

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

IPSOA

Il Corriere giuridico

Mensile di giurisprudenza civile, legislazione e opinioni

ISSN 1591-4232-ANNO XXXVIII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

1/2021

 edicolaprofessionale.com/corrgiur

**La giustizia tra istanze
di rinnovamento e formazione
dei magistrati**

**Diritto al mantenimento
del figlio maggiorenne : una sentenza
innovativa della Cassazione**

**La Corte costituzionale
e le società cancellate**

DIREZIONE SCIENTIFICA

DIRITTO CIVILE

Luigi Balestra
Vincenzo Carbone
Vincenzo Cuffaro
Thomas Genicon
Vincenzo Mariconda
Claudio Scognamiglio
Gianroberto Villa

DIRITTO COMMERCIALE

Giuseppe Guizzi

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Claudio Consolo
Cesare Glendi
Christoph Paulus

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

In punto di diritto.



Wolters Kluwer e CEDAM presentano

Breviaria Iuris 3.0

L'essenza del diritto, commentato dall'eccellenza dei giuristi italiani, ora in digitale e aggiornato quando davvero serve.

Scopri di più su info.wolterskluwer.it/breviaria-iuris



New

Y43H1CL



PRIMO PIANO

Riforme	L'ANELATA GIUSTIZIA TRA ISTANZE DI RINNOVAMENTO E FORMAZIONE DEI MAGISTRATI di <i>Luigi Balestra</i>	5
----------------	---	----------

DIRITTO CIVILE

Giurisdizione internazionale	<i>Corte di Giustizia, Sez. I, 9 luglio 2020, n. C-343/19</i> DIESEL E SOFTWARE ANTI-EMISSIONI CIRCOLANO NEL MERCATO UNICO ED INQUINANO I TEST E L'AMBIENTE MA RENDONO IL PRODUTTORE SOGGETTO ALLA GIURISDIZIONE DEI LUOGHI DI ACQUISTO di <i>Marcello Stella</i>	9 12
Assegno di mantenimento e nuova convivenza	<i>Cassazione Civile, Sez. VI - 1, 16 ottobre 2020, n. 22604</i> <i>Cassazione Civile, Sez. I, 17 dicembre 2020, n. 28995, ord. interloc.</i> ASSEGNO DI MANTENIMENTO E DI DIVORZIO E NUOVA CONVIVENZA, TRA ONERE DELLA PROVA, DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE E ADEGUATO SUPPORTO MOTIVAZIONALE di <i>Filippo Danovi</i>	17 18 21
Figli maggiorenni	<i>Cassazione Civile, Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183, ord.</i> UN'ORDINANZA INEDITA DELLA CASSAZIONE IN TEMA DI DIRITTO AL MANTENIMENTO DEL FIGLIO MAGGIORENNE: TRA NOVITÀ DIROMPENTI E ARRESTI SICURI di <i>Nicola Scarano</i>	32 38
Collaborazioni organizzate dal committente	<i>Cassazione Civile, Sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663</i> LA VICENDA DEI RIDERS: TRA ESIGENZA DI PROTEZIONE DEI LAVORATORI E QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO di <i>Giuseppina Mortillaro</i>	48 54
Contratto di prestito di opere d'arte	<i>Tribunale di Lodi, Sez. civ., 21 gennaio 2019, n. 90</i> PRESTITO DI OPERE D'ARTE E ORGANIZZAZIONE DI MOSTRE: LA RESPONSABILITÀ DEL GALLERISTA PER INCAUTA CUSTODIA di <i>Dario Covucci</i>	63 65
Parti comuni del condominio	AZIONI REALI RELATIVE ALLE PARTI COMUNI DEL CONDOMINIO: PROBLEMI DI LITISCONSORZIO E DI LEGITTIMAZIONE PASSIVA di <i>Roberto Triola</i>	72

DIRITTO COMMERCIALE

Estinzione della società	<i>Corte costituzionale 8 luglio 2020, n. 142</i> AD INFERA. LA CONSULTA "BENEDICE" L'ILLOGICO "DIRITTO VIVENTE" SULL'ESTINZIONE POSTLIQUIDATIVA DELLE SOCIETÀ, MA NON L'APPARENTE DISPOSTA CANCELLAZIONE "DEL" REGISTRO DELLE IMPRESE di <i>Cesare Glendi</i>	78 80
---------------------------------	--	------------------------

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Onere della prova e aiuti di Stato	<i>Tribunale UE, Sez. VII ampliata, 15 luglio 2020, cause riunite T-778/16 e T-892/16</i> L'ONERE DELLA PROVA DEL VANTAGGIO SELETTIVO EX ART. 107 TFUE IN MATERIA DI RULING FISCALE di <i>Vincenzo De Carolis</i>	88 94
---	---	------------------------

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

Interessi moratori	L'USURA SOPRAVVENUTA E IL COMPUTO DEGLI INTERESSI MORATORI NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE a cura di <i>Lorenzo Staglioli Cerino</i>	110
---------------------------	---	------------

OSSERVATORI

OSSERVATORIO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di *Alessio Scarcella*

122

RASSEGNA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

a cura di *Luigi La Battaglia*

133

RASSEGNA DELLA CORTE DI CASSAZIONE - CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

a cura di *Giacomo Travaglini*

141

INDICI

INDICE DEGLI AUTORI - INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI - INDICE ANALITICO

144

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Ettore Battelli, Salvatore Boccagna, Raffaele Caterina, Paoloefisio Corrias, Massimo D'Auria Marco De Cristofaro, Francesco Delfini, Stefano delle Monache, Francesco di Giovanni, Pasquale Femia, Giuseppe Ferri, Giovanni Furguele, Marino Marinelli, Fabiana Massa Felsani, Marisaria Maugeri, Massimo Montanari, Stefano Pagliantini, Massimo Proto, Matteo Rescigno, Alberto A. Romano, Ugo Salanitro, Renato Santagata, Salvatore Sica, Marcello Stella, Mario Stella Richter, Alberto Tedoldi, Chiara Tenella Sillani, Francesco Venosta

Il Corriere giuridico

Mensile di giurisprudenza civile, legislazione e opinioni

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio
B3 - 20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/ilcorrieregiuridico

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Michela Ambrosini

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

STAMPA

L.E.G.O. S.p.A.
Viale dell'Industria, 2
36100 Vicenza

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio
B3 - 20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 489
del 18 dicembre 1982

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

telefono 02 82476.828
e-mail: redazione.ilcorrieregiuridico.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione
abbonamenti, numeri arretrati, cambi
d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

**Wolters Kluwer Italia S.r.l. Servizio
Clienti**
telefono 02 824761 -
telefax 02 82476.799
e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 - Milano.

L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo

www.edicolaprofessionale.com/corrgiur
L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/corrgiur

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 260,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 242,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 520,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 242,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (wolterskluwer.it/rete-di-vendita) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 - Milano

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

Riforme

L'anelata giustizia tra istanze di rinnovamento e formazione dei magistrati

di Luigi Balestra - Ordinario di diritto civile nell'Università di Bologna

Il contributo, nell'evidenziare la centralità dell'argomento giustizia, intende porre in luce come molteplici siano le prospettive attraverso le quali vivificare la riflessione (esigenza peraltro evidenziata anche a livello di PNRR in un'ottica di ripartenza e di rilancio del Paese nel *post Covid*). Selezione degli interessi da proteggere in una prospettiva di sviluppo sostenibile, snellimento e maggiore efficienza dei processi, riforma dell'organo di autogoverno della magistratura, sono alcuni dei temi fondamentali su cui riflettere. Su tutti si staglia quello della formazione del magistrato, intesa e declinata come complessiva capacità di esercitare la funzione giudiziaria.

The article is focused on the fundamental issue of the system of justice and intends to highlight how many are the perspectives through which is possible to enliven the debate (a need as well underlined by the PNRR in a perspective of restarting and relaunching the country in the post Covid scenario). The selection of the interests which deserve to be protected and fostered in a perspective of sustainable development, the implementation of higher efficiency of processes, the reform of the self-governing body of the judiciary, are some of the fundamental issues to discuss upon. Above all, it is necessary to consider the issue of appropriate training of the judges, understood and expressed as an overall capacity to exercise the judicial function.

Giustizia e istanze di tutela

Un recente e pregevole libro di Giuseppe Guizzi (*Il "caso Balzac"*, il Mulino), nel catturare l'affresco della società francese proposto da Balzac, con sapienza e incisività, in quel torno di anni in cui si veniva erigendo l'edificio della società moderna, pone in luce come il tema della giustizia (della legge ma non solo) rappresenti uno dei cardini dell'opera del grande scrittore. Tema che si pone ciclicamente al centro del dibattito, assumendo sovente le vesti di una dicotomia, non facilmente superabile, tra l'idealizzazione della nobile funzione che alla giustizia sottostà e il senso di insoddisfazione che in non poche occasioni si sprigiona all'esito della decisione. Sicché, si avverte in certi frangenti un diffuso sentimento di ingiustizia, accompagnato non di rado dall'utilizzo di toni estremi che, come ci ricorda Guizzi, raggiungono l'acme nelle parole con cui si esprimeva il cugino Pons: "la fogna di tutte le infamie morali". L'argomento è evidentemente delicato, ancor più in un momento, qual è quello attuale, in cui forte

è il bisogno di ripartenza e di rilancio del Paese. Esso può declinarsi assumendo molteplici prospettive, capaci di diramarsi secondo traiettorie tra loro diversificate.

Ci si può innanzitutto interrogare in merito alle regole mediante cui garantire l'efficienza dei procedimenti nei quali trovano protezione gli interessi - che frequentemente assumono la veste di veri e propri diritti fondamentali - di pertinenza di ciascun soggetto ovvero quelli dell'intera collettività i quali, nel caso del processo penale, si identificano con la sanzione dell'autore del reato in un'ottica, evidentemente, anche di deterrenza. La snellezza dei processi, la rapidità con cui vengono celebrati, sono vissuti come veri e propri valori da coltivare al fine di rendere effettiva l'anelata tutela e, quindi, realizzare il fine ultimo, essenziale, della giustizia in uno Stato democratico: l'ordinata e pacifica convivenza nelle plurime sfaccettature in cui essa si articola (sociale, economica, familiare, interpersonale) secondo una logica pluralistica.

Primo piano

Ordinamento giudiziario

Le leggi, esordì nel suo celebre volume Cesare Beccaria, “sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall’incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e tranquillità”. Se si ha riguardo alla legge sotto il profilo della sua applicazione - e, dunque, dell’attività giudiziaria - la posta in gioco è la libertà, nelle variegate articolazioni in cui essa si esprime. Una libertà che, giusta una visione contemporanea volta a privilegiare la vasta gamma di interessi che l’individuo, nello sviluppo della personalità umana, è in grado di esprimere, assume una latitudine quanto mai estesa. Occorrerebbe sempre tenere a mente - a mo’ di bussola del giudicare - che le istanze di protezione riguardano proprio quella sicurezza e quella tranquillità, di beccariana memoria, che gli individui hanno negoziato con il contratto sociale in cambio - giusta una visione giusnaturalistica - dell’abdicazione dei propri diritti naturali. In guisa che, quando dette istanze vengano frustrate, si finisce con l’assistere a un plateale e - tenuto conto del soggetto obbligato - inaccettabile “inadempimento contrattuale”.

In altre occasioni il dibattito è polarizzato dalla necessità di dare veste giuridica e componimento a nuove istanze di tutela, emergenti in seno alla realtà, nella consapevolezza che una società complessa - qual è quella contemporanea - difficilmente è in grado di esprimere valori omogenei. Di qui un’opera di accorta, ponderata e ragionevole selezione, allo scopo di individuare gli interessi effettivamente meritevoli di tutela. Il che può avvenire, allorché si tratti di promuovere lo sviluppo di uno o più settori aventi rilevanza economica, anche attraverso una legislazione di natura promozionale secondo una politica del diritto che, individuati gli obiettivi da conseguire, appresti strumenti idonei allo scopo.

Nel diritto civile poi, le lacune, come è noto, vanno colmate in via di prima istanza proprio ad opera del giudice; il che, se da un lato realizza una benemerita esigenza di completezza dell’ordinamento, pone non pochi problemi di supplenza della funzione legislativa quando non addirittura, come alle volte pure è accaduto, di vero e proprio sconfinamento. Se a ciò si aggiunge l’uso sempre più esteso delle clausole generali, utilizzate in non poche occasioni come grimaldello per affermare una visione paternalistica delle relazioni di diritto privato, risultano lampanti le preoccupazioni suscitate dalla c.d. discrezionalità giudiziaria.

La formazione del magistrato

Uno snodo fondamentale è quello della formazione del magistrato, intesa non già semplicisticamente come preparazione dal punto di vista della conoscenza dell’ordinamento giuridico, bensì, in senso più alto, come capacità di esercitare la funzione di magistrato a tutto tondo. Non è certo un concorso - senza con questo voler disconoscere che si tratta di una tappa delicata, la quale postula una preparazione eccellente ai fini del superamento -, basato esclusivamente sul possesso di abilità concernenti la tecnica giuridica, a poter dar conto dell’idoneità a ricoprire il ruolo di magistrato.

L’esigenza della collettività, intensa, trasudante di aspettative, affinché la fondamentale funzione giudiziaria venga esercitata osservando i canoni della rettitudine, della lealtà collaborativa, dell’idea di servizio a vantaggio di altri - avendo ben chiaro, dunque, che il relativo potere è conferito per realizzare interessi esterni e di pertinenza dell’intera comunità stanziata su un determinato territorio - richiede ben altro. La formazione del magistrato deve essere (ri)pensata nell’ottica del perseguimento di un obiettivo fortemente avvertito dagli utenti della giustizia: l’equilibrio del decisore, qualità oggi più che mai impreteferibile.

Si avverte forte il bisogno che il percorso formativo sia, sin dall’esordio, connotato da una forte penetrazione nei valori fondamentali che sottostanno all’amministrazione della giustizia. La c.d. coscienza del magistrato - sulla quale non è il caso di indugiare, essendo intuitivo quali ne siano le irrinunciabili componenti - non è una qualità innata, ma va costruita. Per far ciò vi è anche bisogno di Istituzioni che sappiano compiere scelte ineccepibili, dando chiari segnali sotto il profilo dell’etica della funzione. In una prospettiva di tal genere assume una portata fondamentale l’art. 8, Reg. per la formazione iniziale dei magistrati ordinari - adottato all’esito dei lavori del Tavolo tecnico, tra Consiglio Superiore della Magistratura, Scuola Superiore della Magistratura e Ministero della Giustizia - giusta il quale la sessione presso la Scuola, da svolgersi durante il tirocinio generico, nonché mirato, per un periodo complessivo di sei mesi, “tende al perfezionamento della cultura, delle capacità operative e professionali, delle doti di equilibrio, nonché alla formazione deontologica del magistrato ordinario in tirocinio”. Occorre adoperarsi affinché questa norma diventi il fondamentale perno attorno al quale costruire la formazione, valorizzandola con tutta l’enfasi possibile, ampliandone i contenuti, onde possa stagliarsi netta l’idea che nel

dispensare giustizia il magistrato non è una monade isolata, vittima di una sorta di sindrome dell'assediato (da plurime e confliggenti pretese, che trovano spazio in un numero così elevato di procedimenti da acuire una siffatta percezione), bensì uno degli artefici di un sistema complesso in cui plurime sono le componenti, tutte parimenti degne e fondamentali. Questo perché, al di là dei difetti ascrivibili alle norme, e ciò sia sotto il profilo dei contenuti, sia della loro formulazione, la giustizia dipende essenzialmente - per ritornare al volume di Giuseppe Guizzi - dalle azioni dei diversi protagonisti di quella *pièce* giudiziaria che è il processo.

L'autogoverno della magistratura

L'efficienza della giustizia non può prescindere - e qui veniamo alle vicende eclatanti degli ultimi tempi - nemmeno da un'attività di (auto)governo della magistratura che sia in grado di designare i magistrati meritevoli in relazione ai posti da ricoprire, di sanzionare condotte inadeguate, eticamente non corrette o, addirittura, illecite, di proporre, più in generale, una visione dell'amministrazione della giustizia che esprima una tessitura delle esigenze - le quali evidentemente sono diverse, per fare solo un esempio, a Trieste e a Reggio Calabria - che emergono nel contesto dell'intero territorio nazionale.

Il sistema spartitorio venuto alla luce nel CSM - ancorché in passato niente affatto ignorato - in modo prorompente negli ultimi tempi, frutto di una logica di predominio delle correnti, appare ai più - e in tale schiera colloco anche tanti magistrati - inaccettabile, in primo luogo sotto il profilo etico. A differenza di quel che accade nella politica, l'appartenenza a un gruppo non può costituire criterio di selezione per l'attribuzione di un incarico né, in via più generale, per l'assunzione delle decisioni concernenti il governo della giustizia. Per alcune ragioni elementari: 1) la selezione dei magistrati avviene in base a un concorso pubblico totalmente neutro, come è corretto che sia, rispetto all'appartenenza a gruppi o alla professione di particolari ideologie; 2) la funzione giudiziaria si esprime secondo una logica che non può ammettere prese di posizioni contrastanti da parte di gruppi al suo interno, ciò in quanto la prospettiva attraverso cui deve avvenire l'amministrazione della giustizia è unitaria: quella dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, il quale costituisce la bussola deputata a indirizzare l'attività di ciascun magistrato. Questo beninteso - e a scanso di equivoci - non esclude che in seno alla magistratura, né tanto meno nell'ambito dell'organo di autogoverno,

possano delinearsi posizioni differenti, se del caso assumendo anche i contorni della vera e propria contrapposizione; ma tutto ciò non può e non deve avvenire in ossequio a una logica di appartenenza a un gruppo, la quale in tal modo vizia pregiudizialmente ogni valutazione da porre alla base delle scelte. Ben venga dunque una riforma che sappia concepire un sistema elettivo dei magistrati capace di recidere il legame con i meccanismi correntizi. Posto che l'efficienza del sistema giustizia dipende dall'esistenza di plurimi elementi costitutivi, in grado di combinarsi in modo virtuoso, una brusca virata verso soluzioni che sappiano assicurare la genuinità delle scelte da parte dell'organo di autogoverno - le quali non riguardano soltanto il pur importante tema delle carriere direttive - è divenuta ormai una necessità imprescindibile. Si tratta di una riforma per certi versi ancillare rispetto ad ogni altro intervento legislativo che intenda farsi carico di rivedere, sempre in una prospettiva di efficientamento, i meccanismi processuali alla stregua dei quali viene dispensata la giustizia. Forse in tal modo si riuscirà a contribuire al recupero della nobile idea, in non pochi casi andata smarrita, che sottostà all'esercizio della funzione giudiziaria.

A mo' di conclusione

In conclusione, un chiarimento e una piccola notazione. Il chiarimento: ogni processo di riforma che riguardi, anche latamente, la giustizia (*rectius*: l'amministrazione della giustizia) può certamente rendere opportuno un confronto con la magistratura, il tutto in una prospettiva dialogica, idonea alla circolazione delle idee e al relativo confronto. Deve però esser chiaro che le scelte rappresentano il frutto di una discrezionalità legislativa la quale, salvo che non vada a infrangersi contro norme costituzionali (sulla qual cosa soltanto la Corte costituzionale può pronunciarsi), non può minimamente mettere in discussione la libertà di scelta in capo ai detentori del potere legislativo. Di modo che, levate di scudi, clamorose iniziative mediatiche, messe in atto per imporre differenti visioni del modo con cui legiferare, nonché degli interessi da regolamentare, appaiono largamente inopportune.

La notazione: nel lontano 1972, allorquando venne adombrata una riforma costituzionale in cui, tra l'altro, si prevedeva la riduzione del numero dei membri laici, il CSM di allora manifestò aperta contrarietà, in quanto si sarebbe acuito il rischio di trasformazione in un organo di casta. Si fece valere un'esigenza di saldatura tra le esigenze dell'amministrazione della giustizia e quella di non operare al di fuori di un "effettivo controllo esterno".

Si tratta di un punto fondamentale. La componente laica - da nominarsi in base a criteri ispirati ad un'elevata professionalità - può rivestire un ruolo chiave. Le note vicende hanno posto in luce come essa sia rimasta estranea agli scandali. Ne esce rafforzata l'idea che, se adeguatamente valorizzata, detta componente ben possa rappresentare, insieme ad altre puntellature, un adeguato contrappeso ai fini della neutralizzazione dell'inaccettabile peso delle correnti a cui si è assistito nel corso degli anni.

Spetterà al legislatore trovare il punto di composizione affinché, in una prospettiva di

perfettibilità, la divisione dei poteri, con grande acume teorizzata da Montesquieu, dia vita a un'organizzazione complessiva in cui "nessun cittadino possa temerne un altro". Il tutto in una logica che sappia scongiurare una qualsiasi forma di prevalenza della politica sulla magistratura e, al tempo stesso, di sopraffazione della politica da parte della magistratura. Con la chiara consapevolezza che la presenza del Presidente della Repubblica al vertice dell'organo di autogoverno rappresenta una garanzia insopprimibile di tenuta complessiva.

