarazione di recesso, bensì una diffida ad adempiere (al rilascio del certificato di abitabilità) seguita dalla richiesta di risoluzione del contratto e di risarcimento dei danni.

Rileva inoltre che la diffida era da considerare priva di "efficacia", in quanto proveniente da avvocato privo di procura speciale rilasciata per iscritto.

Anche questo motivo è infondato.

Quanto al primo profilo, relativo all'individuazione della volontà di recesso nella lettera inviata prima di instaurare il giudizio, va osservato che la Corte di appello nel valorizzare la legittimità della scelta di domandare il recesso non si è soffermata sul contenuto della lettera, ma ha fatto riferimento alla "...relativa domanda, tenuto conto che non vi era alcun dubbio circa l'opzione esercitata dalla parte attrice (Cass....) la quale in tal modo ha contenuto la richiesta risarcitoria nei limiti della caparra convenuta e raddoppiata".

Essa ha quindi considerato la scelta di domandare in giudizio il recesso, scelta che è legittima anche quando in precedenza sia stata prospettata stragiudizialmente la volontà di risolvere il contratto.

Cass. n. 16221 del 18/11/2002 (Rv. 558568) insegna infatti che la parte adempiente di un contratto preliminare di compravendita, che abbia ricevuto una caparra confirmatoria e si sia avvalsa della facoltà di provocare la risoluzione del contratto mediante diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), può agire in giudizio esercitando il diritto di recesso (art. 1385 c.c., comma 2) e, in quest'ultimo caso, ha diritto di ritenere definitivamente la caparra confirmatoria, non anche il diritto di ottenere il risarcimento del danno cagionato dall'inadempimento che ha giustificato il recesso (conf. Cass. 387/05).

Ovviamente nel caso, come quello in esame, in cui sia inadempiente la parte che ha ricevuto la caparra, è l'altra che può esercitare il recesso per ricevere la restituzione e il pagamento del doppio della caparra.

5) Il secondo profilo del motivo (relativo alla eccezione di nullità dell'atto stragiudiziale di recesso per mancanza di forma scritta) risulta a questo punto superato.

Mette conto tuttavia riferire che di esso parte resistente aveva rilevato l'inammissibilità per tardivo rilievo della questione e l'infondatezza di essa per intervenuta ratifica dell'atto di recesso.

Quest'ultima controeccezione di parte resistente coglie nel segno, perchè con l'atto di citazione sottoscritto dalla parte nel rilasciare il mandato al proprio difensore, l'operato precedente di quest'ultimo è stato ratificato, come la giurisprudenza delle sezioni semplici ha da tempo affermato (Cass. n. 21229 del 14/10/2010; Cass. n. 16221/2002 - Rv. 558567; 1609/94), senza trovare smentita dalle Sezioni Unite, che in sentenza n. 14292 del 2010 (cfr. in motivazione, passaggi finali) non hanno avuto modo di occuparsene.

6) Discende da quanto esposto il rigetto del ricorso e la condanna alla refusione delle spese di lite, liquidate in dispositivo, in relazione al valore della controversia e alla nota spese che indica in Euro 6,45 (sei,45) le spese vive di cui viene chiesto e accordato il ristoro.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite liquidate in Euro 5.000 per compenso e spese vive, oltre accessori di legge, rimborso delle spese generali (15%).

Così deciso in Roma, il 11 gennaio 17.

Depositato in Cancelleria il 3 novembre 2017.

Cass., 27 ottobre 2017, n. 25623

Il promissario acquirente di un contratto preliminare di vendita, dopo avere inutilmente formulato, nei confronti del promittente venditore, diffida ad adempiere, ed aver instaurato il conseguente giudizio per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto, ben può, ove non abbia contestualmente avanzato richiesta di risarcimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., instare per il semplice conseguimento del doppio della caparra versata, secondo la previsione dell'art. 1385 c.c. e sul presupposto della risoluzione di diritto verificatasi *ex art.* 1454 c.c..

FATTO

Il geom. D.D. conveniva in giudizio la Casella s.r.l. per sentire, in via principale, dichiarare la risoluzione di diritto *ex art. 1454 c.c.* del preliminare sottoscritto in data 21.10.2005 dalle parti e condannare la convenuta, *ex art. 1385 c.c.*, al pagamento della somma pari al doppio della caparra confirmatoria versata; in via subordinata, per sentir dichiarare la risoluzione del contratto *ex art. 1453 c.c.* per inadempimento della convenuta e condannare quest'ultima al pagamento della somma pari alla caparra confirmatoria, nonchè al risarcimento del danno nella misura di Euro 15.000,00.

A sostegno della domanda adduceva:

- di aver stipulato con la Casella s.r.l. un contratto preliminare di vendita in data 21.10.2005, avente ad oggetto un appartamento sito in (OMISSIS), e porzione di terrazzo esterna per Euro 197.000,00, oltre IVA; che con il predetto contratto in suo favore era stato previsto il conferimento dell'uso esclusivo e perpetuo di una porzione del soprastante terrazzo di superficie pari all'appartamento; che la scelta dell'immobile era stata da lui effettuata, affinché vi andasse ad abitare la figlia, proprio in funzione della garanzia di disporre del terrazzo soprastante, al quale sarebbe stato possibile accedere installando una scala nella porzione di terrazzo al piano, e dalla quale si godeva una stupenda vista a 360 sul golfo di Genova; che era stata prevista la stipulazione del rogito notarile entro il 30.11.2005 e, comunque, non prima dell'ultimazione dei lavori da eseguirsi espressamente indicati nel contratto, ultimazione anch'essa prevista per il 30.11.2005; che nelle more dell'esecuzione dei lavori era stato informato dalla Casella s.r.l. che il terrazzo di copertura non era nella disponibilità della prominente venditrice, come invece risultava dal preliminare, in quanto di proprietà della CONSAP s.p.a. che, a propria volta, si era obbligata a trasferirne l'uso alla Casella s.r.l.; che detta circostanza era stata ribadita per iscritto nel febbraio 2006, con contestuale proposta della società di immettere l'attore nel possesso dell'immobile e di differire la stipula del rogito entro un termine perentorio, prevedendo altresì che, nell'ipotesi in cui entro tale termine la Consap s.p.a. non avesse conseguito il diritto di uso del terrazzo soprastante, egli avrebbe avuto diritto ad uno sconto sul prezzo, fatto salvo l'obbligo di versare il prezzo originariamente pattuito ove entro due anni la Consap s.p.a. avesse adempiuto al suo obbligo, con esclusione di ogni forma di risarcimento; di non aver accettato tale proposta; che nel marzo 2006 aveva inviato lettera di diffida ad adempiere alla controparte e, quindi, perdurando l'inadempimento di quest'ultima, aveva comunicato il proprio recesso; che prima di essere informato che la proprietà del terrazzo soprastante era in capo ad altro soggetto, aveva fatto eseguire lavori nell'immobile ed aveva acquistato mobili su misura.

Si costituiva la convenuta, opponendo di non aver promesso di trasferire l'uso del terrazzo entro la data del rogito, e che, anzi, nel preliminare era previsto che il trasferimento di detto uso sarebbe avvenuto successivamente, all'atto della redazione delle tabelle millesimali da parte della società proprietaria dell'intero edificio; che il contratto definitivo non era stato stipulato solo perchè il D. non aveva comunicato il nominativo del notaio che avrebbe dovuto rogare l'atto; che l'attore aveva ottenuto le chiavi dell'appartamento nei primi giorni successivi alla stipula del preliminare dalla ditta esecutrice dei lavori, entrando nel possesso dell'immobile senza l'autorizzazione di essa convenuta; che, pertanto, aveva occupato indebitamente l'alloggio dal novembre 2005 al 3 maggio 2006; che l'appartamento era stato modificato su espressa richiesta dell'attore con maggiori esborsi da parte di essa convenuta; che, comunque,

l'inadempimento lamentato era di scarsa importanza; che anche dopo l'invio della bozza di transazione l'attore aveva continuato a detenere l'immobile ed a sollecitare l'ultimazione dei lavori; che, dunque, il contratto doveva risolversi per grave inadempimento del D.; che, in ogni caso, essa convenuta, in quanto esente da ogni responsabilità, doveva essere condannata alla restituzione solo della somma di Euro 30.000,00. In via riconvenzionale, instava per la dichiarazione di risoluzione del preliminare per grave inadempimento dell'attore, con dichiarazione del suo diritto di trattenere la caparra ricevuta, e per sentir condannare la controparte al pagamento dell'indennità di indebita occupazione; in via subordinata, per sentir condannare l'attore al versamento di Euro 6.620,00, eventualmente da compensare con il credito *ex adverso* vantato.

All'esito dell'istruttoria, il Tribunale, con sentenza n. 782 del 23.2.2009, dichiarava la risoluzione di diritto del contratto preliminare intercorso tra le parti, rigettava la domanda dell'attore di condanna della Casella s.r.l. al pagamento del doppio della caparra confirmatoria, dichiarava di non esaminare la domanda risarcitoria formulata dall'attore in via subordinata, in quanto proposta per la sola ipotesi, non realizzatasi, di mancato accoglimento di quella principale di risoluzione di diritto, condannava la convenuta alla restituzione, in favore dell'attore, della somma di Euro 30.000,00 e rigettava la domanda riconvenzionale della Casella s.r.l..

Avverso questa pronuncia proponeva impugnazione D.D..

La Casella s.r.l. si costituiva, chiedendo il rigetto dell'appello.