Giurisdizione internazionale

Corte di Giustizia, Sez. I, 9 luglio 2020, n. C-343/19 - Pres. Bonichot - Rel. Safjan - Avv. Gen. Campos Sanchez-Bordona - Verein für Konsumenteninformation c. Volkswagen AG

L'art. 7, punto 2, Reg. UE n. 1215/2012 deve essere interpretato nel senso che, qualora taluni veicoli siano stati illegalmente equipaggiati in uno Stato membro, da parte del loro costruttore, di un software che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, per poi essere acquistati presso un soggetto terzo in un altro Stato membro, il luogo in cui il danno si è concretizzato si trova in quest'ultimo Stato membro.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Corte di Giustizia 29 luglio 2019, causa C-451/18, <i>Tibor-Trans c. DAF Trucks</i> ; Corte di Giustizia 16 giugno 2016, causa C-12/15, <i>Universal Music International Holding BV contro Michael Tétéreault Schilling e a</i> ; Corte di Giustizia 28 gennaio 2015, causa C-375/3, <i>Kolassa c. Barclays Bank plc</i> ; Corte di Giustizia 10 giugno 2004, causa C-168/02, <i>Kronhofer</i> ; Corte di Giustizia 19 settembre 1995, causa C-364/93, <i>Antonio Marinari c. Lloyds Bank</i> .
Difforme	Non si danno precedenti difformi.

La Corte (*omissis*).

(*omissis*).

Procedimento principale e questione pregiudiziale

7 Il 6 settembre 2018, il VKI, il cui oggetto statutario include il compito di far valere dinanzi agli organi giurisdizionali i diritti che i consumatori hanno ad esso ceduto ai fini dell'azione giudiziaria, ha proposto un ricorso dinanzi al Landesgericht Klagenfurt (Tribunale del Land, Klagenfurt, Austria), chiedendo che la Volkswagen fosse condannata a versargli la somma di EUR 3 611 806, oltre agli accessori, e fosse dichiarata responsabile di tutti i danni non ancora quantificabili e/o destinati a prodursi in futuro.

8 A sostegno della sua domanda, il VKI si basa sulla responsabilità da illecito civile doloso e colposo della Volkswagen, deducendo che i 574 consumatori che gli hanno ceduto i loro diritti ai fini del ricorso principale hanno acquistato in Austria veicoli nuovi o d'occasione equipaggiati di un motore EA 189 prima della rivelazione al pubblico, il 18 settembre 2015, della manipolazione operata dalla Volkswagen sui dati relativi alle emissioni dei gas di scarico di tali veicoli. Secondo il VKI, tali motori sono provvisti di un "impianto di manipolazione" che è illegale alla luce del regolamento (CE) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo (GU 2007, L 171, pag. 1). Si tratterebbe di un software che avrebbe consentito di far apparire, in occasione dei test e delle misurazioni, emissioni dei gas di scarico rientranti nei limiti massimi imposti, quando invece, durante il funzionamento effettivo, vale a dire in occasione dell'utilizzo su strada dei veicoli interessati, il volume di sostanze inquinanti in concreto emesse raggiungeva proporzioni notevolmente superiori ai limiti massimi prescritti. Sarebbe soltanto grazie a tale software, che manipola i dati relativi alle emissioni, che la Volkswagen avrebbe potuto ottenere

per i veicoli equipaggiati di un motore EA 189 l'omologazione per tipo prevista dalla normativa UE.

9 Secondo il VKI, il danno per i proprietari di tali veicoli consiste nel fatto che, se fossero stati a conoscenza della manipolazione di cui trattasi, o si sarebbero astenuti dall'acquistare un simile veicolo oppure avrebbero ottenuto una riduzione del prezzo almeno del 30%. Poiché i veicoli in questione sarebbero difettosi fin dall'inizio e il loro valore sarebbe dunque nettamente inferiore al prezzo effettivamente pagato. La differenza rappresenterebbe un danno che fa sorgere un diritto al risarcimento.

10 Per far valere la competenza internazionale del giudice del rinvio, il VKI si basa sull'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012. La conclusione del contratto di vendita, così come il pagamento del prezzo di acquisto e il trasferimento o la consegna dei veicoli sarebbero tutti avvenuti nella circoscrizione di tale giudice. Non si tratterebbe di un mero danno successivo all'acquisto dei veicoli, bensì di un danno iniziale, che giustifica la competenza del suddetto organo giurisdizionale. Detto danno consisterebbe in una perdita patrimoniale subita da ciascun consumatore interessato non prima della data di acquisto e di trasferimento dei veicoli nel luogo consegna e, pertanto, nell'ambito della circoscrizione del giudice del rinvio. È in questo luogo che il comportamento illecito della Volkswagen, idoneo a farne sorgere la responsabilità extracontrattuale, avrebbe prodotto per la prima volta i suoi effetti ed arrecato un danno diretto ai consumatori.

11 La Volkswagen chiede il rigetto del ricorso del VKI e contesta la competenza internazionale del giudice del rinvio ai sensi dell'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012.

12 Tale giudice nutre dubbi sulla questione se, nel caso di specie, il mero acquisto dei veicoli di cui trattasi presso rivenditori di automobili stabiliti in Austria e la consegna di tali veicoli in Austria siano di per sé sufficienti a fondare la competenza dei giudici austriaci ai sensi di tale disposizione. Esso trae dalla giurisprudenza della Corte, e in particolare dalla sentenza del 19 settembre 1995, *Marinari*

(C-364/93, EU:C:1995:289, punti 14 e 15), la conclusione che il foro in materia di illeciti civili dolosi o colposi è aperto alle vittime dirette solo nei limiti in cui esse invocano un danno iniziale e non meri danni successivi.

13 Detto giudice ritiene, infatti, che il *software* atto a manipolare i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico dei veicoli interessati abbia causato un danno iniziale, mentre il danno invocato dal VKI, consistente in una diminuzione del valore di tali veicoli, rappresenta un danno successivo, derivante dal fatto che tali veicoli sono affetti da un vizio materiale.

14 Il giudice del rinvio si interroga, inoltre, sulla questione se danni meramente patrimoniali, conseguenti a fatti idonei a far sorgere la responsabilità extracontrattuale, possano fondare la competenza ai sensi dell'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012.

15 Detto giudice rileva che, alla luce della sentenza del 16 giugno 2016, *Universal Music International Holding* (C-12/15, EU:C:2016:449), taluni aspetti del procedimento principale militano a favore della determinazione del luogo in cui si è verificato il danno di cui trattasi in Germania. Pur se tale danno si fosse concretizzato, secondo la tesi del VKI, con l'acquisto e la consegna in Austria di veicoli dotati di un *software* che manipolava i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, tutte le domande di risarcimento riguarderebbero, sotto il profilo dei fatti, una sola ed unica circostanza, vale a dire i comportamenti illeciti addebitati alla Volkswagen, i quali si sono materializzati presso la sede di tale società, dunque in Germania. Dal punto di vista di una corretta economia processuale, ed in particolare in ragione della prossimità all'oggetto della controversia e della facilità di assunzione delle prove, i giudici tedeschi sarebbero quindi obiettivamente i più idonei ad accertare la responsabilità per i danni fatti valere. Peraltro, la competenza dei giudici del luogo dell'acquisto dei veicoli di cui trattasi e della loro consegna agli ultimi utilizzatori, tra i quali figurano anche acquirenti di veicoli usati, non risponderebbe necessariamente al requisito della prevedibilità della competenza giurisdizionale.

16 Il giudice del rinvio si chiede, infine, se il riconoscimento della competenza internazionale dei giudici austriaci sia compatibile con l'interpretazione restrittiva delle norme sulle competenze speciali previste dal regolamento n. 1215/2012, quale richiesta dalla giurisprudenza della Corte.

17 In tale contesto, il Landesgericht Klagenfurt (Tribunale del Land, Klagenfurt) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

“Se l'articolo 7, punto 2, del regolamento [...] n. 1215/2012 [...], debba essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, sia possibile considerare come ‘luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto’ il luogo nel territorio di uno Stato membro in cui si è verificato il danno, allorché tale danno consiste esclusivamente in una perdita economica che è la conseguenza diretta di un atto illecito commesso in un altro Stato membro”.

Sulla ricevibilità

18 Nelle sue osservazioni scritte, il VKI sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile, poiché la questione sollevata sarebbe al contempo priva di interesse ed ipotetica.

19 Tuttavia, secondo una giurisprudenza costante, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che egli individua sotto la propria responsabilità, e del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono di una presunzione di rilevanza. Il diniego della Corte di statuire su una domanda sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non presenta alcun nesso con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenza del 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, EU:C:2020:349, punto 22 e giurisprudenza ivi citata).

20 Nel caso di specie, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata ricevibile, poiché dalla decisione di rinvio risulta che l'interpretazione dell'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012 ivi richiesta è necessaria al fine di stabilire se il giudice del rinvio sia competente, in forza di tale disposizione, a statuire sulla controversia principale.

Sulla questione pregiudiziale

21 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012 debba essere interpretato nel senso che, qualora taluni veicoli siano stati illegalmente equipaggiati in uno Stato membro, da parte del loro costruttore, di un *software* che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, per poi essere acquistati presso un soggetto terzo in un altro Stato membro, il luogo in cui il danno si è concretizzato si trova in quest'ultimo Stato membro.

22 Preliminarmente, occorre ricordare che, nei limiti in cui, conformemente al considerando 34 del regolamento n. 1215/2012, tale regolamento abroga e sostituisce il regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1), il quale, a sua volta, ha sostituito la convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 1972, L 299, pag. 32), così come modificata dalle successive convenzioni relative all'adesione dei nuovi Stati membri a tale convenzione (in prosieguo: la “convenzione di Bruxelles”), l'interpretazione fornita dalla Corte circa le disposizioni di questi ultimi strumenti giuridici vale anche per il regolamento n. 1215/2012 quando tali disposizioni possono essere qualificate come “equivalenti” (sentenza del 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635, punto 23, e giurisprudenza ivi citata). Ebbene, ciò vale per l'articolo 5, punto 3, della convenzione di Bruxelles e del regolamento n. 44/2001, da un lato,

e per l'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012, dall'altro (v., in tal senso, sentenza del 31 maggio 2018, *Nothartová*, C-306/17, EU:C:2018:360, punto 18 e giurisprudenza ivi citata).

23 Come è stato più volte statuito dalla Corte nella sua giurisprudenza relativa a tali disposizioni, la nozione di "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" si riferisce tanto al luogo in cui si è concretizzato il danno quanto al luogo in cui si è verificato l'evento generatore dello stesso, cosicché il convenuto può essere citato, a scelta dell'attore, dinanzi al giudice dell'uno o dell'altro luogo (sentenze del 16 luglio 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, UE:C:2009:475, punto 23, e del 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

24 Nel caso di specie, da un lato, dal fascicolo agli atti della Corte risulta che il luogo dell'evento generatore si trova nello Stato membro nel cui territorio gli autoveicoli di cui trattasi sono stati equipaggiati di un *software* che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, vale a dire in Germania.

25 Per quanto concerne, dall'altro lato, il luogo in cui si è concretizzato il danno, occorre stabilire dove tale luogo si trovi in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, vale a dire quando le conseguenze dannose si sono manifestate solo successivamente all'acquisto dei veicoli in causa e in un altro Stato membro, nella fattispecie, in Austria.

26 A tale riguardo, il giudice del rinvio osserva, giustamente, che, per costante giurisprudenza, la nozione di "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto" non può essere interpretata estensivamente al punto da comprendere qualsiasi luogo in cui possano essere avvertite le conseguenze negative di un evento che abbia già provocato un danno effettivamente verificatosi in un altro luogo. Di conseguenza, tale nozione non può essere interpretata nel senso che essa comprende il luogo in cui la vittima sostiene di aver subito un danno patrimoniale a seguito di un danno iniziale verificatosi e da essa subito in un altro Stato (sentenze del 19 settembre 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, punti 14 e 15, nonché del 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

27 La Corte ha altresì dichiarato, riguardo all'articolo 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, che il danno che costituisca la mera conseguenza indiretta del danno inizialmente subito da altre persone che sono state vittime dirette del danno concretizzatosi in un luogo diverso da quello dove la vittima indiretta ha successivamente subito il danno non può fondare la competenza giurisdizionale ai sensi di tale disposizione (v., in questo senso, sentenza dell'11 gennaio 1990, *Dumex France e Tracoba*, C-220/88, EU:C:1990:8, punti 14 e 22).

28 Nello stesso senso, la Corte ha giudicato che conseguenze negative successive non possono fondare un'attribuzione di competenza ai sensi dell'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012 (v. in tal senso, sentenza del 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

29 Ciò posto, nel procedimento principale, dal fascicolo agli atti della Corte risulta che, ferma restando la valutazione dei fatti che spetta al giudice del rinvio effettuare, il danno lamentato dal VKI consiste in una diminuzione del valore dei veicoli di cui trattasi risultante dalla differenza tra il prezzo che l'acquirente ha pagato per un tale veicolo e il valore reale di quest'ultimo a causa dell'installazione di un *software* che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico.

30 Di conseguenza, benché tali veicoli fossero affetti da un vizio sin dall'installazione di tale *software*, si deve dichiarare che il danno lamentato si è concretizzato solo al momento dell'acquisto di detti veicoli, con l'acquisizione per un prezzo superiore al loro valore reale.

31 Un simile danno, che non esisteva prima dell'acquisto del veicolo da parte dell'acquirente finale che si ritiene parte lesa, costituisce un danno iniziale ai sensi della giurisprudenza ricordata al punto 26 della presente sentenza e non una conseguenza indiretta del danno subito inizialmente da altri soggetti ai sensi della giurisprudenza citata al punto 27 della presente sentenza.

32 Peraltro, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice del rinvio, tale danno non costituisce neppure un pregiudizio meramente patrimoniale.

33 È ben vero che l'azione risarcitoria oggetto del procedimento principale mira ad ottenere una compensazione della diminuzione del valore dei veicoli di cui trattasi stimata nella misura del 30% del loro prezzo di acquisto, vale a dire una compensazione finanziaria quantificabile. Nondimeno, come rilevato dalla Commissione europea nelle sue osservazioni scritte, il fatto che la domanda di risarcimento danni sia espressa in euro non significa neppure che si tratti di un danno meramente patrimoniale. Infatti, contrariamente alle cause che hanno dato luogo alle sentenze del 10 giugno 2004, *Kronhofer* (C-168/02, EU:C:2004:364), del 28 gennaio 2015, *Kolassa* (C-375/13, EU:C:2015:37), nonché del 12 settembre 2018, *Löber* (C-304/17, EU:C:2018:701), dove taluni investimenti finanziari avevano comportato una diminuzione delle disponibilità finanziarie delle persone interessate senza alcun nesso con un bene materiale, nel procedimento principale si tratta di un vizio che inficia veicoli, i quali sono beni materiali.

34 Pertanto, più che di un danno meramente patrimoniale, si tratta, nella fattispecie, di un danno materiale che si traduce in una perdita di valore di ciascun veicolo interessato e derivante dal fatto che, con la rivelazione dell'installazione del *software* che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, il pagamento effettuato per l'acquisto di un simile veicolo trova come contropartita un veicolo affetto da un vizio e, quindi, di valore inferiore.

35 Si deve dunque concludere che, nel caso della commercializzazione di veicoli equipaggiati, da parte del loro costruttore, di un *software* che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, il danno subito dall'acquirente finale non è né indiretto né meramente patrimoniale e si concretizza al momento dell'acquisto di un veicolo di questo tipo presso un terzo.

36 In circostanze come quelle indicate ai punti 34 e 35 della presente sentenza, una siffatta interpretazione dell'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012 risponde all'obiettivo della prevedibilità delle norme sulla competenza, enunciato al considerando 15 di detto regolamento, in quanto un costruttore di automobili stabilito in un altro Stato membro che proceda a manipolazioni illecite su veicoli commercializzati in altri Stati membri può ragionevolmente attendersi di essere citato dinanzi agli organi giurisdizionali di tali Stati (v., per analogia, sentenze del 28 gennaio 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, punto 56, e del 12 settembre 2018, *Löber*, C-304/17, EU:C:2018:701, punto 35).

37 Infatti, contravvenendo scientemente alle prescrizioni di legge ad esso incumbenti, un simile costruttore deve aspettarsi che il danno si produca nel luogo in cui il veicolo di cui trattasi sarà acquistato da una persona che potrà legittimamente attendersi la sua conformità a tali prescrizioni e che constaterà poi di disporre di un bene difettoso e di valore inferiore.

38 Tale interpretazione è altresì conforme agli obiettivi di prossimità e di buona amministrazione della giustizia, enunciati al considerando 16 del regolamento n. 1215/2012, nei limiti in cui, per determinare l'importo del danno subito, il giudice nazionale può essere indotto a valutare le condizioni del mercato nello Stato membro nel cui territorio è stato acquistato il suddetto veicolo. Ebbene, i giudici di quest'ultimo Stato membro possono accedere più facilmente ai mezzi probatori necessari alla realizzazione di tali valutazioni (v., in tal senso, sentenza del 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635, punto 34).

39 Infine, la suddetta interpretazione è conforme ai requisiti di coerenza enunciati al considerando 7 del regolamento Roma II, in quanto, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, di quest'ultimo, in una causa riguardante un atto di concorrenza sleale, il luogo in cui si verifica il danno è quello dove "sono pregiudicati, o rischiano di esserlo, i rapporti di concorrenza o gli interessi collettivi dei consumatori". Un atto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, che, essendo potenzialmente lesivo degli interessi collettivi dei consumatori in quanto gruppo, costituisce un atto di concorrenza sleale (sentenza del 28 luglio 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612, punto 42), può incidere su tali interessi in qualsiasi Stato membro nel cui territorio il prodotto difettoso sia acquistato dai consumatori. Pertanto, ai sensi del regolamento Roma II, il luogo in cui il danno si verifica è il luogo dove tale prodotto viene acquistato (v., per analogia, sentenza del 29 luglio 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, EU:C:2019:635, punto 35).

40 Alla luce di quanto precede, alla questione sollevata occorre rispondere dichiarando che l'articolo 7, punto 2, del regolamento n. 1215/2012 deve essere interpretato nel senso che, qualora taluni veicoli siano stati illegalmente equipaggiati in uno Stato membro, da parte del loro costruttore, di un *software* che manipola i dati relativi alle emissioni dei gas di scarico, per poi essere acquistati presso un soggetto terzo in un altro Stato membro, il luogo in cui il danno si è concretizzato si trova in quest'ultimo Stato membro.

(*omissis*).

Diesel e software anti-emissioni circolano nel mercato unico ed inquinano i test e l'ambiente ma rendono il produttore soggetto alla giurisdizione dei luoghi di acquisto

di Marcello Stella (*)

Il sicuro crescente rilievo pratico, non meno che sistematico, del foro dell'illecito aquiliano nella moderna economia post-capitalistica globale traluce dalla pronuncia della Corte di Giustizia, appuntata su uno dei più recenti scandali di frode al mercato e di lesione dei diritti dei consumatori. La sentenza reca una buona novella per i consumatori europei (specie quelli che non possano contare su efficaci forme di tutela giurisdizionale collettiva nei rispettivi Stati membri e debbano risolversi ad azioni giudiziali *stand alone*). Nel prendere posizione sulla ubicazione delle conseguenze dannose della condotta illecita, in specie dovuta alla installazione di *software* per eludere i test sulle emissioni, la Corte colloca il *locus damnie* la giurisdizione internazionale su domande di condanna al risarcimento del danno patrimoniale, presso ciascuno Stato membro in cui sia avvenuto l'acquisto del bene con valore di mercato effettivo largamente inferiore al prezzo di vendita.

The growing practical and theoretical importance of tort jurisdiction in post-capitalist global economy is mirrored by the ECJ's judgment handed down in a damage action arose out of the emissions scandal, affecting the automotive market and consumers' expectations and rights. The ECJ decision

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

is good news for European consumers (especially for those who cannot rely on actions for collective redress in their Member States and need bring stand-alone damage claims). Required to locate the harmful event out of the installation by the manufacturer of software to defeat environmental controls, the Court held that actual damage occurred where the purchasers bought their cars. Jurisdiction on damage claims, therefore, lies with the courts of each Member state in which the vehicles were purchased at a price higher than their actual market value.

Il foro dell'illecito quale (unica) alternativa al *forum rei*

La questione pregiudiziale interpretativa del remittente giudice austriaco verteva sull'art. 7, n. 2, Reg. UE n. 1215/2012.

E non v'è dubbio che quello dell'illecito extracontrattuale fosse in concreto l'unico titolo di giurisdizione utilmente spendibile dall'ente collettivo attore, per trarre a giudizio il produttore automobilistico tedesco in un processo risarcitorio fuori dalla Germania e dal *forum rei* (peraltro, nei processi tedeschi sinora intentati, rivelatosi poco simpatetico con le ragioni del campione nazionale (1)).

Il *forum destinatae solutionis* non si applica rispetto alle controversie per i vizi della cosa che insorgano tra subacquirente e produttore, che non sia venditore diretto.

Si tratta di un principio enunciato già nel vigore della Conv. Bruxelles del 1968, nel caso *Handte* (2) (1992), notoriamente sorto dalla frattura giurisprudenziale emersa in seno alla *Cour de Cassation* francese nei primi anni '80 del secolo scorso.

La *première chambre* era incline a qualificare pur sempre contrattuali le azioni esercitate dall'acquirente finale nei confronti di soggetti posizionati a livello più alto della catena distributiva. Ribellandosi

all'artificioso costruito per cui i rimedi edilizi si trasferirebbero *propter rem* in capo all'acquirente finale, la terza sezione negava invece l'esistenza di un *lien contractuel* tra acquirente finale e produttore. Questa ultima fu la tesi infine preferita, per la sua maggior linearità, dalla Corte di Lussemburgo, che con modesti sforzi ne trasse i corollari sul piano delle proiezioni giurisdizionali della azione risarcitoria (3): assente un legame contrattuale tra acquirente finale e produttore, le domande deducibili una responsabilità del produttore vanno calate nel foro dell'illecito. Impostazione recepita anche dal Reg. UE n. 864/2007 c.d. "Roma II", sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, che colloca la responsabilità da prodotto (art. 5, Reg. UE n. 864/2007) nel campo aquiliano.

La mancanza di un rapporto contrattuale tra consumatori austriaci e produttore tedesco delle auto incorporanti il *software* incriminato avrebbe reso anche inutile invocare, a rinsaldo della giurisdizione austriaca, la direzione dell'attività d'impresa del produttore nel territorio del giudice adito con vari mezzi tra cui la pubblicità a mezzo internet (4). Anche a voler ipotizzare che quella resa pendente dinanzi al Landesgericht Klagenfurt fosse una *class action* di tipo austriaco (c.d. *Sammelklage nach österreichischem*

(1) Si allude alla decisione di BGH, VI ZR 252/19 del 25 maggio 2020, di rigetto del ricorso di VW contro la sentenza di condanna risarcitoria pronunciata nei confronti del proprietario di una automobile prodotta dalla casa automobilistica tedesca su cui era installato il famoso *software*. Nel Regno Unito, superata la questione pregiudiziale di giurisdizione, le corti inglesi si sono misurate *funditus* con la questione preliminare, tipica di questo genere di contenziosi, inerente la efficacia vincolante o meno per il giudice civile degli accertamenti amministrativi della p.a. circa la esistenza della condotta illecita. Tracciato un parallelismo con il valore degli accertamenti della Commissione europea in materia anti-trust, sulla base però di una opinabile, perché massimalistica e poco sceveratrice interpretazione dell'art. 16, Reg. 1/2003 ("if the Commission decides that a particular addressee infringed competition law then that finding would indeed bind all Member States") ed un ominoso accenno anche al valore dei provvedimenti della agenzia europea del farmaco (in arg. CGUE 14 marzo 2018, in causa C-557/16, *Astellas Phama GmbH*, ma ivi già sotto la diversa angolatura del *collateral attack* sferrato dall'attore contro una autorizzazione amministrativa alla immissione in commercio di un farmaco rilasciata ad un proprio concorrente), la Corte inglese è giunta a ritenersi vincolata dagli accertamenti amministrativi di

fatto compiuti dalla motorizzazione federale tedesca, quanto alla installazione da parte delle convenute del "deceitful device": *Champion Crossley & Ors. v Volkswagen AG, Audi AG, Skoda Auto a.s., Seat S.A., VW Group UK Ltd, VW Financial Services UK Ltd, Authorised Dealerships* [2020] EWHC 783 (QB), 6 April 2020, per Waxman J.

(2) Corte di Giustizia 17 giugno 1992, in causa C-26/91 *Société Jacob Handte et Cie GmbH c. STM*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 451 ss., su cui M.B. Deli, *Criteri di giurisdizione e Convenzione di Bruxelles del 1968 nelle vendite a catena*, ivi, 305 ss.

(3) Ribaditi poi da Corte di Giustizia 7 febbraio 2013, in causa C-543/10, *Refcomp*, in *Int'l Lis*, 2013, 17 ss., con nota di L. Penasa, *La Corte di giustizia nega l'efficacia ultra partes degli accordi sulla giurisdizione rispetto all'azione diretta del subacquirente nelle vendite a catena*.

(4) Sulla nozione di "direzione della attività", e sui profili legati agli evanescenti confini della giurisdizione del foro del consumatore nella ipotesi in cui l'attività di impresa sia esercitata attraverso un sito internet o i beni e servizi della impresa siano pubblicizzati online, *si vis*, M. Stella, *Profili processuali degli illeciti via internet. I. Giurisdizione, competenza, onere della prova*, Milano, 2020, 247 ss.

Recht (5), frutto della interpretazione manipolativo-addittiva del par. 227 öZPO, per consentire il cumulo di cause nei confronti di uno stesso convenuto, la giurisdizione austriaca, intesa quale foro del consumatore, comunque sarebbe stata carente.

L'associazione consumeristica aveva infatti agito in proprio, quale cessionaria dei diritti di credito risarcitorio dei singoli proprietari delle autovetture, venendo allora a mancare la condizione per godere del beneficio del foro protettivo: ossia che la domanda giudiziale sia proposta dal *consumatore parte del contratto* di consumo da cui deriva il diritto fatto valere, non da un terzo, che quei diritti abbia acquistato nell'ambito della sua attività professionale (6) o del suo mandato istituzionale.

Il danno da acquisto di un bene di valore inferiore al prezzo si verifica nel luogo di acquisto

Palesate le ragioni per cui, nel processo nazionale *a quo*, si dibatteva (e aveva senso dibattere) della giurisdizione del foro austriaco solo quale ipotetico *locus damni*, veniamo ora alla analisi dei dubbi prospettati dal remittente ed alla soluzione, per noi largamente condivisibile, fornita dalla Corte.

Il remittente prendeva le mosse dalla giurisprudenza comunitaria, in base a cui il luogo di concretizzazione del danno non può identificarsi *sic et simpliciter* con quello in cui il danneggiato avverte le conseguenze patrimoniali meramente indirette dell'illecito: se così fosse, il danneggiato potrebbe sistematicamente agire nel *forum actoris*, con intollerabile sovvertimento dei principi di prevedibilità del foro e di

prossimità del giudice alla controversia, che innervano il foro speciale in materia aquiliana (7).

Nella suggestiva traccia argomentativa del remittente, che come si sarà intuito sin da queste prime battute era quanto mai incline a spogliarsi in rito della causa *monstre*, il momento di insorgenza del danno in capo agli acquirenti delle auto tedesche sarebbe dovuto coincidere (retroagire, verrebbe quasi fatto di dire) con quello di fabbricazione delle autovetture *ut supra* equipaggiate ed immesse in commercio: sempre in Germania dunque. L'esborso sostenuto per adempiere alla obbligazione di pagamento di un prezzo eccessivo rispetto al valore di mercato che il bene avrebbe avuto, se si fosse saputa la sua reale capacità inquinante, veniva dal remittente svalutato a *danno patrimoniale meramente indiretto*.

Per potersi assecondare sino in fondo quella tesi, radicata sul distinguo tra danno diretto e danno indiretto, si sarebbe però dovuto dimostrare che in Germania, oltre alla condotta generatrice del danno, si fosse verificato anche un evento dannoso iniziale e *diretto* nella sfera giuridica delle vittime. Lo stesso giudice remittente si asteneva però dall'identificare un siffatto pregiudizio. A riprova della fallacia di tale impostazione, ostinatamente arroccata sulla petizione di principio per cui fondare la giurisdizione di cognizione di tutti i giudici dei luoghi di acquisto di autovetture manipolate alla fonte, avrebbe dilatato oltremodo le maglie del foro aquiliano. Né sarebbe valso sostenere che la mera diffusione di dati inesatti sulle qualità delle autovetture sia in qualche modo già di per sé un evento lesivo della autonomia negoziale dei potenziali acquirenti, indotti a preferire l'acquisto di veicoli sulla carta più ecologici di altri: anche in tal

(5) Su cui C. Consolo-B. Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 33.

(6) Corte di Giustizia 19 gennaio 1993, causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, 761. Nel ragionamento della Corte, portato a compiuto svolgimento in Corte di Giustizia 25 gennaio 2018, causa C-498/16, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Ltd*, in *Contr. e impr. eur.*, 2018, 625 ss., con nota di A. Galia, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea specifica la nozione di consumatore*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, II, 612 ss., con nota di L. Serafinelli, *Ancora sulla tutela del consumatore, anche in forma collettiva, la ratio riequilibratrice del foro protettivo verrebbe senz'altro meno ogni qual volta la parte processuale, che pretenda di avvalersi del foro protettivo, sia diversa dal contraente originario e diretto, ossia dal soggetto legalmente presunto "debole", che stipula il contratto di consumo con l'impresa convenuta. È il mutamento soggettivo in quanto tale - quanto meno in ipotesi di trasferimento volontario; sulla fruibilità del foro del consumatore da parte del successore universale la Corte non consta invece essersi ancora pronunciata - nella titolarità del rapporto giuridico o del diritto dedotto in giudizio, che, in definitiva, determina la recessività del foro protettivo e la ripresa della operatività del foro generale del convenuto o in alternativa, a discrezionalità dell'attore, del *forum destinatae solutionis* per le*

cause su contratti "comuni" (*i.e.* non di consumo). In ciò è da cogliersi il tratto differenziale rispetto alla giurisprudenza della Corte che di regola professa la applicabilità delle norme di giurisdizione relative ad un determinato rapporto giuridico anche in caso di successione nel rapporto controverso; regola ritenuta valevole anche per gli accordi sulla giurisdizione, sol che il cessionario del rapporto cui accede l'accordo di proroga del foro prospetti di essere succeduto nel rapporto sostanziale e la legge sostanziale applicabile al rapporto dia rilevanza al fenomeno successorio nel senso di ammettere, in termini generali e astratti, che il successore subentri nella medesima posizione giuridica complessiva del suo dante causa e non già invece in una situazione giuridica soggettiva nuova e diversa, non avente titolo nel contratto. Per una convincente dimostrazione della razionalità di tale ultima soluzione, enucleata, sia pure non in termini limpidissimi, dalla giurisprudenza della Corte, L. Penasa, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi. II. Profili soggettivi*, Padova, 2013, 262 ss.

(7) Sin da quando se ne è avvertita la esigenza con l'infittirsi degli scambi e degli spostamenti di persone. Sulle origini storiche della regola del *forum commissi delicti*, v. M. De Cristofaro, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino, 1999, 61 ss., spec. 66 e nt. 150.

caso, a ben vedere, il danno iniziale sarebbe pur sempre da situarsi nel luogo di domicilio del *deceptus*, come ribadito più di recente dalla Cassazione italiana (Cass. civ., SS.UU., 15 dicembre 2020, n. 28675) in un caso transnazionale italo-tedesco di *misrepresentation* in sede di trattative precontrattuali.

Fortunatamente i Giudici del Kirchberg non si sono lasciati sviare da una ricostruzione in chiave tanto riduttiva dell'episodio della vita, quasi penalisticamente intesa ad attribuire rilevanza ai fini giurisdizionali al mero tentativo, senza darsi la pena di verificare momento e luogo di incidenza della condotta antiggiuridica nella sfera giuridica individuale della vittima e di insorgenza del danno risarcibile.

L'ingegnoso espediente per eludere i *test* di legge sulle emissioni, in sé e per sé considerato, risulterebbe lesivo di un interesse collettivo alla trasparenza del mercato e legittimare associazioni collettive (o produttori concorrenti) a promuovere azioni inibitorie per ottenere la cessazione della condotta anticoncorrenziale. Nessun consumatore, tuttavia, potrebbe lamentare di aver subito un qualsivoglia danno patrimoniale, prima dell'acquisto del bene, se è vero che il risarcimento va commisurato, alternativamente, al minor valore della prestazione ricevuta o ai costi di sostituzione o eliminazione dei vizi (8).

Lapalissiana, ma *iuxta principia*, appare dunque la soluzione offerta dal Kirchberg: il danno lamentato in giudizio non esisteva prima dell'acquisto; si è concretizzato al momento dell'acquisto.

Coerenza con i precedenti di giurisdizione su azioni di danno da investimento finanziario

Che il foro dell'illecito aquiliano possa ospitare anche domande di risarcimento di danno meramente patrimoniale è assodato nella giurisprudenza della Corte.

Non vi era dunque alcun bisogno, se non per formale ossequio alla continuità tra precedenti, di chiosare (senza alcun apprezzabile apporto scerveratore però) che: *“più che di un danno meramente patrimoniale, si tratta, nella fattispecie, di un danno materiale che si traduce in una perdita di valore di*

ciascun veicolo interessato e derivante dal fatto che ... il pagamento effettuato per l'acquisto di un simile veicolo trova come contropartita un veicolo affetto da un vizio, e quindi, di valore inferiore” (punto 34): più patrimoniale di così!

Ben diversi sono invero i casi in cui si era posto il problema del concorso tra danni diretti e danni indiretti e delle sue implicazioni sulla giurisdizione internazionale del *forum delicti*.

Per razionalizzare i tanti precedenti in materia ed evitare di ricadere in un circolo vizioso di aggettivazioni, pare proficuo rifarsi al distinguo sostanziale tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e accolto da buona parte della civilistica italiana, tra danno-evento e danno-conseguenza (9).

Verrebbe in chiara luce, allora, la ragione per cui, nel caso *Marinari* (10), fu agevole negare la giurisdizione italiana sulla domanda di risarcimento del danno da illegittima detenzione e da subita rescissione di vari contratti, che il danneggiato asseriva di avere patito a seguito della presentazione all'incasso di titoli di credito reputati falso dai funzionari della banca inglese, cui seguì la sua immediata carcerazione cautelare-preventiva nel Regno Unito ed il sequestro delle *promissory notes*. La lesione diretta al bene primario della vittima (libertà personale), di cui l'attore aveva in seguito chiesto ristoro per equivalente al giudice italiano, si era verificata interamente all'estero; come pure l'ulteriore prospettato evento dannoso, dato dallo spossessamento del danneggiato dai suoi beni (i titoli di credito), e a prescindere così dalle conseguenze negative postume del mancato incasso, indi della incapacità del portatore di far fronte alle sue obbligazioni verso i terzi. Nel Regno Unito era da collocarsi stabilmente il danno-evento e lo *Schwerpunkt* della controversia tra danneggiato e danneggiante.

Il distinguo tra danno diretto/indiretto non può sovrapporsi invece, dicevamo, allorché il danno patito dalla vittima sia unico ed abbia carattere meramente patrimoniale, sia esso dovuto a vizi della cosa, mancanza di qualità promesse, non conformità a prospetto informativo, etc. (11)

(8) Cfr. P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 121 ss.

(9) Per tutti, A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 49° ed., Padova, 2019, 1342 ss.

(10) Corte di Giustizia 19 settembre 1995, causa C-364/93, *Antonio Marinari c. Lloyds Bank*, in *Foro it.*, 1996, IV, 341.

(11) Ecco perché non persuade la lettura della sentenza in commento offerta da E. Benvenuti, *La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2020,

583 ss., 615, per cui la ratio decidendi della Corte sarebbe imperniata sul fatto che un pregiudizio “riconducibile a dei veicoli (e dunque a dei beni materiali)”, ciò che impedirebbe la qualificazione del danno come meramente patrimoniale. La enunciazione di principi di diritto generali ed astratti mi pare rischi di restare così imprigionata nelle vischiosità fattuali della fattispecie concreta. Più proficuo sarebbe allora distinguere tra vizio della cosa venduta, la cui unica conseguenza è quella di far nascere in capo all'acquirente il diritto di attivare i rimedi edilizi, estimatori o redibitori, e danni prodotti dal bene difettoso alle cose o alla persona del

Qui riemerge con forza la esigenza, da sempre avvertita nelle controversie transnazionali da atto illecito, di restituire con più affinato metodo giuridico analitico una puntuale dimensione spaziale alla concretizzazione del pregiudizio (12): solo al prezzo di una grossolana semplificazione si potrebbe farla coincidere con il “centro patrimoniale” del danneggiato che subisce una *deminutio* per effetto dell’illecito.

La manifestazione del danno patrimoniale da illecito aquiliano dovrà piuttosto ravvisarsi, selettivamente, nel luogo in cui si attua la transazione dannosa per il danneggiato.

Così, il danno da investimento in strumenti finanziari indotto da falso prospetto si concretizzerà nel luogo in cui si trova il conto bancario di appoggio utilizzato per acquistare gli strumenti finanziari pregiudizievoli (13), non tanto perché rilevi genericamente il luogo in cui si realizza l’esborso economico, quanto perché ivi l’intermediario avrà ricevuto e dato attuazione all’ordine di acquisto impartito dall’investitore sviato dalla falsa informazione. In tale luogo, pertanto, si realizzerà la fattispecie di danno risarcibile, principata dalla diffusione del falso prospetto redatto dal convenuto e portata a compimento dalla esecuzione dell’ordine di acquisto (14).

La giurisdizione nel caso di acquisto di auto usata

Vi è ancora un profilo, rimasto in secondo piano nella stringata motivazione della sentenza, che induce ad un’ultima riflessione.

I diritti risarcitori ceduti dagli acquirenti all’ente collettivo attore, vien detto, erano nati a seguito dell’acquisto di veicoli “nuovi o d’occasione”.

Che i venditori fossero terzi concessionari, diversi dal produttore, è confermato al punto 35 della motivazione. Al punto 15 si fa riferimento ad acquirenti di “veicoli usati”, ma non è chiaro se i venditori fossero pur sempre i concessionari o altri soggetti.

Ci si chiede, allora, se la soluzione della *quaestio iurisdictionis* sarebbe diversa se un consumatore austriaco, poniamo resosi acquirente di una auto nuova in Austria, la rivenda poi ad un acquirente italiano. Potrà l’acquirente italiano convenire in giudizio in Italia il produttore tedesco?

Per rispondere alla domanda, ci si dovrà chiedere se l’acquirente del bene usato sia una vittima diretta dell’illecito ascritto al produttore. La risposta dovrà essere affermativa, anche se l’acquisto del bene sia avvenuto al di fuori della rete commerciale distributiva del produttore. Il fatto che il venditore austriaco abbia pagato a sua volta un prezzo più elevato per l’acquisto del bene (nuovo) in Austria, non implica che il danno patito dall’acquirente italiano del bene (usato) sia un danno meramente “indiretto” e che l’acquirente italiano sia perciò costretto ad agire in Austria, o alternativamente in Germania, per ottenere ristoro. La eccezione tipicamente meritale di *passing-on* non potrà in definitiva essere pertinentemente sollevata dal produttore convenuto per ottenere una *absolutio ab instantia*.

consumatore. Ed anche in questo ultimo caso, dovrebbe peraltro distinguersi tra il caso in cui l’acquirente sia stato colpito nella sua qualità di consumatore o utente oppure nella sua qualità di esercente una attività economica o commerciale e il danno si sia ripercosso solo sulla diminuzione degli utili di impresa: in arg. Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 9254.

(12) Analoga esigenza si pone ovviamente non solo in ordine alla selezione del luogo (o dei luoghi) in cui possa dirsi realizzato l’evento dannoso ma anche in relazione alla ubicazione della condotta generatrice di danno. In tale luogo potrà “accentrarsi la potestà di cognizione in ordine alla *globale* responsabilità e a tutti i danni causati dall’atto”: così C. Consolo, *Azioni dichiarative di irresponsabilità per violazione di privativa industriale e giurisdizione ex art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles*, in *Id.*, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, 335. V. anche M. De Cristofaro, *La Corte di giustizia tra forum shopping e forum non conveniens nelle azioni risarcitorie da illecito*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 5 ss.

(13) Corte di Giustizia 28 gennaio 2015, in causa C-375/3, *Kolassa c. Barclays Bank plc*; e già Corte di Giustizia 10 giugno 2004, in causa C-168/02, *Kronhofer*.