La Corte d'appello di Genova, con sentenza del 17.2.2014, ha rigettato l'appello sulla base, per quanto qui ancora rileva, delle seguenti considerazioni:

- 1) alla luce di quanto chiarito dalle Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n. 533/2009 (secondo cui, qualora il contraente non inadempiente abbia agito per la risoluzione, alla quale consegue il risarcimento del danno - da provarsi nell'*an* e nel *quantum* -, costituisce domanda nuova, inammissibile in appello, quella volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra, essendovi incompatibilità strutturale e funzionale tra la domanda di risarcimento e la ritenzione della caparra), la originaria domanda attorea di risoluzione del contratto *ex art.* 1454 c.c. non poteva essere trasformata in grado d'appello in una irrituale domanda di recesso;
- 2) pertanto, l'appellante non poteva chiedere il doppio della caparra, spettandogli solo, quale effetto della risoluzione, la restituzione della caparra versata già attribuitagli dal primo giudice;
- 3) non poteva essere accolta la domanda subordinata, essendo stata accolta quella principale;
- 4) il D. non aveva, invece, provato di aver subito ulteriori danni.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso D.D., sulla base di cinque motivi, illustrati da memoria. La Casella s.r.l. ha resistito con controricorso.

DIRITTO

1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione o falsa applicazione degli artt. 1385,1453 e 1454 c.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), per non aver la corte territoriale considerato che il diritto al pagamento del doppio della caparra confirmatoria ricorre quando la parte non inadempiente, come nel caso di specie, eserciti un'azione di accertamento della risoluzione di diritto del contratto già stragiudizialmente verificatasi e chiedo, ai sensi dell'art. 1385 c.c., comma 2, che il risarcimento del danno sia quantificato e contenuto

nell'ammontare predeterminato in forza della pattuizione concernente la dazione della caparra medesima, senza invocare il risarcimento di un danno ulteriore rispetto a quest'ultima.

1.1. Il motivo è fondato.

Nella fattispecie in esame l'attore ha, nell'atto di citazione introduttivo del primo grado di giudizio, chiesto (cfr. pag. 37 del ricorso), in via principale, dichiararsi la risoluzione di diritto *ex art.* 1454 c.c. del contratto preliminare stipulato in data 21.10.2005 per inadempimento grave e, comunque, di non scarsa importanza della Casella s.r.l. e condannarsi, per l'effetto, quest'ultima al pagamento, in suo favore, della somma di Euro 60.000,00, pari al doppio della caparra confirmatoria; in via subordinata (cfr. pag. 3 della sentenza impugnata), ha chiesto dichiararsi la risoluzione *ex art.* 1453 c.c. del contratto per inadempimento della convenuta e condannarsi la stessa al pagamento della somma pari alla caparra confirmatoria (ammontante ad Euro 30.000,00) ed al risarcimento del danno nella misura ulteriore di Euro 15.000,00.

Non è contrastato il principio generale enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte, a mente del quale, in tema di contratti cui acceda la consegna di una somma di denaro a titolo di caparra confirmatoria, qualora il contraente non inadempiente abbia agito per la risoluzione (giudiziale o di diritto) ed il risarcimento del danno, costituisce domanda nuova, inammissibile in appello, quella volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra (o pagamento del doppio), avuto riguardo - oltre che alla disomogeneità esistente tra la domanda di risoluzione giudiziale e quella di recesso ed all'irrinunciabilità dell'effetto conseguente alla risoluzione di diritto - all'incompatibilità strutturale e funzionale tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento: la funzione della caparra, consistendo in una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, risulterebbe infatti frustrata se alla parte che abbia preferito affrontare gli oneri connessi all'azione risarcitoria per ottenere un ristoro patrimoniale più cospicuo fosse consentito - in contrasto con il principio costituzionale del giusto processo, che vieta qualsiasi forma di abuso processuale - di modificare la propria strategia difensiva, quando i risultati non corrispondano alle sue aspettative (Sez. U, Sentenza n. 553 del 14/01/2009; conf. Sez. 2, Sentenza n. 20798 del 10/10/2011).

Trova, invece, applicazione l'orientamento, ormai consolidato, per cui la risoluzione del contratto di diritto per inosservanza del termine essenziale (art. 1457 c.c.) non preclude alla parte adempiente, nel caso in cui sia stata contrattualmente prevista una caparra confirmatoria, l'esercizio della facoltà di recesso ai sensi dell'art. 1385 c.c. per ottenere, invece del risarcimento del danno, la ritenzione della caparra o la restituzione del suo doppio, poichè dette domande hanno una minore ampiezza rispetto a quella di risoluzione e possono essere proposte anche nel caso in cui si sia verificata di diritto la risoluzione stessa; in tal caso, però, si può considerare legittimo il recesso solo quando l'inadempimento dell'altra parte non sia di scarsa importanza avuto riguardo all'interesse del recedente (Sez. 2, Sentenza n. 21838 del 25/10/2010).

Ne consegue che il promissario acquirente di un contratto preliminare di vendita, dopo avere inutilmente formulato, nei confronti del promittente venditore, diffida ad adempiere, ed aver instaurato il conseguente giudizio per l'accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto, ben può, ove non abbia contestualmente avanzato richiesta di risarcimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., instare per il semplice conseguimento del doppio della caparra versata,

secondo la previsione dell'art. 1385 c.c., e sul presupposto della risoluzione di diritto verificatasi ex art. 1454 stesso codice (Sez. 1, Sentenza n. 319 del 11/01/2001).

Invero, la risoluzione di diritto del contratto per diffida ad adempiere, ai sensi dell'art. 1454 c.c., non preclude alla parte adempiente, nel caso in cui sia stata contrattualmente prevista una caparra confirmatoria, l'esercizio della facoltà di ottenere, secondo il disposto dell'art. 1385 c.c., invece del risarcimento del danno, la ritenzione della caparra o la restituzione del suo doppio, con la conseguenza che, sebbene spetti al giudice di accertare che l'inadempimento dell'altra parte non sia di scarsa importanza, non è poi onere della parte adempiente provare anche il danno nell'*an* e nel *quantum debeatur* (Sez. 3, Sentenza n. 2999 del 28/02/2012).

2. Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), per non aver la corte territoriale considerato che nei due gradi di giudizio il *petitum* e la *causa petendi* della domanda principale erano rimasti identici e che non vi era un interesse giuridico per impugnare la sentenza di primo grado nella parte in cui aveva accolto la sua domanda di declaratoria della intervenuta risoluzione di diritto del contratto preliminare ex art. 1454 c.c..

2.1. Il motivo resta assorbito nell'accoglimento del primo.

3. Con il terzo motivo il ricorrente si duole della violazione o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), per non essersi la corte locale pronunciata sulla sua richiesta subordinata di risarcimento del danno da inadempimento secondo le regole generali, nonostante egli l'avesse proposta in forza sia dell'art. 1385 c.c., comma 2, che dell'art. 1453 c.c. e la domanda principale fosse stata accolta limitatamente al profilo dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto, e non con riferimento al profilo, strettamente connesso, del risarcimento del danno secondo il meccanismo semplificato disciplinato dall'art. 1385 c.c., comma 2.

3.1. Il motivo resta assorbito nell'accoglimento del primo.

4. Con il quarto motivo il ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), per aver la corte di merito ritenuto che egli non avesse fornito la prova di aver subito ulteriori danni, laddove il giudice di primo grado non gli aveva accordato alcun risarcimento non già perché non era stato provato, bensì in quanto era stata già accolta la domanda principale.

4.1. Anche tale motivo resta assorbito nell'accoglimento del primo.

5. Con il quinto motivo il ricorrente denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), per aver la corte locale omesso di valutare, nel pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, le prove documentale e le istanze istruttorie (prove testimoniali), rispettivamente, prodotte ed articolate.

5.1. Anche tale motivo resta assorbito nell'accoglimento del primo.

6. In definitiva, il ricorso è meritevole di accoglimento, con la conseguenza che la sentenza va cassata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Genova, anche per la pronuncia sulle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo, dichiara assorbiti i restanti, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte di appello di Genova, altra sezione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della 2 Sezione civile della Corte suprema di Cassazione, il 15 giugno 2017.

Depositato in Cancelleria il 27 ottobre 2017.

**CLAIMS MADE, ULTIME DALLA CASSAZIONE: UNA PRECISAZIONE “DI METODO”
E UNA GRANDE INCOGNITA SUL FUTURO**
(Relatore: Vittorio Bachelet)

Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465

Va rimessa al primo presidente della Corte di cassazione, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, la questione se nell'assicurazione della responsabilità civile debba ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela la clausola che stabilisca la spettanza, la misura e i limiti dell'indennizzo in base alle condizioni contrattuali vigenti non già al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma a quello in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

Va rimessa al primo presidente della Corte di cassazione, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, la questione se nell'assicurazione contro i danni non sia consentito alle parti elevare al rango di sinistri fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917 c.c.

FATTO

1. Il fatto.

1.1. Nel 2003 la società Laboratori Piazza s.n.c. convenne dinanzi al Tribunale di Treviso le società CEV s.p.a. e M. s.n.c., esponendo che:

(-) la M. era una propria agente, e disponeva di un magazzino a Treviso, ove era custodita merce della Laboratori Piazza s.n.c.;

(-) accanto a questo magazzino esisteva un cantiere, ove operava la società CEV s.p.a.;

(-) il 28 giugno 2002 il braccio di una gru per l'edilizia, operante nel suddetto cantiere, si staccò e crollò sul magazzino della M., danneggiando le merci ivi contenute di proprietà dell'attrice. Chiese pertanto la condanna delle convenute al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dei fatti appena descritti.