(14) Tale importante chiarimento della *ratio decidendi*, per vero rimasta molto sottotraccia, dei precedenti *Kronhofer* e *Kolassa*, è

venuto da Corte di Giustizia 16 giugno 2016, in causa C-12/15, *Universal Music International Holding BV contro Michael Tétéreault Schilling e a.*, per cui la azione di risarcimento del danno subito da una società obbligatasi a corrispondere ad alcuni soci un corrispettivo più alto a causa di errore non riconoscibile nella redazione della bozza contrattuale imputabile allo studio professionale che la assisteva non può essere esperita davanti ai giudici dello Stato membro dove si collochi il conto corrente bancario ove giaceva la provvista utilizzata dalla società per estinguere la obbligazione contrattuale nei confronti degli azionisti. Tale luogo sarebbe infatti del tutto irrilevante come *locus damni* in relazione al caso di specie. Il caso *Universal*, oltre a fornire la chiave di lettura più rigorosa dei precedenti in materia di giurisdizione aquiliana, mostra anche la discreta attitudine degli operatori giuridici a strumentalizzare i precedenti della Corte a sostegno di pratiche di *forum shopping*; ragion per cui la Corte si è decisa a puntualizzare che (punto 38) “il danno puramente economico che si realizzi direttamente sul conto bancario dell’attore non può essere, di per sé, qualificato come ‘elemento di collegamento pertinente’, a norma dell’articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001”.

Assegno di mantenimento e assegno di divorzio, nuova convivenza e obbligo di motivazione

Cassazione Civile, Sez. VI - 1, 16 ottobre 2020, n. 22604, ord. - Pres. Scaldaferrì - Rel. Parise - P.M. - S.D. (avv. Quattrone) c. I.G. (avv. Lascala)

Ricorre il vizio di motivazione sanzionabile ex art. 360, n. 4, c.p.c., con riferimento all'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, ed all'art. 111 Cost. allorché la sentenza riveli una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento. Nel caso di specie, il percorso argomentativo compiuto dai giudici di seconde cure, che è l'unico esplicitato nella sentenza impugnata a fondamento della mancata condivisione dell'opposta conclusione a cui era pervenuto il giudice di primo grado, non consente di individuare in che modo e su quali basi si sia formato il convincimento della Corte d'Appello.

L'assegno di mantenimento non risulta dovuto quando il coniuge abbia instaurato una nuova relazione sentimentale caratterizzata da continuità e stabilità, che sulla base dell'istruttoria espletata risulti come pluriennale, consolidata, ufficializzata, di quotidiana frequentazione e caratterizzata da periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sulla prima massima Cass., SS.UU., 7 aprile 2014, n. 8053; Cass., SS.UU., 22 settembre 2014, n. 19881. Sulla seconda massima Cass. 3 aprile 2015, n. 6855; Cass., ord., 16 novembre 2015, n. 23411; Cass., ord., 11 gennaio 2016, n. 225; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2466; Cass. 1° luglio 2016, n. 19345; Cass. 29 settembre 2016, n. 19345; Cass. 22 febbraio 2017, n. 4649; Cass. 22 marzo 2017, n. 7388; Cass. 5 febbraio 2018, n. 2732; Cass. 27 giugno 2018, n. 16982; Cass. 19 dicembre 2018, n. 32871; Cass. 10 gennaio 2019, n. 406; Cass. 28 febbraio 2019, n. 5974; Cass., ord., 12 novembre 2019, n. 29317; Cass., ord., 24 aprile 2019, n. 11178.
Difforme	Sulla seconda massima Cass., ord. interlocutoria 17 dicembre 2020, n. 28995.

La Corte (*omissis*).

Ragioni della decisione

1. La Corte d'appello di Reggio Calabria, con sentenza n. 269/2018 depositata il 26 aprile 2018, in parziale accoglimento dell'appello principale proposto da G. I. e in parziale riforma della sentenza impugnata, ha posto a carico di D.S. l'obbligo di corrispondere alla I., ai sensi dell'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, un assegno mensile di Euro 400, da corrispondersi entro i primi cinque giorni di ogni mese e annualmente rivalutabile secondo gli indici Istat. La Corte territoriale ha inoltre dichiarato inammissibile l'appello incidentale di D.S., diretto ad ottenere la revoca dell'assegnazione della casa coniugale alla I., ed ha compensato integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado.

2. Avverso detta sentenza D.S. propone ricorso per cassazione affidato a due motivi, a cui resiste con controricorso la I., proponendo ricorso incidentale affidato ad un solo motivo. La controricorrente ha depositato memoria illustrativa.

3. Con il primo motivo di ricorso principale il ricorrente lamenta la "Violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4". Denuncia l'assenza o apparenza, nonché l'illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata, per avere la Corte territoriale, pur esaminando lo stesso materiale probatorio del Tribunale, espresso un convincimento opposto, in ordine alla sussistenza dei connotati di stabilità e continuità della convivenza *more uxorio* tra l'ex moglie e

il sig. M., senza spiegarne le ragioni fattuali e giuridiche e operando mero e apodittico richiamo alla giurisprudenza di questa Corte in tema di rilevanza della cd. famiglia di fatto.

3.1. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia la "Violazione o falsa applicazione dell'art. 2 Cost., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3". Lamenta che la Corte territoriale abbia errato nel qualificare la fattispecie giuridica della famiglia di fatto, richiama la giurisprudenza di questa Corte sul tema e deduce che i presupposti fattuali accertati dai Giudici di merito erano da ritenersi sufficienti ad integrare le connotazioni di stabilità e continuità caratterizzanti la famiglia di fatto. Richiama le risultanze probatorie e soprattutto la testimonianza del sig. M., con cui la I. aveva instaurato la relazione sentimentale, dalla quale era emersa l'assunzione, da parte di questi ultimi, di impegni reciproci di assistenza morale e materiale.

4. Con unico articolato motivo di ricorso incidentale la controricorrente censura la sentenza impugnata per errore di diritto, avendo la Corte d'appello ritenuto di ripristinare l'assegno di mantenimento in suo favore nell'importo di Euro 400, in luogo di quello di Euro 700 stabilito nella sentenza di separazione. Deduce la controricorrente di non avere alcun reddito ed inoltre non era stata dimostrata dall'ex marito la stabilità e continuità della sua relazione con l'altro uomo, né la condivisione delle spese con quest'ultimo. L'esiguità del suddetto importo, ad avviso della controricorrente, non le consente di far fronte neppure all'acquisto di beni di prima necessità.

5. Il primo motivo di ricorso principale è fondato.

5.1. Ricorre, nella specie, il vizio di motivazione denunciato con riferimento all'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, ed all'art. 111 Cost., che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, sussiste quando la pronuncia riveli una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento.

La Corte d'appello, dopo aver richiamato la giurisprudenza di questa Corte in tema di famiglia di fatto, ha dato atto che era stato provato il rapporto sentimentale pluriennale e consolidato tra la I. e il sig. M., pure caratterizzato da ufficialità, nonché fondato sulla quotidiana frequentazione con periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza, così ricostruendo la vicenda fattuale di rilevanza in modo conforme a quanto accertato dal Tribunale, secondo cui i suddetti fatti integravano in concreto la fattispecie della cd. famiglia di fatto. La Corte territoriale ha, invece, ritenuto che quella relazione non potesse "per ciò solo dirsi connotata da quei caratteri di continuità e stabilità che probabilmente rappresenterebbero il primo stadio necessario, ma - come detto - nemmeno sufficiente, per ipotizzare la creazione tra gli stessi di quella nuova famiglia di fatto secondo il valore ed il significato attribuiti al concetto dalla migliore giurisprudenza sopra detta" (p. n. 6 della sentenza impugnata).

Il suddetto percorso argomentativo, che è l'unico esplicitato nella sentenza impugnata a fondamento della mancata condivisione dell'opposta conclusione a cui era pervenuto il Giudice di primo grado, non consente di individuare in che modo e su quali basi si sia formato il convincimento della Corte d'appello, in assenza di richiami ad elementi fattuali idonei a giustificare le ragioni della ritenuta assenza di continuità e stabilità della relazione sentimentale, pur ricostruita dalla stessa Corte

territoriale, in base all'istruttoria espletata in primo grado, come pluriennale, consolidata, ufficializzata, di quotidiana frequentazione e caratterizzata da periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza.

Neppure consente di rendere percepibile il ragionamento seguito l'apodittico riferimento al concetto di famiglia di fatto in base alla giurisprudenza di questa Corte, in mancanza di ulteriori adeguate indicazioni fattuali rispetto a quelle di cui si è detto.

A ciò si aggiunga il profilo di contraddittorietà che si rinviene nel successivo passaggio motivazionale della sentenza impugnata, concernente la quantificazione del contributo di mantenimento (pag. n. 8 sentenza), nella parte in cui è affermato che "la I. ha pure dato vita ad una nuova stabile e consolidata relazione affettiva con un nuovo compagno". All'evidenza detto ultimo assunto si pone in irriducibile contrasto con quello precedente di cui si è detto, con il quale era stata, invece, esclusa la sussistenza, nel caso concreto, delle connotazioni di stabilità e continuità di quella relazione. Ricorre, pertanto, nella specie l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, il vizio risulta dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali, e la motivazione non raggiunge il "minimo costituzionale" (cfr. Cass. S.U. n. 8053/2014 e successive conformi).

6. In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso principale, restando assorbiti sia il secondo motivo di ricorso principale, sia il motivo di ricorso incidentale, la sentenza impugnata va cassata nei limiti del motivo accolto e la causa è rinviata alla Corte d'appello di Reggio Calabria, in diversa composizione, anche per la decisione sulle spese di lite del giudizio di legittimità.

(*omissis*).

Cassazione Civile, Sez. I, 17 dicembre 2020, n. 28995, ord. interloc. - Pres. Genovese - Rel. Scalia - T.M. (avv.ti Cecchella, Manildo) c. A.G. (avv.ti Gobbi, D'Amelio)

Si sollecita l'intervento delle Sezioni Unite per stabilire se, instaurata la convivenza di fatto, definita all'esito di un accertamento pieno su stabilità e durata della nuova formazione sociale, il diritto dell'ex coniuge, sperequato nella posizione economica, all'assegno divorzile si estingua comunque per un meccanismo ispirato ad automatismo, nella parte in cui prescinde di vagliare le finalità proprie dell'assegno, o se siano invece praticabili altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'altro coniuge, sostengano la perdurante affermazione dell'assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, anche, se del caso, per una modulazione da individuarsi, nel diverso contesto sociale di riferimento.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non constano precedenti conformi.
Diforme	Cass. 3 aprile 2015, n. 6855; Cass., ord., 16 novembre 2015, n. 23411; Cass., ord., 11 gennaio 2016, n. 225; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2466; Cass. 1° luglio 2016, n. 19345; Cass. 29 settembre 2016, n. 19345; Cass. 22 febbraio 2017, n. 4649; Cass. 22 marzo 2017, n. 7388; Cass. 5 febbraio 2018, n. 2732; Cass. 27 giugno 2018, n. 16982; Cass. 19 dicembre 2018, n. 32871; Cass. 10 gennaio 2019, n. 406; Cass. 28 febbraio 2019, n. 5974; Cass., ord., 12 novembre 2019, n. 29317; Cass., ord., 24 aprile 2019, n. 11178; Cass., ord. 16 ottobre 2020, n. 22604.

La Corte (omissis).**Ragioni della decisione**

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, art. 4, comma 8 l. n. 898 del 1970, e degli artt. 336-bis e 337-octies c.c., relativi all'ascolto obbligatorio del minore, quando il giudice del merito sia chiamato a determinarsi su affido e modalità di visita.

2. Con il secondo motivo la ricorrente fa valere la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 10, l. n. 898 del 1970, nella parte in cui la Corte di appello di Venezia si era espressa nel senso che, "la semplice convivenza *more uxorio* con altra persona provochi, senza alcuna valutazione discrezionale del giudice, l'immediata soppressione dell'assegno di divorzile".

2.1. Si sollecita questa Corte di Cassazione a rimeditare, l'orientamento più recentemente espresso e secondo il quale l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, sciogliendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, determina la decadenza dall'assegno divorzile senza possibilità per giudicante di ponderare i redditi dei coniugi al fine di stabilire, comunque, dell'indicata posta una misura.

L'indicato automatismo, risultando altrimenti di contrasto con la lettera della norma, andrebbe riferito al solo, e diverso, caso delle nuove nozze.

2.2. La ricorrente nei nove anni di durata del matrimonio aveva rinunciato ad un'attività professionale, o comunque lavorativa, per dedicarsi interamente ai figli, e ciò anche dopo la separazione personale dal marito che aveva potuto, invece, applicarsi completamente al proprio successo professionale, quale amministratore e proprietario di una delle più prestigiose imprese di commercializzazione e produzione delle calzature in Italia, con un fatturato all'estero pari a qualche milione di euro.

Non più in età per poter reperire un'attività lavorativa, la deducente aveva vissuto e viveva con i figli dell'assegno divorzile e si era unita all'attuale compagno, da cui aveva avuto una figlia, operaio che percepiva un reddito lavorativo di poco più di mille Euro al mese per di più "falcidiato" dal mutuo per l'acquisto della casa, presso la quale convivevano, anche, i figli del precedente matrimonio, studenti.

2.3. Il profilo compensativo, integrato dall'apporto personale dato dall'ex coniuge alla conduzione del nucleo familiare ed alla formazione del patrimonio comune, destinato ad integrare le ragioni dell'assegno divorzile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, avrebbe escluso l'automatismo estintivo dell'assegno divorzile quale conseguenza della nuova convivenza.

Valido per i profili perequativi finalizzati al mantenimento del pregresso tenore di vita, l'indicato automatismo doveva essere nel resto escluso, restando la materia affidata, per una lettura costituzionalmente orientata, in applicazione dei principi di cui agli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost., ad un apprezzamento discrezionale del giudice da svolgersi in relazione al caso concreto, ogni qual volta

venga in evidenza il carattere compensativo o assistenziale dell'assegno.

2.4. La scelta effettuata dal legislatore nella distinta materia delle convivenze di cui alla L. n. 76 del 2016, di riconoscere tutela economica limitata ad un assegno alimentare, risponde a regole diverse da quelle proprie del matrimonio sia in relazione al contributo al mantenimento che all'assegno di divorzio.

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, la violazione degli artt. 112 e 342 c.p.c., avendo al Corte di appello omissis ogni pronuncia sull'appello incidentale condizionato della ricorrente che aveva in tal modo richiesto l'incremento del contributo al mantenimento dei figli; ridotto con la sentenza di primo grado.

4. Con il quarto motivo la ricorrente fa valere la violazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, per avere il giudice di appello disposto la compensazione solo per la metà delle spese di giudizio.

5. Nell'ordine delle questioni introdotte dal ricorso viene in valutazione per il suo rilievo quella, oggetto del secondo articolato motivo, relativa alla disciplina da riservarsi all'assegno di divorzio là dove il coniuge che ne benefici abbia instaurato una convivenza con un terzo, dovendosi, partitamente, stabilire se l'effetto estintivo previsto dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 10, nel caso di nuove nozze del beneficiario trovi applicazione, e per quali contenuti e limiti, nella distinta ipotesi della famiglia di fatto. La questione sottesa all'illustrato motivo rientra tra quelle di massima di particolare importanza, a norma dell'art. 374 c.p.c., comma 2, offrendo essa occasione, ritiene questo Collegio, per rimeditare, rimodulandolo nella soluzione da offrirsi, l'indirizzo più recentemente formatosi nella giurisprudenza di legittimità, da cui qui si dissente, sull'incidenza che l'instaurazione della convivenza di fatto con un terzo ha sul diritto dell'ex coniuge, economicamente più debole, all'assegno di divorzio.

Appare pertanto necessario investire della questione il Primo Presidente perché valuti l'opportunità di rimetterne l'esame alle Sezioni Unite, puntualizzandosi sin d'ora che poiché l'esame del primo motivo, e la sua definizione, non incide sulla necessità di esame del secondo, questo si vuole anticipare nella trattazione ai soli fini della remissione indicata, impregiudicata - qualunque sia l'esito della questione rimessa - la definizione sia del primo che dei restanti motivi, siano essi esaminati dalle Sezioni Unite o restituiti a questa Prima sezione.

6. Nell'orientamento di più recente affermazione di questa Corte di Cassazione, che ha trovato applicazione nella sentenza dei giudici di appello, si attribuisce dignità piena alla famiglia di fatto che, in quanto stabile e durata, annoverarsi tra le formazioni sociali in cui l'individuo libero e consapevole nella scelta di darvi corso, svolge, ex art. 2 Cost., la sua personalità (Cass. 3 aprile 2015 n. 6855 ripresa nelle sue affermazioni da Cass. 8 febbraio 2016 n. 2466 e su cui vd. pure: Cass. 12 novembre 2019 n. 29317 e Cass. 16 ottobre 2020 n. 22604).

In applicazione del principio dell'auto-responsabilità la persona mette in conto quale esito della scelta compiuta,

con il rischio di una cessazione della nuova convivenza, il venir meno dell'assegno divorzile e di ogni forma di residua responsabilità post-matrimoniale, rescindendosi attraverso la nuova convivenza ogni legame con la precedente esperienza matrimoniale ed il relativo tenore di vita.

L'automatismo degli effetti estintivi resta, d'altra parte, mediato e contenuto dall'accertamento operato in sede giudiziale circa i caratteri della famiglia di fatto, in quanto formazione stabile e duratura, e, ancora, in ragione della solidarietà economica che si realizza tra i componenti di quest'ultima.

7. Le ragioni di un ripensamento dell'indicato orientamento vengono, nell'apprezzamento di questo Collegio, da un completo scrutinio del canone dell'auto-responsabilità sorretto dalla necessità dell'interprete di individuarne a pieno il portato applicativo, anche per quelli che ne sono i corollari.

Nel dare disciplina agli aspetti economico-patrimoniali che conseguono alla pronuncia di divorzio, il principio di autoresponsabilità si trova ad operare non soltanto per il futuro, chiamando gli ex coniugi che costituiscono con altri una stabile convivenza a scelte consapevoli di vita e a conseguenti assunzioni di responsabilità e ciò, anche, a detrimento di pregresse posizioni di vantaggio di cui il nuovo stabile assetto di vita esclude una permanente ed immutata redditività.

Il medesimo principio lavora anche, per così dire, per il tempo passato e come tale sul fronte dei presupposti del maturato assegno divorzile là dove di questi, nel riconosciuto loro composito carattere come da SU n. 18287 del 2018, si individua la funzione compensativa.

Rimarcando di quest'ultima il rilievo, va colta l'esigenza, piena, di dare dell'assegno divorzile una lettura che, emancipandosi da una prospettiva diretta a valorizzare del primo la natura assistenziale, segnata dalla necessità per il beneficiario di mantenimento del pregresso tenore di vita matrimoniale, resta invece finalizzata a riconoscere all'ex coniuge, economicamente più debole, un livello reddituale adeguato al contributo fornito all'interno della disciolta comunione; nella formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dell'altro coniuge. Nel ridefinire i parametri di attribuzione dell'assegno divorzile, questa Corte di Cassazione si è fatta in tal modo portatrice di una peculiare declinazione del principio dell'auto-responsabilità che, intesa ad apprezzare il carattere eccedente, rispetto alle finalità altrimenti assolte, dell'esigenza che l'assegno operi per il mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, contiene dell'indicata posta la componente assistenziale ma non, invece, quella perequativo-compensativa, che ne viene, anzi, esaltata.

Dopo una vita matrimoniale che si protratta per un apprezzabile arco temporale, l'ex coniuge economicamente più debole, che abbia contribuito al tenore di vita della famiglia con personali sacrifici anche rispetto alle proprie aspettative professionali ed abbia in tal modo concorso occupandosi dei figli e della casa pure all'affermazione lavorativo-professionale dell'altro coniuge, acquista il diritto all'assegno divorzile.

Gli indicati contenuti, per i quali trova affermazione e composizione nelle dinamiche post-matrimoniali il principio di auto-responsabilità in materia di assegno ex art. 5, comma 6 l. n. 898 del 1970, e successive modifiche, vogliono così che il beneficiario possa godere dell'assegno divorzile non solo perché soggetto economicamente più debole, ma anche per quanto da egli fatto e sacrificato nell'interesse della famiglia e dell'altro coniuge, il tutto per un percorso in cui le ragioni assistenziali nella loro autonomia perdono di forza, lasciando il posto a quelle dell'individuo e della sua dignità.

8. Il principio di autoresponsabilità destinato a valere in materia per il nuovo orientamento di questa Corte di legittimità, compendiato nelle ragioni di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 18287 cit., non può escludere e per intero, il diritto all'assegno divorzile là dove il beneficiario abbia instaurato una stabile convivenza di fatto con un terzo.

Il principio merita una differente declinazione più vicina alle ragioni della concreta fattispecie ed in cui si combinano la creazione di nuovi modelli di vita con la conservazione di pregresse posizioni, in quanto, entrambi, esito di consapevoli ed autonome scelte della persona.

Sulla indicata esigenza, ben può ritenersi che permanga il diritto all'assegno di divorzio nella sua natura compensativa, restando al giudice di merito, al più, da accertare l'esistenza di ragioni per un'eventuale modulazione del primo là dove la nuova scelta di convivenza si rilevi migliorativa delle condizioni economico-patrimoniali del beneficiario e tanto rispetto alla funzione retributiva dell'assegno segnata, come tale, dall'osservanza di una misura di autosufficienza.

9. La funzione retributivo-compensativa dell'assegno divorzile non può altrimenti risentire delle sorti del distinto istituto dell'assegno di mantenimento del coniuge separato che abbia instaurato una convivenza *more uxorio* con un terzo.

Vero è infatti che, in tal caso, la formazione di un nuovo aggregato Familiare di fatto segna una rottura tra il preesistente tenore e modello di vita - propri della pregressa fase di convivenza matrimoniale ed alla cui conservazione concorre l'assegno di mantenimento - ed il nuovo assetto e che su questa premessa determina il venir meno, in via definitiva, del diritto alla contribuzione periodica (Cass. 19 dicembre 2018 n. 32871).

La differente funzione dell'assegno di mantenimento del coniuge separato lascia che permanga, nel suo rilievo, il pregresso tenore di vita matrimoniale inteso sia quale parametro cui rapportare l'assegno stesso sia quale ragione destinata ad escludere dell'indicata posta la sopravvivenza in caso di nuova convivenza di fatto dell'avente diritto.

10. Ancora, a definizione del quadro di riferimento con cui questo Collegio deve confrontarsi nell'individuare e dare contenuto alle ragioni della sollecitata rimessione, nessun argomento in chiave di disconoscimento o contenimento della funzione dell'assegno divorzile viene dalla disciplina della convivenza di fatto.

L'art. 1, comma 65, l. n. 76 del 2016, istitutiva delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e di disciplina delle

convivenze di fatto, riconosce, per quanto in questo giudizio rileva, anche ai conviventi di fatto, quando la convivenza venga meno, il diritto agli alimenti ex art. 433 c.c., che è destinato a valere per la parte economicamente più debole che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al suo mantenimento, il tutto “per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell’art. 438 c.c., comma 2”.

La finalità in gioco è qui, nettamente, quella assistenziale, tutta spesa sulla necessità del riconoscimento di un aiuto economico all’ex convivente e modulata sulla durata del legame per l’esplicito riferimento contenuto nella norma. Nella diversità degli interessi in rilievo, la questione della distinta sorte da riservarsi all’assegno divorzile nella instaurazione di una stabile convivenza di fatto del beneficiario, resta aperta.

11. La questione per cui si sollecita l’intervento delle Sezioni Unite è allora quella di stabilire se, instaurata la convivenza di fatto, definita all’esito di un accertamento pieno su stabilità e durata della nuova formazione sociale, il diritto dell’ex coniuge, sperequato nella posizione economica, all’assegno divorzile si estingua comunque per un meccanismo ispirato ad automatismo, nella parte in cui prescinde di vagliare le finalità proprie dell’assegno, o se siano invece praticabili altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall’avente diritto al patrimonio della famiglia e dell’altro coniuge, sostengano dell’assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione, anche, se del caso, per una modulazione da individuarsi, nel diverso contesto sociale di riferimento.

Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale

di Filippo Danovi

La Corte di cassazione ribadisce il venir meno del diritto all’assegno di mantenimento allorché il coniuge o ex-coniuge che ne sarebbe in astratto (o quanto meno ne pretenda di essere) titolare abbia instaurato una nuova relazione sentimentale caratterizzata da continuità e stabilità, che sia stata acclarata sulla scorta delle risultanze dell’istruttoria espletata in causa come pluriennale, consolidata, ufficializzata, di quotidiana frequentazione e caratterizzata da periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza (nonché - come nel caso di specie - dalla compartecipazione di impegni reciproci di assistenza morale e materiale). A tal fine il giudice ha il dovere di tenere conto delle risultanze effettive emerse in causa, poiché diversamente, qualora la sentenza non espliciti in modo chiaro il criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento, la stessa deve ritenersi viziata e ricorribile in Cassazione ex art. 360, n. 4, c.p.c., sia con riferimento alle norme che prescrivono i requisiti di contenuto-forma della sentenza stessa, sia - e da un più ampio punto di vista - con riferimento ai principi regolatori del giusto processo. Per il divorzio, invece, la stessa Cassazione sollecita una più meditata presa di posizione, tenendo conto della diversa natura dell’assegno e della sua funzione anche compensativa e perequativa.

The Italian Supreme Court confirms that the right to spousal support ends when the spouse or ex-spouse who is (or at least claims to be) entitled to it has established a new relationship characterised by continuity and stability, which has been ascertained on the basis of the results of the Court’s inquiry to be long-standing, consolidated, formalised, of daily contact and characterised by more or less long periods of full and effective cohabitation (as well as - like in the present case - by the sharing of reciprocal commitments of moral and material assistance). For this purpose, the judge has the duty to consider the findings of the case, because otherwise, if the judgment does not clearly explain the logical criterion that led the judge to reach his conclusion, the decision must be considered wrong and appealable to the Italian Supreme Court under article 360, no. 4, of Civil Procedure Code, both with regard to the rules that prescribe the requirements of content and form of the judgment itself, and - from a broader point of view - with respect to the principles governing due process of law. Instead, in the case of divorce, the same Supreme Court urges a more meditated position, in consideration of the different nature of the allowance and its compensatory and equalizing function.

Il sinallagma tra diritto e processo

Le ordinanze della Suprema Corte che qui si annotano rappresentano un emblematico esempio in cui viene posto in risalto il legame intercorrente tra la natura generale e astratta del diritto sostanziale e la valenza anche “trasformativa” della realtà processuale, nella quale lo stesso trova la sua concreta declinazione. Chi scrive ha avuto modo di sottolineare più volte (1) come detto legame non debba ritenersi a senso unico, quale semplice derivazione di quella naturale attitudine del processo a tutelare i diritti e le situazioni sostanziali e dunque a porsi nei loro confronti in un rapporto secondario, di strumentalità, servizio e sussidiarietà (2).

In verità, il filo che unisce tra loro diritto e processo è ben più spesso e intricato e soprattutto vicendevole. Anche il processo, in effetti, ha il potere di agire sul tessuto sostanziale di riferimento. Lo stesso non è volto a costituire veri e propri nuovi diritti, poiché il ruolo della giurisprudenza non deve essere sotto questo profilo creativo (3), ma può quantomeno contribuire a meglio definirli e anche a modificarli, in quanto il riconoscimento di una determinata tutela processuale può risultare idoneo a cambiare lineamenti e vesti del diritto sostanziale che con la stessa si intende tutelare. Si tratta dunque di un vero e proprio sinallagma, un nesso di reciprocità, che apporta ai due poli della relazione (il diritto e il processo) un mutuo scambio e un reciproco vantaggio.

In particolare nella prima ordinanza in epigrafe detta relazione emerge con nitore, ma più che in relazione alla portata della situazione soggettiva di diritto sostanziale oggetto della vicenda (per la quale la Cassazione finisce in fondo per confermare una linea da tempo invalsa), in relazione alla stessa estensione dell’ambito di tutela processuale, mediante rivalutazione dell’apparato motivazionale che deve sorreggere la sentenza, siccome elemento indispensabile per la realizzazione del giusto processo e, in tale veste, anche come profilo sempre

censurabile nella più elevata sede di giustizia approntata dall’ordinamento.

La decisione della Suprema Corte viene dunque fondata principalmente su ragioni di ordine processuale, alcune di carattere generale e altre più strettamente collegate alla vicenda concreta oggetto di esame da parte della Corte stessa. Si tratta prima di tutto di una pronuncia particolarmente apprezzabile dal punto di vista dei principi e delle regole del processo; eppure, il suo concreto calarsi in una vicenda personale di crisi familiare ha fatto sì che la decisione abbia avuto una larga diffusione, finendo con il divenire cassa di risonanza (anche impropria) per l’eco mediatica che ne è derivata, sul tema dei rapporti tra il diritto del coniuge (o dell’ex coniuge) all’assegno di mantenimento (e a quello di divorzio) e lo speculare diritto alla libertà personale, anche mediante la ricostituzione di nuovi legami affettivi.

La vicenda

Il caso portato dalla prima ordinanza in commento è estremamente lineare. Viene impugnata in Cassazione la pronuncia dei giudici di seconde cure con la quale, in parziale accoglimento dell’appello principale e in parziale riforma della sentenza impugnata, la corte territoriale aveva ridotto, ma sempre confermato, a carico del marito l’obbligo di corrispondere un assegno di mantenimento in favore del coniuge, in un contesto nel quale, ad avviso del ricorrente “i presupposti fattuali accertati dai Giudici di merito erano da ritenersi sufficienti ad integrare le connotazioni di stabilità e continuità caratterizzanti la famiglia di fatto” che secondo l’orientamento ormai fatto proprio dalla Suprema Corte costituisce invece elemento impeditivo alla corresponsione dell’assegno.

Il ricorso alla Suprema Corte viene fondato su due motivi, il primo di “violazione dell’art. 132, comma 2 n. 4, c.p.c.”, denunciandosi l’assenza o apparenza nonché l’illogicità e contraddittorietà della motivazione della sentenza impugnata, e il secondo di

(1) Da ultimo cfr. ad es. Danovi, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto “cede il passo” alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, in *Fam. e dir.*, 2019, 73 ss.; Id., *Il dovere dei genitori di frequentare i figli minori non è coercibile (quando anche il processo trasforma il diritto)*, in *Giusto proc. civ.*, 2020.

(2) Cfr. per tutti Luiso, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, IX ed., Milano, 2017, 3; Mandrioli - Carratta, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XXV ed., Torino, 2016, 4 ss. Per ulteriori riflessioni sull’argomento v. ad es. Proto Pisani, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, 1 ss., laddove pone l’accento sulla strumentalità del processo e sulla necessità che questo assicuri la più ampia tutela del diritto sostanziale, con

riferimento a ogni singola “categoria” di quest’ultimo, soprattutto nel senso di strumento atto ad accordare a chi vanta un diritto, nei limiti del possibile e del lecito e seguendo la nota impostazione chiovendiana, tutto quello e proprio quello che ha diritto a conseguire.

(3) Dal punto di vista della dimensione oggettiva del diritto, il processo non ha funzione creativa, ma soltanto di verifica e conferma della corretta applicazione delle norme dell’ordinamento. In questa prospettiva, in effetti, è stato anche di recente sottolineato dalla Suprema Corte che “la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell’esistenza e del contenuto della *regula iuris*, non già creativa della stessa” (così Cass. civ. 20 gennaio 2020, n. 1119).

“violazione o falsa applicazione dell’art. 2 Cost., in relazione all’art. 360, comma 1 n. 3, c.p.c.”, per errata qualificazione della fattispecie giuridica della famiglia di fatto.

La controricorrente ha a sua volta proposto ricorso incidentale, censurando la sentenza del giudice di seconde cure sulla scorta di un invocato errore di diritto, avendo (negli assunti della parte) la corte d’appello ridotto l’assegno in proprio favore in assenza di un’adeguata prova della stabilità e continuità della nuova relazione con un altro uomo e della effettiva condivisione delle spese di vita con questi.

Vizi motivazionali e nullità del procedimento

Questo essendo lo scenario posto all’attenzione della Suprema Corte, va subito dato atto di come quest’ultima abbia fondato l’intera prima decisione in commento sull’esame e finale accoglimento del primo motivo di ricorso, ritenendo conseguentemente assorbiti il secondo motivo, nonché il motivo di ricorso incidentale proposto dalla parte controricorrente.

La decisione si dimostra apprezzabile nella dimensione processuale in quanto contribuisce ulteriormente a fare chiarezza circa l’effettiva portata e rilievo dei vizi motivazionali nel sistema venutosi a creare per effetto delle ultime riforme sulle impugnazioni civili. In questa prospettiva, la pronuncia valorizza la centralità della parte argomentativa della sentenza non soltanto nella sua prospettiva finalistica, siccome elemento ancora indispensabile per

dare fondamento e rigore nel merito alla sentenza (*id est*, l’atto finale rappresentante l’obiettivo della sequenza continuata e coordinata che per definizione dà veste al processo civile (4)), ma altresì nella stessa dimensione strutturale, considerando la sentenza stessa come un ulteriore imprescindibile tassello nella costruzione dell’edificio Giustizia e quale componente ineludibile per il rispetto dei principi e canoni del giusto processo civile.

La questione, come è noto, si pone oggi per effetto della riforma del 2012 (5), con la quale l’art. 360, n. 5, c.p.c. è stato ancora una volta oggetto di modifica da parte del legislatore. Si è in tal modo compiuto un tortuoso percorso, volto a portare “qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d’antico”, poiché dalla originaria formula del c.p.c. del 1940 circa l’“omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”, a quella introdotta dalla riforma del 1950 (e rimasta in vigore per oltre mezzo secolo) della “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d’ufficio”, ancora modificata nel 2006 con la “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”, si è (ri) passati a quella (attuale e primigenia a un tempo) dell’“omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti” (6).

Il cambiamento, che parrebbe netto dal punto di vista nominalistico, riflette l’ultima tappa di una lunga evoluzione normativa (e di sistema) (7) intercorsa

(4) In questo senso v. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VIII ed., Milano, 2012, 37.

(5) La modifica è stata apportata dall’art. 54, comma 1, lett. b), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

(6) Sull’attuale testo dell’art. 360, n. 5, c.p.c. la letteratura giuridica è vastissima. *Ex plurimis* v. ad es. Consolo, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di “svaporamento”*, in questa *Rivista*, 2012, 1133 ss.; Bove, *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 431 ss.; Id., *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul “nuovo” art. 360, n. 5) c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 677 ss.; Impagnatiello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 758 ss.; Pagni, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro it.*, 2012, V, 299 ss.; Rusciano, *Nomofilachia e ricorso per cassazione*, Torino, 2012, 29 ss.; Sassani, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in questa *Rivista*, 2013, 849 ss.; G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, spec. 156 ss.; Panzarola, *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Martino - Panzarola, Torino, 2013, 693 ss.; Caponi, *La modifica dell’art. 360, 1° comma n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it* 2012; Id., *Norme processuali “elastiche” e sindacato in Cassazione (dopo la modifica dell’art. 360, 1° comma, n. 5), c.p.c.*, in *Foro it.*, 2013, V, 149 ss.; Didone, *Ancora sul vizio di motivazione dopo la modifica*

dell’art. 360, n. 5 c.p.c. e sul tassello mancante del modello di Toulmin

, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 631 ss.; Di Iasi, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 1441 ss.; Comoglio, *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 29 ss.; Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in cassazione: le novità introdotte dal D.L. 83/2012*, in *www.judicium.it*, 2013; Saletti, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 965 ss.

(7) Tra i motivi di ricorso per cassazione contemplati dall’art. 517 c.p.c. 1865 nei confronti della “sentenza pronunciata in grado d’appello” il n. 2 faceva riferimento all’ipotesi della sentenza “nulla a norma dell’articolo 361” (con ciò istituendo un riferimento, *inter alia* e in virtù dell’ulteriore richiamo all’art. 360, ai casi in cui fossero omei i motivi in fatto e in diritto, mentre il successivo n. 7 contemplava l’ipotesi della sentenza che contenesse “disposizioni contraddittorie”, con una formula dunque lontana da quella dell’art. 360, n. 5, c.p.c. Su questi profili v. Bove, *Il sindacato della corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, 231 ss.; Id., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5. c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 679 ss.; Saletti, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione*, cit., 965 ss.; Ruggiero, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 890 ss.

su uno snodo centrale del giudizio di legittimità, incentrato sull'effettivo ambito di operatività del sindacato spettante alla Suprema Corte sulla motivazione. Ci si domanda, in particolare, se lo stesso debba essere ricondotto alla sola dimensione strutturale (*id est* formale e testuale), ovvero in ipotesi esteso fino a ricomprendere anche i vizi logici inerenti il percorso argomentativo del giudice (8). In tale prospettiva non soltanto l'ultima riforma ma forse, meglio, anche la precedente "tappa" del 2006, sono state oggetto di dispute anche vivaci in dottrina, tra i commentatori sollecitati a interrogarsi circa l'effettiva intenzione perseguita dal legislatore.

Non è dato in questa sede riportare in modo compiuto le diverse opinioni formatesi sul punto, e soprattutto le varianti e sfumature con le quali il (duplice) cambiamento è stato letto, ma è quantomeno doveroso richiamare le due linee maggiormente definite formatesi in argomento.

In proposito, infatti, una prima tendenza ricostruttiva ha preteso di inferire dal cambiamento intervenuto l'espunzione dai poteri della Corte di ogni possibile sindacato di carattere logico-giuridico circa la motivazione della sentenza di secondo grado (9), fatta eccezione per le ipotesi di radicale omissione, e dunque di totale assenza di considerazione, dell'esame di fatti decisivi "oggetto di discussione" nel giudizio (10).

La dottrina dominante, per contro, se da un lato ha rilevato come al di là delle varianti nominalistiche il controllo della Suprema Corte non potesse comunque che rimanere incentrato, sia prima che dopo la riforma, sui fatti (giacché ogni "punto" decisivo può considerarsi concernente profili fattuali) (11), ha invece posto in luce come le ultime riforme non abbiano potuto (né certamente intendevano) estromettere dal sistema la rilevanza del rigore, coerenza e congruità dell'apparato argomentativo della sentenza, rappresentando la motivazione un profilo sempre centrale e ineludibile per il corretto svolgimento del processo. Così ragionando, si è evidenziato come l'eventuale carenza motivazionale non possa rimanere priva di sanzione, finendo per riverberarsi sulla stessa validità della decisione e dovendo ancora costituire oggetto di valutazione da parte della Cassazione sotto forma di vizio ricompreso nell'art. 360, n. 4, c.p.c., relativo alla "nullità della sentenza o del procedimento" (12) (e addirittura non è mancato chi ha sostenuto che tali carenze potrebbero rientrare anche nella possibile violazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (13)).

La prima ordinanza in epigrafe, riprendendo un orientamento già espresso (14), accoglie con chiarezza questa linea, precisando che il vizio motivazionale può (*rectius*, deve) tuttora considerarsi quale *error in procedendo* rilevante anche ai fini del giudizio

(8) Sul complesso tema dei presupposti e dell'ambito di estensione del controllo motivazionale in Cassazione e per una chiara messa a fuoco della dicotomia tra la dimensione strutturale e testuale (che vede nel vizio di motivazione un vizio di attività ricollegabile alle norme formali sulla sentenza) e quella del controllo di logicità v. da ultimo l'approfondito studio di Mengali, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, Torino, 2020; in relazione ai particolari profili inerenti il ricorso straordinario per Cassazione v. poi Tiscini, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005, 292 ss.

(9) In questo senso cfr. ad es. Monteleone, *Il nuovo volto della cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 946 ss.

(10) Per analoghe considerazioni v. anche Carratta, *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in www.treccani.it/magazine/diritto, 2012; Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 183; Piccinini, *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 407 ss. Anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che l'omissione può riguardare un fatto tanto principale che secondario, purché abbia comunque il connotato di essere decisivo ai fini della pronuncia, di tal guisa che, laddove esaminato "avrebbe determinato un esito diverso della controversia" (Cass. civ., SS.UU., 7 aprile 2014, n. 8053, e nello stesso senso v. anche Cass. civ. 19 gennaio 2017, n. 1297; Cass. civ. 27 luglio 2016, n. 15636; Cass. civ. 20 gennaio 2015, n. 800; Cass. civ., SS.UU., 22 settembre 2014, n. 19881).

(11) In questa prospettiva cfr. ad es. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 780 ss.; Poli, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 12 ss.; Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, II ed., Padova, 2008, 240; Verde, *In difesa dello jus litigatoris (sulla cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*,

2008, 5 ss.; Fornaciari, *Ancora una riforma dell'articolo 360, comma 1, numero 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in *Rass. forense*, 2012, 495; Saletti, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione*, cit., 978 ss. Anche secondo Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 224, la portata modificativa della riforma doveva considerarsi limitata, nella considerazione che il precedente lemma "punto" di fatto offrì al sindacato della Corte un'ampiezza forse eccessiva, mentre con il termine "fatto" il motivo è stato in concreto riportato a vizi più precisi e circoscritti alla effettiva ricostruzione dei soli fatti storici di causa.

(12) In questo senso ad es. Saletti, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, cit., 983, spec. n. 71.

(13) Cfr. ad es. Sassani, *Legittimità, "nomofilachia" e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *Judicium.it*, 2013, per il quale il controllo motivazionale della sentenza dovrebbe ormai poter rientrare nell'ambito dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (contrario invece Saletti, *Il controllo della motivazione della sentenza nel giudizio di cassazione italiano dal 1865 ad oggi*, cit., 983, spec. n. 71, ad avviso del quale la previsione del n. 4 non potrebbe che comportare una interpretazione restrittiva del vizio di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.).