1.2. Le società convenute si costituirono negando la propria responsabilità.

Per quanto in questa sede ancora rileva, la società CEV s.p.a. chiamò comunque il fabbricante della gru (la società Potain Sud Europa s.r.l., che in seguito muterà ragione sociale in Manitowoc Crane Group Italy S.r.l.; d'ora innanzi, per brevità, "la Manitowoc").

Nei confronti del terzo chiamato la CEV domandò di essere tenuta indenne nel caso di accoglimento della domanda attorea.

1.3. Anche la società Laboratori Piazza s.n.c., dopo tre mesi dalla notifica della prima citazione, convenne dinanzi al Tribunale di Treviso la Manitowoc, prospettando i fatti sopra descritti, e chiedendo la condanna anche di essa al risarcimento dei danni patiti in conseguenza del crollo. Le due cause vennero riunite.

1.4. La società Manitowoc, costruttrice della gru, chiese di essere manlevata dal proprio assicuratore della responsabilità civile, la società RAS s.p.a. (che in seguito muterà ragione sociale in Allianz; d'ora innanzi, sempre e comunque, "la Allianz"), che provvide perciò a chiamare in causa.

La Manitowoc dedusse che, essendo avvenuto il sinistro il 26 giugno 2002, la propria eventuale responsabilità per quell'evento era garantita dalla polizza stipulata con la Allianz, avente durata dal 1 gennaio 2001 al 1 gennaio 2003. Soggiunse che tale polizza prevedeva una franchigia di Euro 4.547, e che di conseguenza per la parte eccedente tale importo aveva diritto ad essere garantita dal proprio assicuratore.

1.5. La società Allianz si costituì esponendo che:

(-) aveva stipulato con la Potain due successivi contratti di assicurazione della responsabilità civile: uno (contraddistinto dal n. (OMISSIS)) di durata dal 1 gennaio 2001 al 31 dicembre 2002; l'altro (contraddistinto dal n. (OMISSIS)) di durata dal 1 gennaio 2003 al 1 gennaio 2004; (-) tutti e due i contratti contenevano una clausola (cosiddetta *claims made*), in virtù della quale l'assicuratore si era obbligato a tenere indenne l'assicurato non già per i danni da questi causati a terzi nel periodo di vigenza del contratto, ma per i danni il cui risarcimento fosse stato richiesto all'assicurato, la prima volta, durante il periodo di efficacia della polizza;

(-) il terzo danneggiato Laboratori Piazza s.n.c. aveva avanzato le proprie pretese nei confronti della Manitowoc soltanto nell'anno 2003, sicchè la garanzia invocata dall'assicurato era soggetta alle regole previste dalla seconda delle suddette polizze (ovvero quella stipulata per il periodo 2003-2004, n. (OMISSIS));

(-) la polizza in questione prevedeva, a differenza dell'altra, una franchigia non di Euro 4.547, ma del maggior importo di Euro 150.000, eccedente il danno patito dalla Laboratori Piazza s.n.c..

Sicchè, essendo il danno patito dal terzo danneggiato inferiore alla franchigia, l'assicurato non poteva pretendere alcun indennizzo.

1.6. Con sentenza 2 febbraio 2007 n. 128 il Tribunale di Treviso: (-) accolse la domanda attorea nei confronti della CEV e della Manitowoc;

(-) dichiarò nulla, ai sensi dell'art. 1341 c.c., la clausola *claim's made* contenuta nella polizza n. (OMISSIS), e di conseguenza accolse la domanda di garanzia proposta dalla Manitowoc nei confronti della Allianz.

1.7. La sentenza venne appellata in via principale dalla Allianz, ed in via incidentale da tutte le altre parti ad eccezione della M..

Con sentenza 3 febbraio 2014 n. 264, la Corte d'appello di Venezia accolse l'appello principale e rigettò quelli incidentali.

La Corte d'appello accertò in fatto che:

(a) il sinistro si verificò nel 2002, ma la prima richiesta di risarcimento dei danni da esso causati pervenne alla CEV l'anno dopo;

(b) la polizza stipulata dalla CEV con la Allianz a copertura dei rischi della responsabilità civile da prodotti difettosi, valida per l'anno 2003 (n. (OMISSIS)), prevedeva che "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato durante il periodo di efficacia dell'assicurazione e notificate alla società (assicuratrice) durante il medesimo periodo".

Ciò posto in fatto, la Corte d'appello ritenne in iure che:

a) la clausola sopra trascritta non rendesse nullo il contratto ai sensi dell'art. 1895 c.c.;

(b) la clausola stessa non fosse vessatoria, perchè non aveva l'effetto di restringere la responsabilità dell'assicuratore, ma solo di delimitare l'oggetto del contratto.

Quest'ultimo, infatti, definiva per patto espresso il "sinistro" assicurato come "la richiesta di risarcimento di danni per i quali è prestata l'assicurazione"; se dunque le parti avevano liberamente pattuito di considerare "sinistro" la richiesta di risarcimento inviata dal terzo danneggiato all'assicurato, nella specie tale "sinistro" era avvenuto nel 2003, e dunque nella vigenza della polizza n. (OMISSIS).

Ai patti di tale polizza, pertanto, occorreva guardare per stabilire la fondatezza della pretesa dell'assicurato (giacchè quella polizza era il contratto da reputare vigente all'epoca in cui pervenne all'assicurato la richiesta di risarcimento da parte del terzo), e non ai patti previsti dal contratto vigente all'epoca in cui l'assicurato provocò il danno.

Dopo avere stabilito ciò, la Corte d'appello concluse che sebbene al momento del fatto la CEV fosse assicurata da una polizza che prevedeva una franchigia di soli 4.457 Euro, nel caso di specie dovesse applicarsi la maggiore franchigia di 150.000 Euro, perchè tale era la misura della franchigia prevista dal contratto vigente all'epoca in cui la Laboratori Piazza domandò di essere risarcita.

E poichè il danno causato dall'assicurata CEV era inferiore a tale limite, rigettò la domanda di garanzia.

1.8. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla Manitowoc con ricorso fondato su cinque motivi.

Hanno resistito con controricorso la CEV e la Allianz.

2. Il primo ed il secondo motivo di ricorso.

2.1. Coi primi due motivi di ricorso la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, che la Corte d'appello avrebbe violato gli artt. 1322 e 1917 c.c..

2.2. Sotto il primo profilo rileva che la Corte d'appello ha ritenuto applicabile al caso di specie la franchigia di 150.000 Euro in virtù della clausola c.d. *claim's made* contenuta nel contratto, per effetto della quale si doveva considerare "sinistro", a tutti i fini contrattuali (e dunque non solo ai fini del pagamento dell'indennizzo), l'invio della richiesta di risarcimento all'assicurato da parte del danneggiato.

Osserva la ricorrente che tale clausola è un patto atipico, ed i patti atipici sono validi solo se "diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico", giusta la previsione di cui all'art. 1322 c.c., e che l'indagine sulla meritevolezza della clausola *claim's made* inserita nella polizza n. (OMISSIS) mancò del tutto nella sentenza d'appello.

Sostiene poi che la Corte d'appello avrebbe dovuto valutare la meritevolezza della suddetta clausola non riguardandola in sè, ma collegandola a tutti gli altri patti contrattuali. Se avesse compiuto tale indagine, prosegue la ricorrente, la Corte d'appello avrebbe dovuto concludere che il combinato disposto della clausola *claim's made* col patto che consentiva all'assicuratore di recedere dopo ogni sinistro, sortiva un effetto perverso ed immeritevole di tutela, in quanto consentiva alla compagnia di sottrarsi al pagamento dell'indennizzo per tutti i sinistri già avvenuti, ma per i quali il terzo danneggiato non avesse fatto pervenire la sua richiesta di risarcimento all'assicurato durante la vigenza del contratto.

2.3. Sotto altro profilo, la ricorrente sostiene che la clausola *claim's made* inserita nella polizza n. (OMISSIS) sarebbe comunque nulla perché contrastante con l'art. 1917 c.c., comma 1, e la sua pattuizione finisce per snaturare la causa stessa del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Nè, prosegue la ricorrente, potrebbe ritenersi che la deroga all'art. 1917 c.c., comma 1, sia consentita dall'art. 1932 c.c., asserendo che tale ultima norma non prevede espressamente l'inderogabilità della prima.

D'una simile previsione secondo la ricorrente non vi sarebbe stato bisogno, in quanto l'inderogabilità del primo comma dell'articolo 1917 c.c. sarebbe "in re ipsa": se, infatti, fosse consentito alle parti derogare liberamente a quella norma, il contratto da esse stipulato non potrebbe più qualificarsi come "assicurazione", ma sarebbe un contratto diverso e per di più immeritevole di tutela.

3. Le eccezioni della società Allianz.

3.1. La società Allianz ha eccepito l'inammissibilità del motivo, sostenendo che sulla questione della validità della clausola *claim's made* inserita nella polizza n. (OMISSIS) si sarebbe formato il giudicato.

L'eccezione è così argomentata in diritto:

(-) il Tribunale ritenne la clausola *claim's made* valida, ma vessatoria; (-) nessuno ha impugnato tale statuizione di validità;

(-) ergo, l'immeritevolezza della clausola *ex art.* 1322 c.c. non può essere fatta ora valere in questa sede.

3.2. Tale eccezione preliminare è infondata.

In primo grado la società Manitowoc vide accolta la propria domanda di garanzia nei confronti dell'assicuratore, sicché non aveva alcun interesse ad impugnare la sentenza sulla questione della conformità della suddetta clausola al disposto dell'art. 1322 c.c..