(14) In particolare, secondo Cass. civ., SS.UU., 7 aprile 2014, n. 8053 e Cass. civ., SS.UU., 7 aprile 2014, n. 8054, il nuovo testo dell'art. 360, n. 5, c.p.c. "ha l'effetto di limitare la rilevanza del vizio di motivazione, quale oggetto del sindacato in sede di legittimità, alle fattispecie nelle quali esso si converte in violazione di legge: e ciò accade solo quando il vizio di motivazione sia così radicale da comportare con riferimento a quanto previsto dall'art. 132, n. 4, c. p.c. la nullità della sentenza per mancanza di motivazione".

di Cassazione, ogni qualvolta “la pronuncia riveli una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento”.

Questo modo di ragionare, che conferma l'attualità del legame *olim* (*id est*, anche prima delle ultime riforme) sussistente tra il n. 4 e il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. (15), risulta particolarmente rilevante in quanto il vizio così censurabile viene non soltanto riconfermato nella sua dimensione formale (16) e posto in raffronto con le norme processuali specificamente rivolte alla struttura e ai requisiti della sentenza (in particolare l'art. 132 c.p.c.), ma altresì, da un punto di vista più generale di maggiore pregnanza sistematica, connesso con lo stesso impianto dell'art. 111 Cost., che come noto consacra *per tabulas* quelli che sono i pilastri fondanti la nozione di giusto processo. In questa prospettiva, in effetti, la stessa Suprema Corte ha riconosciuto come per il tramite delle ultime riforme sia stata accentuata la propria istituzionale funzione nomofilattica, nel riconoscimento della centralità del ruolo della Cassazione quale giudice dello *ius constitutionis* e non più tanto, se non nei limiti della violazione di legge, dello *ius litigatoris* (17).

Il cuore della pronuncia è dunque di ordine più propriamente processuale e come detto ribadisce la funzione essenziale dell'apparato argomentativo della decisione (18). In questo senso, se comunemente si evidenzia come la tutela giurisdizionale per essere corretta debba essere effettiva (e ciò dal punto di vista *soggettivo* e dell'accesso alla giustizia, *tecnico* e con riferimento ai modelli processuali messi in concreto a disposizione, *qualitativo*, per il risultato conseguito e *oggettivo*, in relazione alla tipologia di tutela offerta dall'ordinamento in funzione dei tipi

di situazione sostanziale) (19), può anche specularmente affermarsi che la relativa somministrazione per essere effettiva deve essere corretta, e a tal fine anche dotata di un impianto motivazionale adeguato, solido e coerente. In tal modo viene anche smentita l'idea che l'orizzonte del nostro sistema processuale sia contraddistinto da una - quanto meno di ordine generale e incondizionato - crisi della motivazione (20).

La contraddittorietà della decisione

Il ragionamento sin qui espresso viene dalla Corte anche ulteriormente rafforzato, evidenziando un'ulteriore censura nell'intima contraddittorietà del provvedimento dei giudici di secondo grado. In un successivo passaggio della sentenza impugnata, in effetti, la Corte d'Appello, superato (erroneamente) lo scoglio sull'*an* e dovendo prendere in esame il *quantum* del contributo al mantenimento per il coniuge, ha *en souplésse* rideterminato *in peius* l'assegno affermando che la moglie “ha pure dato vita ad una nuova stabile e consolidata relazione affettiva con un nuovo compagno”.

Non è chi non veda al riguardo l'immediata intima contraddittorietà di tale affermazione con l'impianto posto a base dei giudici di secondo e cure per continuare a considerare l'assegno come dovuto; contraddittorietà che non è sfuggita alla Suprema Corte, che ha evidenziato come nel caso di specie detto ultimo assunto si sia posto in irriducibile contrasto con la parte centrale della stessa decisione impugnata.

Così argomentando, nella prima ordinanza in commento la Cassazione parrebbe riavvicinarsi a un indirizzo per il quale tra i requisiti della motivazione, siccome elemento fondante per una corretta

(15) Per il quale v. ad es. Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2008, 497, ad avviso del quale i casi di radicale omessa motivazione, ovvero di motivazione interamente mancante, non sarebbero comunque già in allora rientrati nel n. 5 dell'art. 360 c.p.c., perché “in questo caso avremmo un vizio del documento sentenza, una nullità della sentenza che ricadrebbe nel n. 4”.

(16) In questa prospettiva v. anche l'indagine di Mengali, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, cit., spec. 76 ss., nella parte in cui ricollega l'obbligo motivazionale (e il possibile connesso vizio) alla sentenza-atto e allo scopo di questa, secondo la disciplina generale delle nullità di diritto processuale civile.

(17) Il legame tra la motivazione e l'art. 111 Cost. diviene in qualche misura duplice, in quanto se da un lato la carenza motivazionale può essere ricondotta alla violazione dei canoni del giusto processo, dall'altro viene anche parimenti sottolineato dalla Suprema Corte come non ogni anomalia motivazionale rappresenti un vizio concretamente denunciabile in Cassazione, ma unicamente quella specifica mancanza che si tramuti in una violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé considerata, e a condizione

che il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. In questo senso cfr. *ex plurimis* Cass. civ., SS.UU., 7 aprile 2014, n. 8053; Cass. civ., SS.UU., 22 settembre 2014, n. 19881; Cass. civ. 21 settembre 2015, n. 18449; Cass. civ. 10 giugno 2016, n. 11892; Cass. civ. 5 luglio 2017, n. 16502; Cass. civ. 12 ottobre 2017, n. 23940; Cass. civ. 9 gennaio 2018, n. 309; Cass. Civ. 19 febbraio 2018, n. 3922; Cass. civ. 26 ottobre 2018, n. 27310; Cass. civ. 9 dicembre 2019, n. 32027; Cass. civ. 23 aprile 2020, n. 8108; Cass. civ. 23 giugno 2020, n. 12241.

(18) Funzione che la dottrina spesso riconduce a due distinti ambiti, endoprocessuale ed extraprocessuale (anche se, a quest'ultimo riguardo, v. le opportune precisazioni da ultimo compiute da Mengali, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, cit., 69 ss.).

(19) In questo senso cfr. Comoglio, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1063 ss., spec. 1070.

(20) Il richiamo è ovviamente allo studio di Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

costruzione della sentenza, ricorrono non soltanto la adeguatezza e specificità delle argomentazioni, ma altresì la loro intima coerenza e congruenza (21), ponendo in luce come un'evidente contraddizione, rendendo di fatto incomprensibili le reali ragioni poste a fondamento della decisione, possa ancora costituire (come già in passato, ai sensi del previgente art. 360, n. 5, c.p.c.) uno specifico elemento di censura delle sentenze di merito di secondo grado e di conseguente doglianza in sede di legittimità. La tematica costituisce uno degli snodi oggi più nevralgici, poiché mantiene vivo l'interrogativo sul fatto che anche la stessa tenuta logica delle ragioni della decisione possa ancora costituire un elemento indispensabile dal punto di vista formale per la validità e tenuta della sentenza (22).

Il rilievo delle nuove convivenze

E veniamo ai profili di "merito" (*rectius*, di diritto sostanziale) interessati dalle due pronunce in commento, tenuto conto che nella prima di queste il vizio motivazionale di cui si è detto viene posto in relazione alla materia sostanziale oggetto del procedimento, ovvero quella relativa alla possibilità di considerare dovuto l'assegno in favore del coniuge (o ex coniuge) anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia costituito una nuova unione familiare caratterizzata da ufficialità, stabilità e compartecipazione alle esigenze di vita.

A questo riguardo, non può considerarsi enucleato dalla prima ordinanza un vero e proprio principio di diritto, poiché come visto questo attiene più propriamente al profilo della necessità dell'apparato motivazionale delle sentenze. Ciò nondimeno, non vi è dubbio che la Corte, nel prendere posizione sulla vicenda sottoposta alla sua attenzione, si ricolleggi

a un orientamento ormai sempre più definito circa la rilevanza delle nuove relazioni extraconiugali o convivenze instaurate dal coniuge (o ex-coniuge) idonee a interrompere il dovere di solidarietà matrimoniale e anche postconiugale fondante il diritto e sul fronte opposto l'obbligo al mantenimento o alla corresponsione di un assegno divorzile.

A questo proposito, come è noto, vi è stata nell'ordinamento una decisa linea evolutiva nel segno di una progressiva valorizzazione del principio di autoreponsabilità e indipendenza del coniuge. Tale principio si ritrova affermato soprattutto dopo la cessazione del rapporto coniugale, e quindi con l'intervenuto scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma tende sovente, soprattutto nella prassi applicativa e nella giurisprudenza di merito, a essere valorizzato anche nella separazione, in un'ottica di autoreponsabilità che secondo la Suprema Corte rappresenta ormai un principio di ordine generale dell'ordinamento (23).

Non è possibile in questa sede ripercorrere compiutamente tutte le tappe di tale percorso, ma basti ricordare che se da un lato è pacifico che ogni soggetto ha il diritto di imprimere un nuovo corso alla propria vita affettiva e relazionale, siccome parte del diritto insopprimibile alla individualità e personalità (24), dall'altro lato la Cassazione si è ormai orientata nel senso di ritenere che una eventuale nuova convivenza, laddove basata su determinati caratteri di ufficialità, continuità e stabilità non porti più, come si riteneva un tempo, a una semplice "quiescenza" del diritto all'assegno di divorzio (25), ma costituisca al contrario un fattore di per sé sufficiente a interrompere l'obbligo al mantenimento o alla corresponsione dell'assegno di divorzio in via definitiva e irreversibile (26), senza che lo stesso

(21) In questo senso v. ad es. tra le più recenti Cass. civ. 22 dicembre 2014, n. 27198.

(22) Come ricorda Mengali, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, cit., 214, a rigore 173 ss., 214 ss., vi è ancora scarsa chiarezza sul punto, e tale convinzione nasce dal fatto che a rigore "la logica delle ragioni della decisione non possa discendere da un obbligo di natura formale", e dunque il controllo di logicità della motivazione debba rimanere su un piano distinto da quello circa l'obbligo di motivazione in sé considerato.

(23) Di recente la portata generale del principio di autoreponsabilità è stata sottolineata da Cass. civ., ord., 14 agosto 2020, n. 17183, in *Fam. e dir.*, 2020, 1015 ss., con nota di Danovi, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoreponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'onus probandi?*

(24) In questo senso, richiamando la tutela anche costituzionale che sorregge ogni formazione sociale considerata meritevole in quanto tale da accogliere e dare espressione alle scelte esistenziali dell'individuo, si è espressa Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6855, citata nella norma seguente.

(25) Quali espressioni di questo originario principio si vedano ad es. Cass. civ. 11 agosto 2011, n. 17195, in *Guida dir.*, 2011, 63 ss.,

con nota di Vaccaro, *Il coniuge divorziato perde il mantenimento se instaura una convivenza stabile con un altro*; Cass. civ. 18 novembre 2013, n. 25845, in *D&G*, 2013; Cass. civ. 12 marzo 2012, n. 3923, in *Giust. civ.*, 2013, 2197 ss.

(26) Per alcune delle più significative tappe di questo sempre più saldo orientamento v., a far tempo dalla nota Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6855, in questa *Rivista*, 2016, 627 ss., con nota di Gelli, *Finita la convivenza more uxorio il diritto all'assegno divorzile non rivive*; in *Fam. e dir.*, 2015, 553 ss., con nota di Ferrando, *"Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione*; in *Foro it.*, 2015, I, 1527 ss., con nota di Casaburi, *Matrimonio, divorzio, convivenza "more uxorio", assegno*; in *Giur. it.*, 2015, 2078 ss., con nota di Buzzelli, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno divorzile*; in *Guida dir.*, 2015, 18, 56 ss., con nota di M. Finocchiaro, *Una visione più adeguata alla realtà sociale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 683 ss., con nota di Al Mureden, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*; in *Dir. civ. cont.*, 11 aprile 2015, con nota di Bilotti, *Convivenza more uxorio e solidarietà post-coniugale*; in *Lessico di famiglia*, 18 maggio 2015, con nota di Dosi, *L'ex coniuge titolare di assegno*

abbia la possibilità di rivivere, nemmeno laddove la nuova convivenza dovesse in ipotesi successivamente venir meno (27). In questo senso è dunque stata “ampliata” dalla Suprema Corte anche all’ipotesi della costituzione di una nuova famiglia di fatto la sfera di applicazione dell’art. 5, comma 10, l. div., che stando al tenore letterale della norma prevede il venir meno dell’obbligo di corresponsione l’assegno divorzile per le sole ipotesi in cui “il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze”.

Nella prima delle due vicende in commento, ad avviso della Suprema Corte, l’affermazione del giudice di seconde cure per la quale non era stato provato che la nuova unione fosse “connotata da quei caratteri di continuità e stabilità che probabilmente rappresenterebbero il primo stadio necessario, ma - come detto - nemmeno sufficiente, per ipotizzare la creazione tra gli stessi di quella nuova famiglia di fatto secondo il valore ed il significato attribuiti al concetto dalla migliore giurisprudenza sopra detta” doveva ritenersi profondamente carente dal punto di vista motivazionale e pertanto motivo di nullità della decisione stessa. Si legge infatti (ed è il punto centrale della ordinanza) che “il suddetto percorso argomentativo, che è l’unico esplicitato nella sentenza impugnata a fondamento della mancata condisione dell’opposta conclusione a cui era pervenuto il Giudice di primo grado, non consente di individuare in che modo e su quali basi si è formato il convincimento della Corte d’appello, in assenza di richiami ad elementi fattuali idonei a giustificare le ragioni della ritenuta assenza di continuità e stabilità della relazione sentimentale, pur ricostruita dalla stessa Corte territoriale, in base all’istruttoria espletata in primo grado, come pluriennale, consolidata, ufficializzata, di quotidiana frequentazione e

caratterizzata da periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza”.

È dunque sulla scorta di tali considerazioni, e non già come il tenore dei giornali di cui si accennava in premessa ha a volte indebitamente riportato, che la Suprema Corte ha con l’ordinanza n. 22604/2020 censurato la decisione impugnata, senza quindi apportare sostanziali nuove considerazioni o rilievi rispetto ai dati già presenti nell’ordinamento. Nessuna specifica ulteriore presa di posizione, dunque, e neppure un particolare rafforzamento della linea pure ormai accolta dal sistema; sicuramente non vi è stata nessuna indicazione relativa alla possibilità di interrompere l’assegno in forza del solo legame, e tanto meno del solo pernottamento saltuario con un nuovo *partner*, come l’eco di alcune testate anche di particolare diffusione nazionale ha riportato in modo a mio avviso del tutto indebito, parlando senza mezzi termini di “rivoluzione” e lasciando immaginare al grande pubblico (e dunque, quel che è più grave, alla collettività dei consociati) che per perdere il diritto all’assegno sia sufficiente dormire con un nuovo compagno (28).

Una riprova che, nel sempre più variegato ventaglio di possibili legami e nella dimensione sempre più eterogenea dei modelli familiari (29), soltanto una relazione caratterizzata da continuità e progettualità (secondo l’originario pensiero della stessa Suprema Corte la “famiglia di fatto” può considerarsi costituzionalmente tutelata ex art. 2 Cost. soltanto in quanto “formazione sociale stabile e duratura” (30)) può essere considerata quale fattore estintivo di quei diritti e correlati obblighi giudizialmente accertati o consensualmente assunti all’assegno di mantenimento (e a quello di divorzio).

divorzile che instaura una stabile convivenza more uxorio perde l’assegno divorzile e non riacquista il diritto se la convivenza viene meno; anche le successive Cass. civ., ord., 16 novembre 2015, n. 23411; Cass. civ., ord., 11 gennaio 2016, n. 225; Cass. civ. 5 febbraio 2016, n. 2466; Cass. civ. 1 luglio 2016, n. 19345; Cass. civ. 29 settembre 2016, n. 19345; Cass. civ. 22 febbraio 2017, n. 4649; Cass. civ. 22 marzo 2017, n. 7388; Cass. civ. 5 febbraio 2018, n. 2732; Cass. civ. 27 giugno 2018, n. 16982, in questa Rivista, 2018, 1313; Cass. civ. 19 dicembre 2018, n. 32871, in Foro it., 2019, 2, 465 ss.; Cass. civ. 10 gennaio 2019, n. 406, in Fam e dir., 2019, 2, 206 ss.; Cass. civ. 28 febbraio 2019, n. 5974, in Fam. e dir., 2019, 4, 427 ss.; Cass. civ., ord., 24 aprile 2019, n. 11178; Cass. civ., ord., 12 novembre 2019, n. 29317.

(27) In questo sta forse la portata più significativa della sopra citata Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6855.

(28) “Stop all’assegno se l’ex moglie dorme con il compagno”. La Cassazione e il divorzio. I legali: una rivoluzione, è il titolo dell’articolo apparso su *Il Corriere della sera* dell’8 novembre 2020 a firma di R. Bruno.

(29) La pluralità di modelli familiari non soltanto accettati socialmente ma altresì giuridicamente riconosciuti costituisce un dato

ormai acclarato nel sistema. Evidenzia in particolare sotto questo profilo Al Mureden, *Parità tra coniugi e funzione perequativa dell’assegno divorzile dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Giustiziacivile.com*, 24 luglio 2018, 3, come a livello giuridico sia stata pienamente legittimata la pluralità di modelli familiari sulla scorta fondamentalmente di tre ordini di importanti riforme emanate negli ultimi anni: 1) in materia di filiazione, con la integrale parificazione della condizione dei figli, indipendentemente dall’avvenuta nascita all’interno di una famiglia matrimoniale o meno (L. n. 219/2012 e d.lgs. n. 154/2013); 2) in materia di separazione e divorzio, considerata la più estesa possibilità di ricorrere a modelli di separazione e scioglimento del vincolo anche non giudiziali (L. n. 162/2014), nonché la ormai ravvicinata scansione tra separazione e divorzio (L. n. 55/2015); 3) in materia di unioni civili e convivenze di fatto (L. n. 76/2016). Sul tema v. anche Ruscello, *Le convivenze di “fatto” tra famiglia e relazioni affettive di coppia*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1156 ss.

(30) Con queste parole si era espressa la sentenza “pilota” dell’attuale indirizzo della Suprema Corte (Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6855, cit.).

La prova

A ulteriore conferma di quanto si affermava in premessa - *id est* del legame intercorrente tra diritto e processo e dell'influenza che sul modo di intendere le situazioni soggettive sostanziali esercita la concreta modalità con cui le stesse vengono a emergere nel processo - si pone nella prima vicenda in commento il tema della prova.

La Corte di cassazione ha infatti fortemente censurato l'indicazione del giudice di seconde cure circa la pretesa assenza nella nuova relazione della moglie dei caratteri di continuità e stabilità in un contesto in cui era stato invece proprio dimostrato il rapporto sentimentale pluriennale e consolidato tra la moglie e il nuovo compagno, rapporto caratterizzato da ufficialità e fondato sulla quotidiana frequentazione con periodi più o meno lunghi di piena ed effettiva convivenza.

Nel processo la fissazione dei fatti ha certamente un carattere decisivo, ma ovviamente perché tale fissazione possa aver luogo occorre che agli stessi sia data adeguata dimostrazione. *C'est toujours une question de preuve*: e non a caso il principio che maggiormente responsabilizza le parti in proposito, ovvero quello dell'onere della prova, si proietta oltre la sua immediata dimensione soggettiva e assume una declinazione anche in senso oggettivo, quale vera e propria regola di giudizio (31).

In questa prospettiva, e nel caso di specie, secondo quanto richiamato dal ricorrente, il coniuge obbligato alla corresponsione dell'assegno che intendeva alla stessa sottrarsi aveva pienamente assolto agli oneri sullo stesso gravanti, in quanto non soltanto la nuova relazione sentimentale, ma soprattutto la sua stabilità e continuità e addirittura l'assunzione di reciproci impegni di assistenza morale materiale erano state puntualmente confermate dalle risultanze istruttorie di causa e addirittura anche dalla stessa testimonianza del nuovo convivente.

Questo aspetto pare ad avviso di chi scrive di particolare importanza, soprattutto nella dimensione concreta e giudiziale del diritto.

Nei giudizi di separazione e divorzio, invero, non è infrequente assistere al tentativo del soggetto più forte (e come tale in astratto e potenzialmente

obbligato alla prestazione di un assegno nei confronti dell'altro) di sottrarsi a tale dovere allegando l'esistenza di una nuova relazione, stabile e continuativa allacciata dall'altro coniuge (o ex coniuge).