A fronte dell'appello principale proposto dalla Allianz, la quale si dolse dell'accoglimento della domanda di garanzia, la Manitowoc si limitò a riproporre le difese già svolte in primo grado circa la validità della clausola, e tanto bastava perchè potesse ritenersi ancora *sub iudice* la questione della validità e meritevolezza della clausola in esame.

4. Il problema sottoposto alla Corte.

4.1. Il ricorso proposto dalla Manitowoc pone a questo Collegio il problema di stabilire se nell'assicurazione della responsabilità civile sia consentito alle parti convenire che per "sinistro" debba intendersi, sia ai fini del pagamento dell'indennizzo, sia a tutti gli altri fini contrattuali, non la causazione d'un danno a terzi da parte dell'assicurato, ma eventi diversi, come la circostanza che il danneggiato abbia domandato il risarcimento all'assicurato-responsabile.

4.2. Tale questione appare di particolare importanza per le sue implicazioni teoriche e pratiche. Sul piano dei presupposti teorici a monte, infatti, la soluzione del suddetto problema esige che si stabilisca se la peculiare struttura del contratto di assicurazione riverberi effetti sull'autonomia negoziale, limitandola.

Sul piano delle conseguenze pratiche a valle, la soluzione che, in un senso o nell'altro, si volesse dare al suddetto problema riverbererà effetti sulla validità delle clausole c.d. *claim's made*. Se, infatti, si negasse la facoltà, per le parti d'un contratto di assicurazione della responsabilità civile, di qualificare "sinistro" eventi diversi dalla causazione d'un danno da parte dell'assicurato, sarà necessario stabilire se le suddette clausole siano meritevoli di tutela non solo nella parte in cui escludano il diritto dell'assicurato all'indennizzo, ove la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato pervenga dopo la scadenza del contratto; ma anche nella parte in cui, stabilendo che per "sinistro" debba intendersi la richiesta di risarcimento pervenuta

all'assicurato, fanno sì che contenuto, misura e limiti del credito indennitario dell'assicurato vadano determinati in base ai patti contrattuali vigenti al momento della suddetta richiesta, e non al momento della commissione dell'illecito da parte dell'assicurato.

4.2. Ritiene dunque questo Collegio che la soluzione di tali problemi meriti di essere devoluta all'esame delle Sezioni Unite di questa Corte; ed al fine di offrire a queste ultime un contributo di riflessione, esprime l'opinione che le soluzioni preferibili alle accennate questioni siano le seguenti:

(a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917 c.c., comma 1;

(b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

Ciò per le ragioni che seguono.

5. Nozione di "sinistro" ed autonomia negoziale nel contratto di assicurazione.

5.1. Stabilisce l'art. 1882 c.c. che l'assicurazione contro i danni è il contratto col quale l'assicuratore si obbliga a rivalere l'assicurato del danno ad esso prodotto "da un sinistro".

In base al testo considerato il Thesaurus della nostra lingua (Battaglia, Grande dizionario etimologico della lingua italiana, Torino 1998, vol. 19^a, p. 75, ad vocem), il lemma "sinistro" ha il significato - per quanto rileva ai nostri fini - di "evento sfavorevole, dannoso; disgrazia, sciagura; incidente, avversità".

Questo è indubbiamente il significato avuto presente dal legislatore, non solo nel codice civile, ma in centinaia di testi normativi.

Che in materia assicurativa "sinistro" sia sinonimo di "evento dannoso" emerge dal codice civile (cfr. gli artt. 1892, 1898, 1900, 1905); dal codice della navigazione (cfr. gli artt. 191,209,343,353,514,727,832 cod. nav.); dal regolamento di esecuzione del codice della navigazione (cfr. gli artt. 93, 94, 465, 466 *bis*, 523 reg. esec. cod. nav.); dall'art. 642 c.p.; dall'art. 110 c.p.m.p.; per non dire di una infinità di fonti normative di secondo grado, quali i regolamenti ministeriali o delle autorità di vigilanza (ad esempio, il D.M. 30 gennaio 2009, n. 19, art. 1, comma 1, lett. (h-*bis*), il quale definisce "sinistro" "l'azione od omissione che causa il danno patrimoniale"; ovvero, analogamente, l'art. 1, comma 1, lett. (f), del Provvedimento ISVAP 25.8.2010 n. 2827).

Che per "sinistro" debba intendersi "evento dannoso" è confermato, infine, dalla legislazione comunitaria: in tal senso infatti il lemma "sinistro" è usato nel testo italiano della Direttiva 2009/103/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009 ("Concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità") e della Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 "In materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II)". Nell'uno e nell'altro caso il lemma "sinistro" si è tradotto il francese "*accident*" e l'omofono inglese "*accident*", che hanno pur essi il significato di "fatto dannoso", e non di "richiesta risarcitoria".

In conclusione, per l'interpretazione letterale, il lemma "sinistro" che compare nell'art. 1882 c.c. indica un evento avverso, dannoso e non voluto dall'assicurato.

5.2. Il "sinistro" di cui è menzione nell'art. 1882 c.c. è l'avveramento del rischio di cui all'art. 1895 c.c.: quest'ultimo è il rischio in astratto, l'altro è il rischio in concreto o rischio avverato. Tra rischio e sinistro esiste dunque un rapporto di circolarità: se manca il primo non può avvenire il secondo; ed il secondo deve essere conseguenza di un rischio assicurabile.

Il rischio assicurabile nell'assicurazione contro i danni è quello che ha ad oggetto un evento dalle seguenti caratteristiche: sia futuro, possibile, incerto, oggettivamente esistente e non artificialmente creato, derivante da causa non voluta, pregiudizievole per l'assicurato. Il "sinistro" di cui all'art. 1882 c.c., di conseguenza, anche per l'interpretazione sistematica, oltre che per quella letterale, deve essere un evento avverso, pregiudizievole e non voluto.

5.3. Assicurato ed assicuratore hanno ampia facoltà di trascogliere quali rischi assicurare, entro quali limiti, a quali condizioni e per quale valore.

Non hanno, invece, la facoltà di pattuire che per "sinistro" debba intendersi un evento privo dei caratteri di incertezza, possibilità, dannosità, indesiderabilità.

Non l'hanno perchè, se fosse altrimenti, nulla distinguerebbe più l'assicurazione dalla scommessa. E' insegnamento risalente e autorevole, infatti, che nell'assicurazione il rischio è effettivamente esistente; nella scommessa il rischio è artificialmente creato dalle parti.

E prevedere che l'assicuratore si obblighi a dare "100" all'assicurato, in presenza d'un evento che non sia dannoso di per sè, ma debba considerarsi tale per patto contrattuale, costituisce giustappunto una scommessa.

In conclusione, se le parti hanno la facoltà di assicurare qualsiasi tipo di rischio, non hanno la facoltà di definire "sinistro" un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato, e sia privo dei caratteri di quello: ovvero non volizione e dannosità.

5.4. Il problema appena esaminato non è nuovo: tutta la storia del diritto delle assicurazioni è costellata di periodici scivolamenti del contratto d'indennità verso il contratto d'azzardo, per fini più o meno commendevoli; e sempre il legislatore od i giureconsulti intervennero ad impedire questo fenomeno, consapevoli che il rilievo economico-sociale del contratto di assicurazione non può tollerare degenerazioni funzionali.

Nelle assicurazioni marittime medioevali e rinascimentali, ad esempio, al fine di prevenire contestazioni pretestuose da parte dell'assicuratore circa l'esistenza e l'entità del pregiudizio patito dall'assicurato, cominciarono a diffondersi clausole che elevavano al rango di sinistro non l'affondamento della nave, ma la richiesta del beneficiario (le clausole "interesse o non", "*habeat vel non*", "*valguen mas o menys*", "esclusa ogni prova del carico e della proprietà", "vuoto per pieno", ed altre similari).

La liceità di patti simili (le cc.dd. "scommesse sul felice arrivo della merce a destinazione", o "assicurazione impropria") fu aspramente avversata da insigni giureconsulti (il S., il Ba., l' E.) i quali ravvisarono nel concetto di "interesse" (ovvero la sussistenza, in capo al beneficiario, di un "interesse assicurati") il criterio discriminante tra il trasferimento del rischio per una causa "giusta e utile" e l'alea artificialmente creata dalle parti, che caratterizza invece la scommessa. Se ne dedusse che quando le parti concordano di qualificare "sinistro" un evento al cui avverarsi l'assicurato non ha un interesse contrario, "dessa non è una vera assicurazione, e non ne ha che il nome".

Ed infatti anche le leggi marittime di quasi tutti gli Stati europei vietarono, a più riprese, i patti assicurativi volti a sganciare il diritto all'indennizzo dall'avverarsi d'un "sinistro" che non fosse un evento dannoso e non voluto (a (OMISSIS)).

In conclusione, i giuristi di tutte le epoche hanno avuto sempre ben chiaro ciò: che quando, sotto la spinta delle prassi commerciali o della convenienza degli affari, si lasciasse alle parti la facoltà di definire *quomodolibet* la nozione di "sinistro" in campo assicurativo, si finirebbe per sovvertire la funzione e la natura del contratto d'assicurazione, che si trasformerebbe da patto d'indennità in scommessa.

6. Si è dunque visto che:

(a) nell'assicurazione danni il "sinistro" di cui all'art. 1882 c.c. deve consistere in un evento dannoso e non voluto;

(b) non è consentito alle parti derogare a tali criteri;

(c) il patto col quale si qualificasse come "sinistro" un evento privo del carattere di dannosità, ovvero al cui avverarsi l'assicurato non abbia un interesse contrario, sarebbe una scommessa e non un'assicurazione.

In quanto tale, sarebbe nullo se stipulato da una impresa di assicurazione, la quale ha l'obbligo di limitare la propria attività alla stipula di contratti assicurativi (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209), salve le eccezioni previste dalla legge (tra le quali ovviamente non rientra la raccolta di scommesse).

I principi sin qui riassunti sono pacifici per secolare dottrina.

Occorre ora chiedersi se essi possano soffrire eccezione, nel campo dell'assicurazione della responsabilità civile.

6.1. L'assicurazione della responsabilità civile è un sottotipo dell'assicurazione danni. Se ne distingue perchè la "cosa" esposta al rischio non è un bene determinato, ma il patrimonio dell'assicurato. Per questa ragione la si definisce "assicurazione di patrimoni", per distinguerla dalle "assicurazioni di cose".

Nessuno, tuttavia, ha mai dubitato che anche nell'assicurazione della responsabilità civile, in quanto sottotipo dell'assicurazione danni, debba sussistere un rischio ed un interesse.

Il rischio nell'assicurazione di responsabilità civile è così definito dall'art. 1917 c.c., comma 1: "nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto".

Dunque secondo la previsione legislativa nell'assicurazione di responsabilità civile il rischio in astratto è l'impovertimento dell'assicurato; il "sinistro" (o rischio in concreto) è la causazione, da parte dell'assicurato, d'un danno a terzi del quale debba rispondere.

6.2. Chiediamoci dunque: potrebbero le parti d'un contratto di assicurazione della responsabilità civile pattuire che il "sinistro", ovvero il rischio avverato, possa consistere in un fatto diverso dalla commissione d'un illecito aquiliano da parte dell'assicurato, ed in particolare nella ricezione, da parte di questi, d'una richiesta di risarcimento?

Non potrebbero farlo: perchè se lo potessero, si produrrebbero sei conseguenze talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile.

6.3. In primo luogo, la richiesta di risarcimento non è un "fatto dannoso".

L'obbligazione risarcitoria sorge in capo all'assicurato quando con la sua condotta causa il danno (art. 1173 c.c.), non certo quando il danneggiato gliene chieda conto e ragione.

Anche in mancanza di tale richiesta, infatti, l'assicurato sarebbe pur sempre debitore della vittima, e nessuno oserebbe negare che l'assicurato si impoverisce non quando paga, ma quando nel suo patrimonio sorge l'obbligazione risarcitoria.

Del resto, a ragionare diversamente, si perverrebbe all'assurdo che non potrebbe considerarsi "danno" lo spontaneo pagamento del debito da parte dell'assicurato, prima ancora d'una richiesta risarcitoria, così come gli imporrebbe di fare l'art. 1219 c.c..

Ecco dunque la prima assurdit : se si ritenesse valida la clausola che qualifica "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore da un evento non dannoso, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c..

6.4. In secondo luogo, l'assicurato non ha un interesse contrario alla richiesta risarcitoria: tutt'altro, ha un interesse positivo alla sua presentazione.

Se, infatti, quella richiesta non gli pervenisse nel termine di efficacia contrattuale, egli perderebbe la copertura assicurativa.

Ecco dunque la seconda assurdit : se si ritenesse valida la clausola che qualifica "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore dall'avverarsi di un evento al cui avverarsi l'assicurato non ha un interesse contrario, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c..

6.5. In terzo luogo, l'attribuzione della qualifica di "sinistro" alla richiesta risarcitoria del terzo renderebbe impossibile l'adempimento dell'obbligo di salvataggio, di cui all'art. 1914 c.c.. Per adempiere tale obbligo, infatti, l'assicurato dovrebbe rendersi irreperibile alle richieste del terzo, ovvero non accettare le raccomandate o le notificazioni da questo speditegli.

6.6. In quarto luogo, se fosse lecito alle parti qualificare "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, l'assicurato non potrebbe mai avere nessuna copertura nell'ipotesi di assicurazione della responsabilit  civile per conto altrui (art. 1891 c.c.), ad esempio quella stipulata dal datore di lavoro a beneficio dei dipendenti.

Stabilisce, infatti, l'art. 1900 c.c. che "l'assicuratore non   obbligato per i sinistri cagionati da dolo o da colpa grave del contraente", e questa Corte ha sempre ritenuto che tale norma si applichi anche all'assicurazione della responsabilit  civile.

Sicch , nell'ipotesi in cui il contraente dovesse patire danno per opera dell'assicurato, e gliene chiedesse il risarcimento, a rigore l'assicurato non avrebbe diritto all'indennizzo, perch  il "sinistro" consisterebbe nella richiesta di risarcimento, e una richiesta di risarcimento non potrebbe che essere stata scritta volontariamente, e quindi con dolo.

6.7. In quinto luogo, se fosse lecito alle parti qualificare "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si perverrebbe all'assurdo che anche una richiesta infondata costituirebbe un "sinistro", a farebbe scattare per l'assicuratore il diritto di recesso, come previsto nel contratto stipulato tra Allianz e Manitowoc.

Per contro, proprio la necessit  che la richiesta risarcitoria, per far scattare l'obbligo indennitario, abbia un minimo di fondamento, rende palese che non quella richiesta costituisce il danno patito dal patrimonio dell'assicurato, ma la precedente condotta illecita di quest'ultimo.

6.8. In sesto luogo, se fosse lecito alle parti qualificare "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si perverrebbe al seguente ulteriore paradosso: che nel caso di morte dell'assicurato, cesserebbe il rischio *ex art. 1896 c.c.* e si scioglierebbe il contratto, e gli eredi dell'assicurato

che avesse commesso un danno sarebbero sempre e comunque privi della copertura assicurativa.

La morte dell'assicurato, infatti, fa cessare il rischio che questi possa causare danni a terzi, ma non fa certo cessare il "rischio" che i terzi si rivolgano agli eredi del responsabile.

Il che a sua volta produce l'ulteriore absurdità che qualunque parente di persona assicurata contro i rischi della r.c., in virtù di un contratto contenente clausole come quelle adottate dalla Allianz, o provvede ad assicurarsi anche lui mentre l'assicurato è in vita, o rinuncia all'eredità.

7. Alla luce di tutto quanto esposto sin qui, deve concludersi che nel campo del contratto di assicurazione della responsabilità civile l'autonomia negoziale delle parti non è illimitata.

Esse non possono attribuire la qualifica di "sinistro" ad un evento che non sia pregiudizievole per il patrimonio dell'assicurato, ed al cui avverarsi l'assicurato non abbia un interesse contrario.

Se lo facessero, quel patto mai potrebbe qualificarsi "assicurazione", ma sarebbe un contratto di altro tipo, la cui validità sarebbe da vagliare caso per caso, e che comunque in quanto contratto non assicurativo non potrebbe mai essere stipulato da un assicuratore, a pena di nullità, *ex art. 11 cod. ass., comma 2.*

7.1. Il corollario di quanto precede è il seguente: che ai fini della soluzione del problema qui in esame è del tutto irrilevante la circostanza che l'art. 1932 c.c., nell'elencare le norme inderogabili dalla volontà delle parti, non faccia cenno dell'art. 1917 c.c., comma 1.

Di prevedere l'inderogabilità di quella norma non v'era infatti bisogno, per la semplice ragione che derogare all'art. 1917 c.c., comma 1, significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione della responsabilità civile.

Si consideri, del resto, che anche l'art. 1882 c.c. non compare tra le norme dichiarate "inderogabili" dall'art. 1932 c.c.: e certo nessuno vorrà sostenere che un contratto privo dei requisiti di cui all'art. 1882 c.c. possa qualificarsi un'assicurazione sì, ma "atipica".

8. Validità del patto di esclusione dell'indennizzo per le richieste postume.

8.1. Come già detto, il contratto stipulato dalla Manitowoc con la Allianz conteneva due patti:

(a) col primo, si qualificava "sinistro" la richiesta di risarcimento pervenuta all'assicurato durante la vigenza del contratto;

(b) col secondo si stabiliva che "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato durante il periodo di efficacia dell'assicurazione e notificate alla società (assicuratrice) durante il medesimo periodo".

Tutti e due sono stati invocati dall'assicuratore, al fine di negare la propria obbligazione.

Pertanto, anche nell'ipotesi in cui si ritenesse invalido il patto sub (a), resterebbe da stabilire se il patto sub (b) non sia di per sè sufficiente a giustificare il rigetto della domanda di garanzia.

La clausola sopra trascritta, infatti, anche se cadesse la pattuizione che eleva al rango di "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, teoricamente sarebbe di per sè sufficiente a giustificare il rigetto della pretesa dell'assicurato.

8.2. La clausola di cui s'è detto al p. precedente è nota nella prassi commerciale come "clausola *claim's made*".

Della validità delle clausole dette *claim's made* si sono già occupate le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016.

Con quella decisione le Sezioni Unite di questa Corte hanno stabilito che:

(a) la clausola *claim's made*, nella parte in cui consente la copertura di fatti commessi dall'assicurato prima della stipula del contratto, non è nulla, e non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ai sensi dell'art. 1895 c.c.;

(b) la clausola *claim's made*, nella parte in cui subordina l'indennizzabilità del sinistro alla circostanza che il terzo danneggiato abbia chiesto all'assicurato il risarcimento entro i termini di vigenza del contratto, delimita l'oggetto di questo, e non la responsabilità dell'assicuratore, e di conseguenza non è vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.;

(c) la clausola *claim's made*, pur non essendo vessatoria, potrebbe tuttavia risultare in singoli casi specifici non diretta a "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico", ai sensi dell'art. 1322 c.c.. Quest'ultima valutazione tuttavia va compiuta in concreto e non in astratto, valutando:

(c1) se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto;

(c2) la qualità delle parti;

(c3) la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di garanzia".