A questo riguardo, se da un lato è innegabile che la prova di tale relazione, siccome fatto impeditivo o estintivo del diritto all'assegno, grava sul coniuge che a tale obbligo intenda sottrarsi, è parimenti innegabile come nella possibilità di fornire la dimostrazione di tali assunti con ogni mezzo di prova nella prassi si assista sovente anche all'utilizzo di strumenti di dubbio fondamento e utilizzo, quali in particolare pretese relazioni investigative, spesso unicamente capaci di fornire suggestioni, ma in realtà del tutto inidonee alla rigorosa dimostrazione del *factum probandum* (32).

Da questo punto di vista è dunque necessario da un lato un corretto utilizzo ad opera della parte degli strumenti giudiziali e dall'altro un responsabile e rigoroso controllo da parte del giudice circa le effettive risultanze in concreto assunte in causa.

La nuova convivenza e la "nuova" ratio e natura dell'assegno di divorzio

Il tema sostanziale della rilevanza delle nuove convivenze si pone indipendentemente dal tessuto nel quale le stesse abbiano a inserirsi, e così tanto nei casi di perdurante coniugio (e "sola" separazione tra i coniugi) in cui è ancora in discussione un assegno di mantenimento (correlato anche al tenore di vita della famiglia), quanto anche nei casi di divorzio (in cui al contrario, secondo l'orientamento da ultimo assunto dalle Sezioni Unite, il tenore di vita pregresso non è più il dato caratterizzante né dal punto di vista dell'*an*, ma neppure del *quantum*).

A questo proposito, la prima decisione in epigrafe pare iscriversi in una vicenda di separazione, in quanto parla ripetutamente di assegno di mantenimento e fa altresì riferimento all'originario importo "stabilito nella sentenza di separazione" di primo grado.

Di fatto, tuttavia, la questione delle nuove convivenze si pone con particolare rilievo soprattutto dopo un determinato decorso temporale, e quindi più spesso nell'ipotesi in cui successivamente alla separazione sia

(31) Su questo fondamentale attributo del principio dell'onere della prova cfr. per tutti ancora le due classiche monografie di Micheli, *L'onere della prova*, rist. Padova, 1966, *passim*, spec. 177 ss.; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 11 ss. Da ultimo sull'istituto dell'onere della prova v. Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano, 2020.

(32) Sull'ammissibilità e il possibile grado di valenza delle relazioni investigative nei giudizi di separazione e divorzio v. ad

es. Trib. Milano, ord., 8 aprile 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 819 ss., con nota di Guerra, *Processi di separazione e divorzio e relazioni investigative: l'ambigua frontiera dell'atipicità della prova*; Cass. civ. 23 maggio 2014, n. 11516, in *Fam. e dir.*, 2014, 881 ss., con nota di Danovi, *Le relazioni investigative nella separazione: il fine giustifica (ma non sempre rende validi) i mezzi*.

anche sopraggiunto il divorzio. È il momento del divorzio, invero, quello in cui la vicenda matrimoniale si conclude e si spalanca dunque un orizzonte temporale più esteso e in astratto più pregiudizievole per l'obbligato, in quanto destinato a durare almeno in potenza per tutta la vita dell'ex-coniuge beneficiario (posto che anche dopo la morte dell'obbligato lo stesso potrebbe ancora insinuarsi richiedendo ex art. 9 l. div. un assegno a carico dell'eredità).

In quest'ultimo contesto, come noto, i profili e le linee guida che sorreggono l'istituto dell'assegno di divorzio sono stati profondamente ridisegnati dall'organo di vertice della nostra giurisdizione con la nota sentenza Cass. civ., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287 (33), con la quale, in un saggio contemperamento tra i differenti valori sottesi alla materia e i principi dell'ordinamento, la Corte ha inteso evidenziare la valenza della auto-responsabilità e indipendenza di ciascun coniuge successivamente al venir meno dell'unione coniugale, sottolineando al contempo la perdurante vigenza di un dovere di solidarietà postconiugale in tutti quei casi in cui il matrimonio abbia avuto lunga durata e il sacrificio compiuto da uno dei coniugi in favore della famiglia abbia concesso all'altro di consolidare la propria posizione professionale reddituale e patrimoniale nel tempo.

In questo modo, in aggiunta alla tradizionale (e confermata) natura assistenziale dell'assegno di divorzio, la Suprema Corte ha nuovamente riconosciuto un'importante funzione anche perequativa e compensativa (34), ad evitare che la vicenda matrimoniale possa in ultima analisi tradursi in un definitivo indebito rafforzamento della posizione del

coniuge più forte e specularmente in un indebolimento di quella del coniuge più debole, malgrado i sacrifici da quest'ultimo compiuti in favore della famiglia e dell'altro.

Ebbene. Se tali riflessioni appaiono del tutto condivisibili e meritevoli siccome espressione del corretto bilanciamento di tutti i principi che informano la materia, risulta parimenti necessario impedire che la riconosciuta funzione compensativa possa essere travolta in modo surrettizio.

A questo proposito, quindi, se da un lato non deve essere attribuita alcuna valenza a quei contesti in cui il nuovo affetto non abbia ancora assunto alcun carattere di stabilità e continuità, perché tali requisiti continuino ad apparire necessari per poter davvero incidere sul principio di solidarietà postconiugale, dall'altro il dato della nuova relazione affettiva non dovrebbe neppure essere oltre modo sottolineato ai fini dell'esclusione dell'assegno di divorzio.

La logica che sorregge l'orientamento qui considerato, invero, è quella per cui - come la Cassazione ha più volte rimarcato - la rilevanza della nuova convivenza ai fini dell'esclusione dell'assegno si fonda sul presupposto per cui quest'ultima di fatto rescinde ogni connessione con il tenore e il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale (35). Nella prospettiva della Suprema Corte, dunque, la formazione di una nuova realtà familiare da parte del coniuge beneficiario di un assegno implicherebbe un vero e proprio atto di auto-responsabilità incompatibile con il perdurare del beneficio economico legato a un assegno "ancorato" a un rapporto coniugale ormai venuto meno (36).

(33) La pronuncia è stata annotata, tra gli altri, da Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2018, 1186 ss.; Casaburi, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica "terza via"*, in *Foro it.*, 2018, I, 2699 ss.; M. Bianca, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, *Ibidem*, 2703 ss.; Macario, *Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio*, *Ibidem*, 3605 ss.; Morace Pinelli, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite*, *Ibidem*, 3615 ss.; Cea, *L'assegno di divorzio e la nomofilachia intermittente*, *Ibidem*, 3999 ss.; C.M. Bianca, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 955 ss.; Carbone, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita "paraconiugale" e "dipendenza economica"*, *Ibidem*, 958 ss.; Dogliotti, *L'assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione*, *Ibidem*, 964 ss.; Quadri, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, *Ibidem*, 971 ss.; Sesta, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, *Ibidem*, 983 ss.; Servetti, *L'accidentato percorso del giudice di merito nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di divorzio*, *Ibidem*, 991 ss.; Danovi, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, *Ibidem*, 1007 ss.; Al Mureden, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni*

Unite, *Ibidem*, 1019 ss.; Fusaro, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, *Ibidem*, 1031 ss.; Rimini, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, *Ibidem*, 1041 ss.; Tommaseo, *La decisione delle Sezioni Unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno postmatrimoniale*, *Ibidem*, 1050 ss.; Pittaro, *L'assegno divorzile: profili penali*, *Ibidem*, 1058 ss.

(34) Detta finalità compensativa e perequativa dell'assegno è stata ribadita dalla Suprema Corte in molte successive occasioni, tra le quali ad es. Cass. civ. 14 gennaio 2019, n. 651; Cass. civ. 26 giugno 2019, n. 17106; Cass. civ. 30 ottobre 2019, n. 27771; Cass. civ., ord., 28 febbraio 2020, n. 5603; Cass. civ. 11 marzo 2020, n. 6982; Cass. civ. 22 giugno 2020, n. 12058; Cass. civ. 4 settembre 2020, n. 18522; Cass. civ. 17 settembre 2020, n. 19331.

(35) In questo senso si è espressa la fondamentale sentenza "pilota" *Corr. giur.* 3 aprile 2015, n. 6855, cit. Questa specifica argomentazione è stata poi ripresa anche in seguito, e anche successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite civili n. 18287/2018; tra le più recenti in tal senso v. ad es. Cass. civ. 28 febbraio 2019, n. 5974.

(36) Cfr. sul punto Al Mureden, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*, cit., 683 ss.; Id., *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam. e dir.*, 2021.

Eppure, una simile certezza si sgretola a una più attenta analisi della “nuova” natura e funzione riconosciuta all’assegno di divorzio. Ed invero, nel momento in cui quest’ultimo viene ad assumere una portata e una funzione anche perequativa e compensativa lo stesso, anche se di fatto viene corrisposto per il futuro (è la fisiologica estensione temporale di tutti i provvedimenti di condanna al pagamento di obbligazioni *lato sensu* alimentari), lo è in funzione di una causa che si è già realizzata nel passato, e che è da individuarsi nel sacrificio compiuto in favore dell’altro coniuge che, in virtù di tale sacrificio, ha potuto realizzare i propri obiettivi personali e professionali.

In questa prospettiva, le scelte compiute dal coniuge per il futuro nella propria dimensione affettiva non dovrebbero andare a incidere, soprattutto in modo così radicale da determinare l’estinzione di ogni obbligo, su assegni che hanno al contrario la funzione anche di “ripagare” (l’espressione è volutamente brutta, lo si riconosce, ma vuole essere immediata ed efficace) l’ex-coniuge del sacrificio compiuto e già riconosciuto (o da riconoscere) nella sentenza di divorzio.

A ben vedere, dunque, la “nuova” natura dell’assegno di divorzio dovrebbe indurre quanto meno a un ripensamento e a nuove e più meditate riflessioni sul punto. Sia consentito un esempio, tra gli innumerevoli che la realtà concreta potrebbe determinare. Il coniuge che abbia dedicato alla famiglia una larga fetta di vita - misurabile come ben può accadere in termini di decenni -, permettendo la realizzazione professionale e il consolidamento della posizione patrimoniale dell’altro coniuge, e al quale per questo motivo viene (giustamente) riconosciuto un assegno di divorzio, deve perdere tale diritto *sic et simpliciter* perché magari negli ultimi anni di vita decide di legarsi sentimentalmente ad altra persona, magari neppure in grado di provvedere ai suoi bisogni? Il suo lungo sacrificio personale e il rafforzamento della posizione patrimoniale dell’altro coniuge non rappresentano forse dati ormai cristallizzati, sui quali soltanto dovrebbe essere identificato (e quantificato) il diritto all’assegno?

Invero, e come è stato autorevolmente affermato, la perequazione “come la parola stessa reca, comporta una valutazione equitativa, di giustizia concreta” (37); una valutazione che in ultima analisi, nell’attuale sistema, è rimessa al prudente (e saggio)

apprezzamento giudiziale. Nel momento in cui l’assegno venga riconosciuto in quanto correttamente rispondente a tali fini, non risulta così coerente immaginare di sopprimerlo, per scelte di indirizzo della vita personale e familiare che attengono unicamente al futuro, ma che certamente nulla potranno restituire dei sacrifici compiuti nel passato.

Queste riflessioni intendono sollecitare un ripensamento sul tema. Ed è proprio quanto ha ritenuto di fare, successivamente alla prima pronuncia qui annotata, anche la stessa Cassazione, che con la recentissima ordinanza interlocutoria n. 28995/2020 in epigrafe ha rimesso al Primo Presidente della Corte la valutazione circa l’assegnazione alle Sezioni Unite della questione, ritenuta di massima di particolare importanza ai sensi dell’art. 374, comma 2, c.p.c.

Anche ad avviso della Suprema Corte, in effetti, il principio di autoreponsabilità non può essere richiamato *sic et simpliciter* e in modo indiscriminato per estinguere il radice il diritto all’assegno di divorzio, poiché non opera unicamente *de futuro* “chiamando gli ex coniugi che costituiscono con altri una stabile convivenza a scelte consapevoli di vita e a conseguenti assunzioni di responsabilità”, ma “lavora anche, per così dire, per il tempo passato e come tale sul fronte dei presupposti del maturato assegno divorzile là dove di questi, nel riconosciuto loro composito carattere come da SU n. 18287/2018, si individua la funzione compensativa” (38).

Né, come giustamente annota la Cassazione, sul tema può essere ricavata alcuna argomentazione dalla disciplina delle convivenze di fatto, la cui natura rimane profondamente differente da quella matrimoniale, e che dunque non può essere invocata, né a favore, né in senso contrario, per inferire una determinata soluzione alla questione della perdurante sussistenza dell’assegno di divorzio. La complessa cristallizzazione dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio, e la loro stratificazione nel tempo impongono quindi una meditata riflessione circa la sorte dell’assegno di divorzio. E se non vi è dubbio al riguardo che sia proprio il giudice il soggetto maggiormente in grado di valutare tutte le complessive risultanze che in ogni vicenda possono indurre a far pendere l’ago della bilancia da una parte o dall’altra, è parimenti indubbio che proprio la necessaria prospettiva di contemperamento dei diversi valori sottesi all’ordinamento porta a constatare come la bilancia della Giustizia non porti sempre lo stesso

(37) In questo senso Sesta, *Attribuzione e determinazione dell’assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, cit., 989.

(38) Così espressamente Cass. civ., ord., 17 dicembre 2020, n. 28995.

identico peso su entrambi i piatti. In questa prospettiva, la posizione di debolezza intrinseca di una parte, unita alla fondamentale considerazione che la stessa sia proprio il portato anche delle scelte familiari comuni e dei sacrifici compiuti a favore dell'altra, inducono ormai quanto meno a non eliminare *ipso facto* e *ipso iure* (nessun "meccanismo ispirato ad automatismo" sembra essere il giusto monito della Suprema Corte) l'assegno di divorzio per effetto di nuove e legittime scelte di vita.

L'indispensabile ruolo del giudice

Questi essendo i molteplici e non sempre convergenti profili sottesi alla materia, non vi è dubbio che in ultima analisi il ruolo di sorveglianza e controllo circa la corretta applicazione dei principi dell'ordinamento spetti sempre al giudice.

Lo stesso non soltanto dovrà esercitare tale ruolo, come rilevato, nella direzione del sempre particolare e specifico *iter* giudiziale, se necessario dipanando i grovigli che i meccanismi e le dinamiche processuali possono in concreto presentare, verificando con rigore il concreto soddisfacimento degli oneri probatori da un lato e l'effettiva rispondenza delle prove assunte, nonché, per finire, valutando i dati completi di causa secondo le linee impresse dall'ordinamento.

A quest'ultimo proposito, al giudice deve sempre essere riconosciuto un perdurante margine di apprezzamento e discrezionalità, indispensabile

per consentirgli di ponderare i differenti dati emersi nel giudizio, e ciò non soltanto nella (originaria) valutazione dei presupposti per la sussistenza dell'assegno, ma altresì nella (successiva) valutazione dell'effettivo rilievo e incidenza sull'assetto in tal modo venutosi a creare da parte di nuove convivenze o famiglie di fatto. E in questa prospettiva, come da ultimo evidenziato dalla Suprema Corte, potrebbe risultare doveroso anche il mantenimento di una discrezionalità giudiziale nella verifica della componente compensativa e non già meramente assistenziale dell'assegno.

Certo, non lo si nasconde, vi sono profili in ordine ai quali il ruolo del giudice può continuare a presentare insidie e zone d'ombra, quale in particolare quello di dover addirittura determinare, in alcune ipotesi, quali relazioni continuative e stabili possano considerarsi anche dotate di quel necessario crisma di progettualità che dovrebbe accompagnare la nozione di "famiglia di fatto" (39).

Proprio in questi casi deve soccorrere l'ausilio della disciplina processuale, poiché il giudizio logico e razionale che conduce il giudice alla decisione deve essere sempre sorretto, come la Suprema Corte ha rilevato e altresì stigmatizzato nella prima ordinanza in commento, dallo specifico presidio di una solida motivazione, correttamente riferita alle effettive risultanze di causa e sempre adeguata e dotata della doverosa coerenza e congruenza.

(39) Risulta ancora attuale l'interrogativo posto da Bilotti, *Convivenza more uxorio e solidarietà post-coniugale*, cit., 10: "in realtà, ancor più radicalmente, ci si deve forse chiedere se, sulla base dei caratteri indicati di stabilità e continuità del rapporto di fatto, è davvero possibile, come ritengono i giudice della Suprema Corte, operare una distinzione credibile tra convivenza e convivenza e individuare così un particolare gruppo di convivenze

contraddistinte dall'elaborazione, ad opera dei *partners*, di un progetto di vita in comune analogo a quello che caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio. Insomma, se ciò che conta è la qualità del progetto di vita in comune sotteso a una convivenza, è davvero la stabilità del rapporto ciò che consente di ritenere la serietà di quel progetto?".

Figli maggiorenni

Cassazione Civile, Sez. I, 14 agosto 2020, n. 17183, ord. - Pres. Giancola - Rel. Nazzicone - P.M. (avv. Galli) c. C. F. (avv.ti Richiello, Bastianini)

Il figlio divenuto maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere probatorio a suo carico, di essersi adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro, se del caso ridimensionando le proprie aspirazioni, senza indugiare nell'attesa di una opportunità lavorativa consona alle proprie ambizioni.

Ai fini del riconoscimento dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente, ovvero del diritto all'assegnazione della casa coniugale, il giudice di merito è tenuto a valutare, con prudente apprezzamento, caso per caso e con criteri di rigore proporzionalmente crescenti in rapporto all'età dei beneficiari, le circostanze che giustificano il permanere del suddetto obbligo o l'assegnazione dell'immobile, fermo restando che tale obbligo non può essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, poiché il diritto del figlio si giustifica nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso di formazione, nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni e (purché compatibili con le condizioni economiche dei genitori) aspirazioni.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non constano precedenti.
Difforme	Cass. civ. 1° febbraio 2016, n. 1858; Cass. civ. 26 settembre 2011, n. 19589; Cass. civ. 17 novembre 2006, n. 24498; Cass. civ. 11 marzo 1998, n. 2670; Cass. civ. 26 gennaio 1990, n. 475.

La Corte (*omissis*).

Motivi della decisione

1. - *I motivi.*

I motivi di ricorso possono essere così riassunti:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e art. 115 c.p.c., avendo la sentenza impugnata erroneamente affermato che il figlio abbia conseguito redditi significativi, sebbene modesti, sulla base dei documenti prodotti in atti: ed, invece, il reddito annuo lordo di Euro 20.973,22, di cui è parola nel decreto del tribunale in primo grado, attiene alla media annua, non a quanto percepito effettivamente dal medesimo, né il giudice può porre a fondamento della decisione la sua scienza personale; il figlio è inserito nelle graduatorie di fascia III, quale insegnante non abilitato, onde compie solo supplenze occasionali e, per essere inserito in graduatoria ai fini di una cattedra di insegnante, dovrebbe frequentare un tirocinio formativo attivo di circa un anno, con il costo della relativa tassa fino ad Euro 3.600,00;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 147, 148, 315-bis, 326-bis, 337-sexies e 337-septies c.c., per avere la corte di merito richiamato la capacità del figlio maggiorenne di mantenersi autonomamente, senza però considerare che egli, che ha comunque prescelto la carriera dell'insegnamento, è un insegnante precario, che conclude meri contratti a tempo determinato, come tale di fatto incapace di mantenersi da sé: onde manca il comprovato raggiungimento di una effettiva e stabile indipendenza economica; e la S.C. ha affermato come l'impiego, cui il figlio possa dedicarsi, deve essere all'altezza della sua professionalità ed offrirgli un'opportuna collocazione nel contesto

economico-sociale di riferimento, adeguata alle sue aspirazioni, in mancanza dovendo l'obbligo di mantenimento permanere invariato in capo al genitore.

2. - *La sentenza impugnata.*

La corte territoriale, per quanto ancora rileva in questa sede, ha ritenuto che l'obbligo di mantenimento cessa in relazione alla raggiunta capacità di mantenersi, che deve essere presunta oltre i trenta anni, quando una persona normale deve presumersi autosufficiente da ogni punto di vista, anche economico, salvi comprovati *deficit*, come avviene in tutte le parti del mondo, ma meno in Italia; né la mancanza congiunturale del lavoro, in dati momenti storici, equivale ad incapacità di mantenersi, potendo essa riguardare anche persone più avanti con l'età (come lo stesso padre sessantenne, che è stato costretto a tornare dalla anziana madre, dopo la chiusura del negozio di ferramenta), senza che ciò faccia sopravvivere l'obbligo parentale di mantenimento, il quale altrimenti si trasformerebbe in una copertura assicurativa. Altro è l'obbligo alimentare, che resta perennemente in vita tra congiunti ed è reciproco.

In particolare, il figlio maggiorenne della coppia (33 anni nel 2018) ha da tempo concluso gli studi ed ha trovato occupazione precaria come insegnante supplente, conseguendo redditi modesti, ma significativi; anche la coabitazione con la madre si è rarefatta, recandosi egli in una diversa provincia per insegnare. Onde egli, eventualmente riducendo le proprie ambizioni adolescenziali, è tenuto a trovare il modo di auto-mantenersi, risultato che dipenderà dall'impegno profuso per incrementare le supplenze o integrare le proprie entrate con ogni opportunità disponibile.