8.3. I problemi posti a questo Collegio dal ricorso oggi in esame sono dunque ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi dalle Sezioni Unite con la sentenza appena ricordata.

A tali quesiti questo Collegio auspica che le Sezioni Unite diano (risposta stabilendo che la clausola *claim's made*, nella parte in cui esclude il diritto dell'assicurato all'indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto, sia dichiarata immeritevole di tutela sempre e comunque, per le ragioni che seguono.

8.4. La "meritevolezza" di cui all'art. 1322 c.c., comma 2, non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sè, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, p. 603, 2^a capoverso). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato nell'art. 2 Cost., secondo periodo; art. 4 Cost., comma 2, e art. 41 Cost., comma 2.

Affinchè dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sè nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.. L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri 62^a *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, 17^a, 144).

8.5. Questa Corte, pur evitando definizioni generali della nozione di "immeritevolezza", in passato ha più volte implicitamente affermato i principi appena esposti.

E' stata ritenuta "immeritevole" la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41 Cost., comma 2. (Sez. U, Sentenza n. 4222 del 17/02/2017).

Immeritevole è stato ritenuto il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto "(OMISSIS)", che prevedeva l'acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: *ex aliis*, in tal senso, Sez. 1, Sentenza n. 22950 del 10/11/2015; per una vicenda analoga ed una analoga statuizione, relativa al contratto finanziario denominato "(OMISSIS)", si veda altresì Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 19559 del 30/09/2015).

Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la "effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato" (Sez. 3, Sentenza n. 3080 del 08/02/2013).

Immeritevole, ancora, è stata ritenuta la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto d'un bene mobile, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (Sez. 3, Sentenza n. 12454 del 19/07/2012).

Immeritevole, poi, è stata ritenuta la clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà (Sez. 3, Sentenza n. 14343 del 19/06/2009).

Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l'attivo del primo con il passivo del secondo (Sez. 1, Sentenza n. 1898 del 19/02/2000).

Immeritevole, ancora, è stato ritenuto il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi (Sez. 1, Sentenza n. 9975 del 20/09/1995).

Nè può tacersi, infine, un richiamo alla importante decisione pronunciata dalle Sezioni Unite di questa Corte in tema di esercizio officioso, da parte del giudice, del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva (Sez. U, Sentenza n. 18128 del 13/09/2005). Nella motivazione di tale sentenza, infatti, in piena sintonia col p. 603 della Relazione al Codice civile sopra ricordato, si è ribadito che l'autonomia negoziale delle parti non è sconfinata, ma è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l'ordinamento cessa di apprestarle tutela.

8.6. Riducendo a "sistema" le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

(a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.);

(b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, citt.);

(c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.).

E' alla luce di questi criteri che va valutata, pertanto, la meritevolezza della clausola *claim's made*, come già ritenuto da questa Sezione (Sez. 3, Sentenza n. 10506 del 28.4.2017; Sez. 3, Sentenza n. 10509 del 28.4.2017).

8.7. Ebbene, alla stregua dei suddetti criteri la clausola *claim's made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti indicati al p. che precede.

8.7.1. In primo luogo, la clausola *claim's made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita.

La clausola *claim's* con esclusione delle richieste postume riduce infatti il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. E' infatti praticamente impossibile che la vittima d'un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento illico et immediate al responsabile, come nel celebre aneddoto di Lucio Verazio, narrato da Aulo Gellio (Gellio, Notti Attiche, 20^a, 1, 13).

Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l'assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio. E' vero che tale iato ricorre anche in alcuni tipi assicurativi (ad es., nei trasporti marittimi, nei quali la copertura inizia al momento della caricazione anche se il contratto è stato stipulato prima di tale momento), ma è altresì vero che in quei contratti prima dell'inizio della copertura, o dopo la sua fine, non è possibile l'avveramento del rischio (la merce non può essere perduta dal vettore marittimo prima della caricazione o dopo la scaricazione), mentre nell'assicurazione della responsabilità civile è ovviamente possibile che l'assicurato causi danni a terzi anche negli ultimi mesi, o giorni, od ore precedenti la scadenza del contratto.

8.7.2. In secondo luogo, la clausola *claim's made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto pone l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra.

La clausola *claim's made*, infatti, fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento.

L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa alcun potere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'art. 1322, c.c., avallare.

La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'art. 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto.

La seconda conseguenza paradossale è che la clausola *claim's made* con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c..

8.7.3. In terzo luogo, la clausola *claim's made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempia spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicchè è mancata la *condicio iuris* cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore (si veda, al riguardo, la fattispecie concreta già decisa da Sez. 3, Sentenza n. 5791 del 13/03/2014).

Esito, si diceva, paradossale e come tale non ammissibile, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore.

8.7.4. In quarto luogo, la clausola *claim's made* consente all'assicuratore - in contrasto con elementari regole di correttezza e buona fede - di modulare le condizioni generali di contratto, di fatto imposte all'assicurato, in base ad eventi che notoriamente sono avvenuti, ma per i quali il terzo danneggiato non abbia ancora, per avventura, fatto pervenire alcuna richiesta all'assicurato. Ne è un esempio proprio la vicenda oggi all'esame di questa Corte, nella quale l'assicuratore ha curiosamente deciso di innalzare la franchigia da 4.000 a 100.000 Euro dopo l'avveramento del sinistro (che in un contesto economico sociale di una piccola città come Treviso non potè non avere avuto una certa eco: venne distrutto un magazzino, crollò una gru, si ferirono due persone), ma prima che il terzo danneggiato rivolgesse le proprie richieste all'assicurato.

9. La questione della validità e/o della meritevolezza della clausola *claim's made* ha avuto vasta eco in dottrina, la quale sul punto si è divisa.

Una parte ha sostenuto l'invalidità o l'immeritevolezza della clausola, con argomenti in buona parte coincidenti con quelli esposti nei p.p. che precedono.

Altra parte ha invece difeso la validità della clausola in questione, con argomenti che paiono a questo Collegio insostenibili.

Questi argomenti sono così riassumibili

(a) la clausola *claim's made* non sarebbe atipica, e quindi sfuggirebbe al vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.;

(b) la clausola *claim's made* è consentita dal principio di libertà negoziale, di cui all'art. 1322 c.c.;

(c) la clausola *claim's made* è diffusa in tutti i Paesi del mondo, e vietarla nuocerebbe all'economia nazionale;

(d) la clausola *claim's made* consente all'impresa di assicurazione risparmi sugli indennizzi, sull'accantonamento delle riserve sinistri e sui costi gestione; se mancasse, i costi dell'assicurazione di responsabilità civile diverrebbero "proibitivi".

9.1. Il primo argomento è manifestamente infondato. Si sono già espresse le ragioni per le quali, per la nostra legge, "sinistro" può essere solo un fatto dannoso e non voluto, e nell'assicurazione della r.c. tali requisiti li possiede il "fatto" rappresentato dal sorgere della responsabilità dell'assicurato, non il "fatto" rappresentato dall'inoltro d'una richiesta risarcitoria.

9.2. Il secondo argomento è stato già confutato ai p. 7.1, 8 e ss. che precedono.

L'autonomia negoziale, nel campo assicurativo, incontra due limiti: non può sostituire un rischio reale con un rischio artificiale, pena la trasformazione dell'assicurazione in scommessa; e non può pattuire clausole che assoggettino senza corrispettivo una parte all'altra.

9.3. Il terzo ed il quarto argomento hanno ben poco di giuridico, e sono perciò irrilevanti in questa sede.

Varrà la pena comunque soggiungere che affermare che la clausola *claim's made* sia diffusa "in tutto il mondo" è, puramente e semplicemente, falso.

Essa, al contrario, è stata contrastata dalle Corti Supreme di tutto il mondo, e là dove è ammessa lo è stata solo grazie all'intervento del legislatore: ad esempio in Belgio (L. 25 giugno 1992, art. 78), in Spagna (L. 30 novembre 1995), in Francia (L. 1 agosto 2003, n. 2003-706).

Che l'assenza di patti *claim's made* comporti "costi insopportabili" per l'assicuratore è, del pari, affermazione che merita una piccola chiosa.

9.4. La clausola *claim's made* venne escogitata da broker assicurativi statunitensi alla metà degli anni Ottanta, al fine di attenuare gli effetti di un orientamento giurisprudenziale delle Corti di quel Paese, le quali ritennero che, nel caso di danni causati dalla diffusione di un farmaco rivelatosi dannoso, fossero obbligati a tenere indenne la ditta produttrice tutti gli assicuratori succedutisi dall'epoca di diffusione del farmaco, sino alla manifestazione dei suoi effetti: decisione che comportò ovviamente la responsabilità di tutti gli assicuratori che ebbero la sventura di assicurare la ditta produttrice dal 1942 al 1985, epoca della decisione (lo stabilì la Corte Suprema dell'Indiana con sentenza 12.9.1985, nel caso *Eli Lilly contro The Home Insurance Company*).

Sicchè è agevole concludere che la clausola *claim's made* sorse per limitare i rischi, per l'assicuratore, derivanti dall'affermazione di principi giuridici inconcepibili nel nostro ordinamento.

E' ovvio che poi, esportata quella clausola, essa consentì risparmi di spesa: ma poichè nel nostro ordinamento non sono possibili condanne come quella del caso *Eli Lilly*, non sembra lecito sostenere che la clausola *claim's made* evita "costi insostenibili". Essa non è affatto quel baluardo contro il rischio di tracolli finanziari che certa dottrina vorrebbe far credere, ma è più banalmente una clausola conveniente per l'assicuratore: e va da sè che la validità dei contratti non si giudica in base alla loro convenienza per l'una o per l'altra parte.

10. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, questo Collegio chiede alle Sezioni Unite di stabilire se siano corretti i seguenti principi:

(a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917 c.c., comma 1;

(b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

P.Q.M.

La Corte rimette il ricorso al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnarlo alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione Terza civile della Corte di cassazione, il 8 novembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 19 gennaio 2018.

Cass., 2 marzo 2018, n. 4912

Il giudizio sulla meritevolezza di tutela *ex art. 1322, co. 2, c.c.* della clausola *claims made* contenuta in una polizza della responsabilità civile va condotto tenendo conto anche della circostanza che, da un lato, emerga un “buco di copertura” dal collegamento dei contratti assicurativi considerati (nella specie, una polizza *claims made* efficace al tempo del sinistro seguita da una polizza c.d. *loss occurrence* vigente al momento della richiesta di risarcimento) e, dall’altro, che di tale eventualità fosse consapevole l’assicuratore nel predisporre il secondo contratto (avendo ricevuto da un terzo una richiesta risarcitoria relativa al sinistro in questione prima di proporre la polizza *loss occurrence*).

FATTO

Rilevato che:

con atto di citazione notificato il 30 gennaio 2004, M.G., in proprio e quale rappresentante della società M. di G.M. & C. conveniva in giudizio, davanti al Tribunale di Treviso, la società CEV S.p.A. per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti il giorno (OMISSIS) a causa della caduta del braccio di una gru operante nel vicino cantiere della predetta società, con danneggiamento del capannone e ferimento dell’attore, perdita di merce e blocco dell’attività aziendale. Costituitasi in giudizio la società otteneva di chiamare in causa la ditta costruttrice della gru, Srl Potain Sud Europa (successivamente Manitowoc Crane Group Italy). Le due società evocavano in giudizio i rispettivi assicuratori, Generali s.p.a. per la società CEV e RAS Assicurazioni per Potain. Il Tribunale di Treviso, con sentenza del 22 marzo 2010, riconosceva la responsabilità solidale di Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. e CEV con condanna al risarcimento dei danni e condannava, Manitowoc Crane Group Italy s.r.l., a manlevare CEV per la metà di quanto dovuto all’attrice; condannava Assicurazioni Generali a rifondere a CEV quanto dovuto in favore dell’attrice, salva la franchigia del 10%, nonchè a rifondere all’assicurata le spese di lite; rigettava la domanda svolta da Manitowoc nei confronti di RAS Assicurazioni, con compensazione delle spese tra tali parti. Il Tribunale, richiamando le risultanze delle indagini svolte dal consulente tecnico del pubblico ministero, osservava che non era stato possibile individuare le cause della caduta del braccio della gru e che, pertanto, la società CEV doveva rispondere quale custode della gru, in assenza della prova del caso fortuito, mentre la Manitowoc era responsabile per il carattere difettoso della macchina, con presunzione paritaria di responsabilità. Rigettava la domanda di manleva di Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. nei confronti di Ras perchè il sinistro era estraneo alla copertura assicurativa, risalendo al (OMISSIS);

avverso tale decisione proponeva appello Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. per una pluralità di motivi; costituitasi l’appellata CEV spiegava appello incidentale ritenendo responsabile esclusivo o prevalente la società Manitowoc s.r.l. poichè il fatto era riferibile esclusivamente a

difetti imputabili al costruttore; la società M. e G.M. spiegavano appello incidentale per il parziale accoglimento delle pretese risarcitorie; anche la compagnia di assicurazioni Generali proponeva appello incidentale lamentando l'erronea statuizione sulla domanda di manleva proposta da CEV; Allianz Assicurazioni, già Ras, si opponeva all'appello principale, riproponendo tutte le questioni già sollevate in primo grado;

con sentenza pubblicata il 17 settembre 2014 la Corte d'Appello di Venezia, in parziale riforma della sentenza impugnata, rideterminava il risarcimento dovuto da Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. e CEV, in solido tra loro, in favore della società Martignone e di quest'ultimo, nella minore somma di Euro 592.332,51, oltre interessi, condannando questi ultimi a restituire gli importi ricevuti in eccedenza e definendo il regime delle spese di lite. Per quello che interessa in questa sede, la Corte territoriale riteneva corretta l'affermazione di responsabilità della società produttrice Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. e quella solidale della società CEV, ai sensi degli artt. 2051 e 2050 c.c., in misura paritaria ai sensi dell'art. 2055 c.c., comma 3, considerando infondata la domanda di manleva proposta da Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. nei confronti dell'assicuratore Ras, atteso il tenore della polizza n. (OMISSIS) e la natura non vessatoria della clausola *claims made* riferita alla polizza n. (OMISSIS);

avverso tale decisione propone ricorso per cassazione Manitowoc Crane Group Italy s.r.l. sulla base di sei motivi. Resistono in giudizio, con separati controricorsi, Allianz S.p.A., CEV S.p.a e Generali Italia s.p.a.. Le parti depositano memorie ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c.. Il Procuratore generale conclude per l'accoglimento del ricorso relativamente al secondo motivo, assorbiti il primo, terzo, quarto e quinto motivo e rigetto del sesto motivo.

DIRITTO

che:

con il primo motivo la società deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3, precisando che con l'atto di chiamata del terzo Ras assicurazioni aveva chiesto al Tribunale di accertare la vigenza della polizza di assicurazione stipulata fra tutte quelle prodotte, con specifico riferimento anche a quella n. (OMISSIS), indipendentemente se della stessa fosse stato allegato un mero estratto;

con il secondo motivo lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., con riferimento all'art. 360, n. 3, riguardo alla valutazione di meritevolezza della clausola *claims made* contenuta nella polizza n. (OMISSIS). La Corte territoriale, con motivazione generica, ha ritenuto valida tale clausola, senza considerare l'evidente limitazione di responsabilità che prevede, omettendo di svolgere una analisi delle singole disposizioni contenute del contratto al fine di verificare la meritevolezza della disposizione;

con il terzo motivo deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 1917 c.c., con riferimento alla medesima polizza e clausola oggetto della doglianza precedente, rilevando che è una siffatta clausola si pone in contrasto con la norma primaria e imperativa prevista dal codice civile (art. 1917 c.c.) con conseguenze nullità derivata della clausola;

con il quarto motivo lamenta la violazione dell'art. 1341 c.c., con riferimento alle medesime disposizioni e clausole oggetto dei due motivi precedenti, ritenendo erronea la motivazione della Corte territoriale secondo cui la clausola *claims made* sarebbe limitativa dell'oggetto che, però, identifica il sinistro con la richiesta di risarcimento danni. Conseguentemente l'assicurato risponde del sinistro al momento del suo verificarsi e la responsabilità dell'assicuratore sorge

con il fatto dannoso, ma, ai sensi dell'art. 7 del contratto, la clausola *claims made* collega la responsabilità dell'assicuratore al diverso evento della denuncia da parte del terzo, e non al fatto dannoso;

con il quinto motivo deduce la violazione degli artt. 1895 e 1341 c.c., con riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3, riguardo al tema della nullità o vessatorietà della clausola *loss occurrence* contenuta nell'appendice di proroga della polizza n. (OMISSIS). Dal collegamento tra la polizza e l'appendice emerge che le parti hanno inteso regolare, per periodi differenti, la limitazione della garanzia: con clausola *claims made*, fino al 1 gennaio 2004 e con clausola *loss occurrence*, da tale data sino al 30 settembre 2004, con conseguente sperequazione dell'equilibrio contrattuale poichè, alla data del 1 gennaio 2004, l'assicuratore era già consapevole che il sinistro si era verificato avendo ricevuto la richiesta di danni in data 23 giugno 2003. Non ricorrerebbe, pertanto, l'ipotesi di rischio quale evento futuro ed incerto, ma l'ipotesi di rischio già verificato, con conseguente nullità della clausola. In ogni caso l'assicuratore, consapevole del fatto che il sinistro si era già verificato, si avvaleva della clausola *loss occurrence* di sostanziale esclusione della propria responsabilità convenendo un premio di entità superiore alla polizza precedente, retta dalla clausola *claims made*;

con il sesto motivo, relativo al tema della responsabilità del produttore, lamenta la violazione del D.Lgs. n. 206 del 2005, artt. 117 e 118 e dell'art. 2055 c.c., comma 3. c.c. In particolare, la responsabilità del produttore non costituisce un'ipotesi di responsabilità oggettiva, non dovendo dimostrare, ai fini della prova liberatoria, il caso fortuito, al contrario dell'esercente l'attività pericolosa. E' sufficiente dimostrare l'imprevedibilità del danno: nel caso di specie le risultanze della consulenza tecnica di ufficio evidenziavano un uso improprio e per cicli di lavoro eccessivi della gru. Pertanto, l'affermazione di responsabilità contenuta nella decisione impugnata è priva della valutazione della colpa, confinata nell'incompletezza di calcolo a livello progettuale;

con riferimento al primo motivo va rilevata l'irrituale deduzione della censura che la ricorrente riferisce all'ipotesi di violazione di legge *ex art. 360 c.p.c., n. 3*), mentre l'omessa pronuncia su domanda o questioni sollevate nel giudizio da parte del giudice del merito integra violazione dell'art. 112 c.p.c., che deve essere fatta valere ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4). La doglianza va correttamente qualificata non come questione di extrapetizione, ma quale censura in ordine alla valutazione operata dalla Corte territoriale riguardo al titolo fatto valere in giudizio deducendosi, infatti, "la nullità della decisione derivante dalla relativa omissione" per cui la "sentenza impugnata dovrà essere cassata a tali fini ritenendo per l'effetto titolo costitutivo della manleva invocata anche la polizza n. (OMISSIS)". La censura, quindi, investe l'esatta individuazione del titolo della pretesa e cioè una questione di interpretazione della domanda, deducendo la ricorrente di avere posto a fondamento della propria pretesa tutti i contratti stipulati con l'assicuratore Ras, e quindi anche la polizza (OMISSIS), operante nel periodo interessato dall'evento (anno 2002), ma caratterizzata dalla clausola *claims made* e ciò diversamente da quanto ritenuto dalla Corte territoriale, secondo cui la domanda di manleva trovava titolo solo nella polizza n. (OMISSIS) e relativa proroga, che si riferiva al periodo successivo all'evento (cioè, rispettivamente, da gennaio 2003, la polizza e da gennaio 2004, l'appendice), ma con lo schema classico della clausola *loss occurrence*. La ricorrente censura in maniera puntuale la motivazione della Corte d'Appello contenuta a pagina 32, nella parte in cui viene esclusa la rilevanza della polizza n. (OMISSIS) vigente all'epoca del sinistro, poichè la

stessa "non era stata nemmeno espressamente citata e dunque non poteva costituire il titolo della copertura assicurativa", rilevando, tra l'altro, di avere specificamente chiesto, con l'atto di costituzione e risposta e chiamata del terzo, che fosse "in ogni caso, accertata la vigenza della polizza di assicurazione stipulata con la Ras";

fatta questa premessa, i motivi di ricorso da uno a cinque possono essere trattati congiuntamente perchè strettamente connessi attenendo al tema della esclusione della garanzia assicurativa da parte di Ras Assicurazioni;

rilevano in questa sede le tematiche oggetto della decisione di questa Corte a Sezioni Unite n. 9140 del 6 maggio 2016, dalla quale è possibile enucleare, in estrema sintesi e per quello che rileva in questa sede, le seguenti ipotesi:

polizza che contenga clausole miste o impure (in cui rileva sia il tempo dell'evento che quello della richiesta) che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando, sia il fatto illecito, sia la richiesta risarcitoria, intervengano nel periodo di vigenza del contratto, con eventuale retrodatazione della garanzia riferita alle condotte poste in essere in epoca anteriore;

polizza che contenga le clausole pure (in cui rileva solo il momento della richiesta) destinate a coprire tutte le richieste risarcitorie formulate nei confronti dell'assicurato nel periodo di vigenza della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito;

polizza che contenga la formula *loss occurrence* (ad insorgenza del danno, in cui rileva il tempo dell'evento), la quale copre i sinistri avvenuti durante la vigenza del contratto anche se la richiesta risarcitoria venga formulata in un tempo successivo, quando la polizza non era più vigente;

la fattispecie in esame prevede l'avvicendamento di una polizza contenente una clausola *claims made* e una successiva polizza strutturata sullo schema di quella *loss occurrence*, poichè, quanto alla prima garanzia "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate all'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia dell'assicurazione stessa", indipendentemente dal momento in cui si verificarono, purché si concretizzino in richieste pervenute nel periodo di efficacia della polizza stessa (pagina 33 della sentenza), che richiama pagina 6 della polizza n. (OMISSIS), che rinvia all'arti. 4 della Seconda Sez. del contratto, che fa coincidere il concetto di sinistro con il concetto di richiesta di risarcimento;

con specifico riferimento alle censure oggetto del primo motivo, le stesse si appalesano fondate in considerazione della rituale e precisa l'indicazione contenuta nella citazione per la chiamata del garante da parte di Srl Potain Sud Europa (successivamente Manitowoc Crane Group Italy) depositata il 1 ottobre 2004 che opera uno specifico riferimento ad entrambe le polizze: quella iniziale, con efficacia dal gennaio 2000 e prorogata sino al 1 gennaio 2003, e quella annuale, con decorrenza 1 gennaio 2003 e prorogata sino a settembre 2004. Documentazione allegata all'atto di costituzione e contestuale atto di chiamata in causa del terzo (indicata come all. 1);

sulla base di tali elementi appare evidente che la ricorrente ha posto a fondamento della propria pretesa tutti i contratti stipulati con l'assicuratore Ras, e quindi anche la polizza n. (OMISSIS), operante nel periodo interessato dall'evento (anno 2002) e richiamata espressamente in comparsa di risposta, caratterizzata dalla presenza della citata clausola *claims made* e ciò diversamente da quanto ritenuto dalla Corte d'Appello, secondo cui la domanda di manleva trovava titolo solo nella seconda polizza, la n. (OMISSIS) e relativa proroga, che si riferivano al periodo successivo all'evento;

la questione attiene alla verifica di meritevolezza complessiva della garanzia con riferimento all'avvicendamento tra una polizza in cui la retroattività della copertura assicurativa è limitata (la n. (OMISSIS)) e quella, con la formula *loss occurrence* (ad insorgenza del danno), la quale copre i sinistri avvenuti durante la vigenza del contratto, anche se la richiesta risarcitoria venga formulata in un tempo successivo. E' evidente che la prima polizza, subordinando la copertura assicurativa al fatto che il sinistro venga denunciato durante la vigenza della stessa, determina uno spostamento del rischio dall'evento di danno, alla denuncia dello stesso;

all'esito della decisione delle Sezioni Unite n. 9140 del 2016 non presenta profili di invalidità la polizza che contenga una clausola pura, ossia con richiesta in corso di validità, ma a copertura di rischi pregressi, anche se non conosciuti dal contraente. Al contrario per quella impura è necessaria una verifica in termini di meritevolezza negoziale nella prospettiva dell'art. 1322 c.c., perchè esiste, come rilevato, uno sbilanciamento tra premio e indennizzo ed un rischio di esclusione della copertura assicurativa, non eliminabile dal soggetto che dovrebbe essere garantito;

come evidenziato da questa Corte (Cass. sez. 3 n. 10506 del 28 aprile 2017) non sono meritevoli di tutela le clausole che attribuiscono ad una parte un vantaggio sproporzionato rispetto all'altra, pongono una parte contraente in condizione di soggezione rispetto all'altra, determinano un contrasto con i doveri di solidarietà conseguenza del fatto che restano escluse dalla copertura le richieste cadenti oltre il termine di validità contrattuale, anche se riferite a sinistri verificatosi durante il periodo di copertura assicurativa. Ciò determina, richiamando le Sezioni Unite, una frattura tra il momento in cui è stipulata l'assicurazione e viene pagato il premio e quello in cui il rischio assicurato può verificarsi, con conseguenze giuridicamente irragionevoli;

nel caso di specie, sul presupposto della successione delle due polizze, la prima polizza n. (OMISSIS) contenente la clausola *claims made* non consente di ottenere l'indennizzo, perchè la richiesta del terzo è intervenuta dopo il periodo di efficacia, con riferimento ad un evento verificatosi il (OMISSIS), mentre sulla base della seconda polizza, n. (OMISSIS), contenente la appendice n. (OMISSIS) e clausola ordinaria *loss occurrence*, il rischio egualmente non è coperto, perchè il fatto storico dell'incidente è precedente all'inizio dell'efficacia della seconda polizza (riferita al periodo gennaio 2003/gennaio 2004, la polizza ed al periodo successivo, dal 1 gennaio 2004 al 30 settembre 2004, l'appendice);

alla luce di quanto precede deve rilevarsi che la Corte territoriale ha errato nella corretta individuazione del titolo della pretesa avanzata dall'odierna ricorrente, che ha dedotto e dimostrato di avere posto a fondamento della propria pretesa tutti i contratti stipulati con l'assicuratore Ras, e quindi anche la polizza n. (OMISSIS), operante nel periodo interessato dall'evento (giugno 2002). La Corte territoriale, al contrario, avendo affermato che la domanda di manleva trovava titolo solo nella polizza n. (OMISSIS) e relativa proroga, che si riferivano al periodo successivo all'evento, escludendo la rilevanza della polizza n. (OMISSIS) vigente all'epoca del sinistro, non ha preso in esame i profili di meritevolezza relativi anche al collegamento tra le due polizze e la circostanza che, dalla successione dei contratti emerge un "buco di copertura" (come evidenziato dal Procuratore generale), al fine di verificare la sussistenza di profili di irragionevolezza di tali modalità negoziali rispetto alla finalità di copertura del rischio associativo. E ciò indipendentemente dall'approvazione specifica *ex art.* 1341 c.c., anche in considerazione dell'ulteriore circostanza (ben delineata con il quinto motivo) che, al momento della conclusione della seconda polizza e relativa proroga, il soggetto

danneggiato aveva già inviato la richiesta di danno (23 giugno 2003), profilandosi l'ipotesi di assicurazione per un rischio verificatosi e già noto prima della conclusione del (secondo) contratto e compatibile con la finalità di garanzia solo nel caso in cui ciò non abbia comportato la sostanziale cessazione del rischio assicurato;

le considerazioni che precedono risultano assorbenti rispetto alle deduzioni poste a sostegno del sesto motivo;

ne consegue che il ricorso per cassazione deve essere accolto per quanto di ragione; la sentenza va cassata con rinvio, atteso che, in forza dell'errata individuazione del titolo della pretesa avanzata dalla odierna ricorrente, la Corte territoriale non ha esaminato le tematiche sopra evidenziate, che dovranno essere risolte in sede di rinvio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione;

cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'Appello di Venezia, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione della Corte Suprema di Cassazione, il 7 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 2 marzo 2018.