3. - *Profili di inammissibilità dei motivi.*

(omissis)

4. - *Infondatezza dei motivi: il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne.*

(omissis)

4.1. - *Le norme positive.*

Il dovere di mantenimento dei figli ha assunto connotati nuovi sin dalla riforma di cui alla L. 8 febbraio 2006, n. 54, che con l'art. 155-*quinquies* c.c., ha dettato una disposizione *ad hoc* "in favore di figli maggiorenni".

La norma, abrogata dall'art. 106 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ma è stata traspunta nell'art. 337-*septies* c.c., da esso introdotto.

Da allora, dunque, sussistono modalità diverse per l'adempimento del dovere di mantenimento verso il figlio, a seconda che questi sia un minore (art. 337-*ter*) o un maggiorenne ma non indipendente economicamente (art. 337-*septies*).

Il quadro normativo era, dunque, anteriormente costituito dall'art. 155-*quinquies* c.c., introdotto dalla L. n. 54 del 2006, secondo cui "Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico". Prevede ora l'art. 337-*septies* c.c., comma 1, che il giudice "valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico" (l'articolo è stato aggiunto dall'art. 55 d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, decreto che ha, nel contempo, abrogato l'altra disposizione).

Peraltro, occorre sin d'ora osservare come la questione si ponga in generale, fuori dalla specifica situazione di una crisi coniugale; dove, sovente, il reale conflitto che emerge e gli interessi sottesi, che impropriamente giocano un ruolo, sono quelli tra i genitori, non con il figlio maggiorenne ormai adulto.

E l'estraneità del tema al rapporto fra i genitori risulta in modo incontrovertibile dal diritto positivo: l'assegno "è versato direttamente all'avente diritto", salvo diversa determinazione del giudice (art. 337-*septies* c.c., comma 2).

Uno è l'elemento indeterminato della fattispecie, dalla cui integrazione discende il diritto all'assegno per il figlio ed il corrispondente obbligo in capo al genitore: la qualità dell'essere il primo "non indipendente economicamente". Il vero elemento discrezionale è, tuttavia, un altro: esso risiede nell'uso del verbo "può", che indica mera possibilità, accanto al criterio generale ed usuale della "valutazione delle circostanze". Peraltro, è pur vero che, come in altre disposizioni, in cui il legislatore utilizza detto verbo servile, alla raggiunta prova della integrazione delle circostanze che fondano il diritto, il giudice sarà tenuto a disporre l'assegno in discorso.

Si tratta, dunque, di un tipico giudizio discrezionale, rimesso al prudente apprezzamento del giudice del merito. Qui si apprezza il ruolo che l'ordinamento, in tutte le norme di mero standard, assegna al giudice del caso concreto.

Peraltro, la necessaria valutazione fattuale non esclude che, in ordine al diritto al mantenimento in capo al figlio

maggiorenne a carico del genitore, la Corte detti, in coerenza al proprio compito di nomofilachia *ex art.* 65 ord. giud., alcuni parametri di riferimento, a fini di uniformità, uguaglianza e più corretta interpretazione ed applicazione della norma. Ciò è quanto, appunto, questa Corte negli anni ha compiuto.

4.2. - *I precedenti.*

Sono stati già affermati, infatti, dalla Suprema Corte alcuni condivisibili principi.

4.2.1. - In via generale, si è, anzitutto, precisato come la valutazione delle circostanze, che giustificano il permanere dell'obbligo dei genitori al mantenimento dei figli maggiorenni, conviventi o no con i genitori o con uno d'essi, vada effettuata dal giudice del merito caso per caso (Cass. 22 giugno 2016, n. 12952; Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, in tema di assegnazione della casa coniugale per convivenza con i figli maggiorenni; si veda pure Cass. 12 marzo 2018, n. 5883).

Si è pure condivisibilmente osservato come il relativo accertamento non possa che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle occupazioni ed al percorso scolastico, universitario e post-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il medesimo abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione, investendo impegno personale ed economie familiari (Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830).

È stato puntualizzato, inoltre, come la valutazione debba necessariamente essere condotta con "rigore proporzionalmente crescente, in rapporto all'età dei beneficiari, in modo da escludere che tale obbligo assistenziale, sul piano giuridico, possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura" (Cass. 22 giugno 2016, n. 12952; Cass. 7 luglio 2004, n. 12477) e che, oltre tali "ragionevoli limiti", l'assistenza economica protratta *ad infinitum* "potrebbe finire col risolversi in forme di vero e proprio parassitismo di ex giovani ai danni dei loro genitori sempre più anziani" (Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, in motivazione, in tema di assegnazione della casa coniugale per convivenza con i figli maggiorenni; concetto ripreso es. da Cass. 22 giugno 2016, n. 12952).

Questa Corte, pertanto, ha già operato un'interpretazione del sistema normativo, che pone una stretta e necessaria correlazione tra diritto-dovere all'istruzione ed all'educazione e diritto al mantenimento: sussiste "il diritto del figlio all'interno e nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso formativo, 'tenendo conto' (e, a norma dei novellati art. 147 c.c. e art. 315-*bis* c.c., comma 1, 'nel rispetto...') delle sue capacità, inclinazioni ed aspirazioni, com'è reso palese dal collegamento inscindibile tra gli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione". Dunque, ha concluso la Corte, "la funzione educativa del mantenimento è nozione idonea a circoscrivere la portata dell'obbligo di mantenimento, sia in termini di contenuto, sia di durata, avendo riguardo al tempo occorrente e mediamente necessario per il suo inserimento nella società" (Cass. 20 agosto 2014, n. 18076; nonché Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in motiv.).

Inoltre, è stato ormai chiarito che il progetto educativo ed il percorso di formazione prescelto dal figlio, se deve essere rispettoso delle sue capacità, inclinazioni ed aspirazioni, deve tuttavia essere “compatibile con le condizioni economiche dei genitori” (Cass. 20 agosto 2014, n. 18076; nello stesso senso molte altre, ad es. Cass. 11 aprile 2019, n. 10207, non massimata).

A ciò, si aggiunge coerentemente che il matrimonio o, comunque, la formazione di un autonomo nucleo familiare escludono l'esistenza dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne: posto che il matrimonio, come la convivenza, sono espressione di una raggiunta maturità affettiva e personale, implicando di regola che nessun obbligo di mantenimento possa sopravvivere (Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830; Cass. 17 novembre 2006, n. 24498).

Dunque, ormai è acquisita la “funzione educativa del mantenimento”, in una col “principio di autoresponsabilità”, anche tenendo conto, di contro, dei doveri gravanti sui figli adulti.

Si è anche osservato come il riconoscimento d'un diritto al mantenimento protratto oltre tali i limiti in favore dei figli conviventi e sedicenti non autonomi finirebbe per determinare una “disparità di trattamento ingiustificata ed ingiustificabile” nei confronti dei figli coetanei che, essendosi in precedenza resi autosufficienti, abbiano in seguito perduto tale condizione: solo i primi, infatti, si gioverebbero della normativa sul mantenimento, più favorevole, mentre per gli altri varrebbe solo il diritto agli alimenti (Cass. 7 luglio 2004, n. 12477).

Nessun rilievo ha la situazione economico-patrimoniale del genitore, posto che, al contrario, il diritto e l'obbligo *de quibus* si fondano sulla situazione del figlio, non sulle capacità reddituali dell'obligato: onde si è reputato inammissibile il motivo che tendeva a denunciare l'omessa considerazione delle “ottime condizioni economiche” del padre, il quale “era titolare di diversi fabbricati e terreni e aveva acquisito bene in via ereditaria” (Cass. 25 settembre 2017, n. 22314).

4.2.2. - Nell'inventario delle situazioni che sicuramente escludono il diritto al mantenimento, questa Corte ne ha individuate diverse.

Si è, così, affermato che l'obbligo dei genitori non possa protrarsi *sine die* e che, pertanto - a parte le situazioni di minorazione fisica o psichica altrimenti tutelate dall'ordinamento - esso trovi il suo limite logico e naturale: allorché i figli si siano già avviati ad un'effettiva attività lavorativa tale da consentir loro una concreta prospettiva d'indipendenza economica; quando siano stati messi in condizioni di reperire un lavoro idoneo a procurar loro di che sopperire alle normali esigenze di vita; od ancora quando abbiano ricevuto la possibilità di conseguire un titolo sufficiente ad esercitare un'attività lucrativa, pur se non abbiano inteso approfittarne; o, comunque, quando abbiano raggiunto un'età tale da far presumere il raggiungimento della capacità di provvedere a se stessi; infine, vi sono le ipotesi, che inducono alle medesime conclusioni, nelle quali il figlio si sia inserito in un diverso nucleo familiare o di vita comune, in tal modo interrompendo il

legame e la dipendenza morali e materiali con la famiglia d'origine (cfr., per tali concetti: Cass. 7 luglio 2004, n. 12477).

4.2.3. - Si nota, pertanto, già un'evoluzione del diritto vivente, con riguardo alla ritenuta autonomia del figlio, che tiene conto del mutamento dei tempi e sempre più richiama il principio dell'autoresponsabilità: se, un tempo, vi era il riferimento ad una raggiunta “capacità del figlio di provvedere a sé con appropriata collocazione in seno al corpo sociale” (Cass. 10 aprile 1985, n. 2372) ed alla “percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita” (Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830), in seguito le mutate condizioni del mercato del lavoro e la non infrequente sopravvenuta mancanza di autonomia “di ritorno” - a volte in capo allo stesso genitore, come nel caso di specie - hanno ormai indotto a ritenere che l'avanzare dell'età abbia notevole rilievo, giacché si discorre, come sopra ricordato, di una “funzione educativa del mantenimento” e del “tempo occorrente e mediamente necessario per il suo inserimento nella società” (Cass. 20 agosto 2014, n. 18076).

Infatti: “l'obbligo di mantenimento non può essere correlato esclusivamente al mancato rinvenimento di un'occupazione del tutto coerente con il percorso di studi o di conseguimento di competenze professionali o tecniche prescelto. Sotto questo profilo la crisi occupazionale giovanile conserva un'incidenza nel senso di dare al parametro dell'adeguatezza un carattere relativo sia in ordine al contenuto dell'attività lavorativa che del livello reddituale conseguente. L'attesa o il rifiuto di occupazioni non perfettamente corrispondenti alle aspettative possono costituire, se non giustificati, indici di comportamenti inerziali non incolpevoli” (Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in motiv.), in quanto “il diritto del figlio si giustifica all'interno e nei limiti del perseguimento di un progetto educativo e di un percorso formativo, tenendo conto delle sue capacità, inclinazioni ed aspirazioni, posto che la funzione educativa del mantenimento è nozione idonea a circoscrivere la portata dell'obbligo di mantenimento, sia in termini di contenuto, sia di durata, avendo riguardo al tempo occorrente e mediamente necessario per il suo inserimento nella società” (Cass. 5 marzo 2018, n. 5088: pur nell'ambito dell'affermazione secondo cui l'onere della prova per sottrarsi all'obbligo di mantenimento del maggiorenne grava sul genitore).

In sostanza, è esigibile l'utile attivazione del figlio nella ricerca comunque di un lavoro, al fine di assicurarsi il sostentamento autonomo, in attesa dell'auspicato reperimento di un impiego più aderente alle proprie soggettive aspirazioni; non potendo egli, di converso, pretendere che a qualsiasi lavoro sia adatti soltanto, in vece sua, il genitore.

Un'analogia evoluzione di concetti, si noti, ha interessato il diritto all'assegnazione della casa familiare, dove si afferma con maggior rigore, nell'attuale diritto vivente, che “il ritorno, in una data frazione temporale, deve non solo avvenire con cadenza regolare, ma anche essere frequente, sicché non può affermarsi la convivenza del figlio che, in una data unità temporale, particolarmente

estesa, risulti obiettivamente assente da casa, sia pure per esigenze lavorative o di studio, e che sebbene vi ritorni regolarmente non appena possibile. L'assenza per tutto il periodo considerato e la rarità dei rientri per quanto regolari, non possono essere controbilanciati dalla sola ipotetica regolarità del ritorno, altrimenti il collegamento con l'abitazione diverrebbe troppo labile, sconfinando nel mero rapporto di ospitalità" (Cass. 17 giugno 2019, n. 16134, in motivazione, la quale ha confermato il decreto di revoca dell'assegnazione della casa coniugale, basato sull'accertato rientro della figlia, iscritta all'università in altra città, nell'abitazione del genitore divorziato solo per pochi giorni durante le vacanze natalizie, pasquali ed estive), così superando il precedente più lato orientamento.

Ciò conferma come, quando siano di rilievo i concetti del dovere e dell'autoresponsabilità - e non solo quelli del "diritto ad ogni possibile diritto" - dall'assistenzialismo anche il nostro ordinamento giuridico proceda di pari passo con l'evoluzione della società civile, pur corroborando tali principi con l'applicazione razionale e perdurante del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*

4.2.4. - Invero, il principio dell'"autoresponsabilità" ha fatto ampio ingresso nel nostro ordinamento, anche in presenza di un diritto che chieda di essere affermato, ed, anzi, proprio per rendere ragionevole e "sostenibile" qualsiasi diritto. La pienezza della scelta esistenziale personale deve pur fare i conti nel bilanciamento con le libertà e diritti altrui di pari dignità.

Nei precedenti di questa Corte, il principio di "autoresponsabilità" è spesso richiamato, nei settori più diversi: a delimitare il diritto soggettivo secondo ragionevolezza, alla stregua delle clausole generali della diligenza e della buona fede. Si tratta di un principio sovente richiamato nella giurisprudenza di questa Corte, man mano che l'evoluzione dei tempi induce ad accentuare i legami tra la pretesa dei diritti e l'adempimento dei doveri, indissolubilmente legati già nell'*art. 2 Cost.*

Detto principio si rinviene, infatti, in una pluralità di decisioni: sia quanto ai rapporti personali, con riguardo ad esempio all'assegno di divorzio (Cass. 9 agosto 2019, n. 21228; Cass. 29 agosto 2017, n. 20525; Cass. 30 agosto 2019, n. 21926) o del separato con nuova convivenza, che tale scelta consapevole abbia compiuto (Cass. 19 dicembre 2018, n. 32871; Cass. 27 giugno 2018, n. 16982).

Del pari, nei rapporti patrimoniali, dove si richiama l'autoresponsabilità dell'operatore qualificato, allorché sottoscriva la relativa dichiarazione nel contratto d'investimento finanziario (Cass. 24 aprile 2018, n. 10115, non mass.; Cass. 20 marzo 2018, n. 6962, non mass.); dell'acquirente nel contratto di compravendita, dove viene esclusa la garanzia nel caso di facile riconoscibilità dei vizi della cosa venduta, ai sensi dell'*art. 1491 c. c.* (Cass. 6 febbraio 2020, n. 2756); quanto agli effetti della trascrizione, agganciati all'autoresponsabilità del trascrivente, con riguardo all'inesatta indicazione, nella nota, delle generalità della persona contro cui si intenda trascrivere (Cass. 19 marzo 2019, n. 7680).

Il concetto è poi criterio cui ampiamente si fa ricorso, alla stregua della regola generale *ex art. 1227 c.c.*, nelle

decisioni sui danni, fra gli altri, da fumo attivo (Cass. 10 maggio 2018, n. 11272; Cass. 30 luglio 2013, n. 18267; Cass. 4 luglio 2007, n. 15131; nonché Cass. pen. 21 giugno 2013, n. 37762; Cass. pen. 27 gennaio 2012, n. 9479; Cass. pen. 21 dicembre 2011, n. 11197), al lavoratore per l'omissione di cautele doverose (Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2018, n. 5007; Cass. pen., sez. IV, 10 febbraio 2016, n. 8883 e Cass. pen., sez. IV, 14 gennaio 2016, n. 3616), all'utente nel trasporto ferroviario (Cass. 27 aprile 2011, n. 9409); per il concorso del danneggiato pur minorenni (Cass. 1° febbraio 2018, n. 248) e per i danni cagionati dai cd. grandi minori, ai sensi dell'*art. 2048 c.c.* (Cass. 31 gennaio 2018, n. 2334); per la responsabilità da cose in custodia *ex art. 2051 c.c.* si richiede, da parte del danneggiato, l'adozione delle cautele normalmente attese (fra le tante, Cass. 1° febbraio 2018, n. 2480).

E non mancano numerose decisioni che adottano il criterio della autoresponsabilità processuale: quanto all'interpretazione dell'*art. 37 c.p.c.* (Cass., sez. un., 20 aprile 2018, n. 9912; Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260; Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097; Cass., sez. un., 28 gennaio 2011 n. 2067; Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883), ed, ancora, in tema di scelta del foro competente, di notificazione, di mancata integrazione del contraddittorio, di appello incidentale *ex art. 346 c.p.c.*, nella lettura dell'*art. 547 c.p.c.*, sulla dichiarazione di terzo, per l'irripetibilità delle spese eccessive o superflue di cui all'*art. 92 c.p.c.*, comma 1, o nel giudizio di opposizione agli atti esecutivi (rispettivamente, *cf.* Cass. 16 luglio 2019, n. 19048; Cass. 26 settembre 2019, n. 24071; Cass., sez. un., 21 marzo 2019, n. 7940 e Cass. 31 luglio 2019, n. 20726; Cass. 26 febbraio 2019, n. 5489; Cass. 5 ottobre 2018, n. 24571; Cass. 12 giugno 2018, n. 15193); ed in tema di notifica nel domicilio eletto dell'invito al pagamento del contributo unificato, la stessa Corte costituzionale ha fatto ricorso al principio (Corte Cost. 29 marzo 2019, n. 67).

4.3. - *I figli minorenni.*

Nella materia in esame, occorre ora ulteriormente osservare come, alla stregua della lettera e della *ratio* dell'*art. 337-septies c.c.*, comma 1, la legge si fonda sull'assunto secondo cui l'obbligo in questione permane a carico dei genitori sino al momento in cui il figlio raggiunga la maggiore età, alla stregua del dovere di mantenere e del diritto di essere mantenuto, rispettivamente previsti dall'*art. 147 c.c.* (per gli adottivi, dall'*art. 48, comma 2 L. 4 maggio 1983, n. 184, e 315-bis c.c.*, comma 1).

Tale obbligo economico viene configurato, in modo paritario, unitamente ad altri essenziali diritti-doveri verso la prole: ossia quelli di "istruire, educare e assistere moralmente i figli".

Così come il dovere di educare a tutte le esigenze della vita e di procurare un'istruzione ai figli - e, specularmente, di esigere la continuazione negli studi oltre quelli dell'obbligo - può ragionevolmente datarsi dalla nascita alla maggiore età del figlio, del pari il dovere di mantenere i figli permane sicuramente fino a quella età, ai sensi degli *artt. 147 e 315-bis c.c.*

4.4. - *I figli maggiorenni.*

Da tale momento, subentra la diversa disposizione “in favore dei figli maggiorenni”, di cui all’art. 337-*septies* c. c., comma 1, ogniquale volta essi siano “non indipendenti economicamente”: nella quale l’obbligo non è posto direttamente ed automaticamente dal legislatore, ma è rimesso alla dichiarazione giudiziale alla stregua di tutte le “circostanze” del caso concreto.

Esso sarà quindi disposto - pena la superfluità della norma di riserva alla decisione del giudice - non solamente e non semplicemente perché manchi l’indipendenza economica del figlio maggiorenne.

Affinché la disposizione menzionata abbia un qualche effetto, occorre, invero, eliminare ogni automatismo, rimettendo essa al giudice la decisione circa l’attribuzione del diritto al mantenimento, prima di quel momento inesistente.

Nel concetto di “indipendenza economica” questa Corte ha condivisibilmente ricondotto quanto occorre per soddisfare le primarie esigenze di vita, secondo nozione ricavabile dall’art. 36 Cost., dunque in presenza della idoneità della retribuzione a consentire un’esistenza dignitosa (Cass. 11 gennaio 2007, n. 407). La legge, quindi, fonda l’estinzione dell’obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni, in concomitanza all’acquisto della capacità di agire e della libertà di autodeterminazione, che si conseguono al raggiungimento della maggiore età.

Tale la conclusione appare coerente, sul piano assiologico, con gli artt. 1, 4 e 30 Cost.: i primi due che proclamano - addirittura in cima ai principi fondamentali della Repubblica - essere questa “fondata sul lavoro”; il terzo che afferma il “dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli”, secondo una correlazione ineliminabile fra funzione educativo-formativa ed obbligo di mantenimento.

Osservandosi dunque dalla dottrina, che si è occupata *ex professo* dell’argomento, come, perché si dia un senso all’obbligo economico a favore dei figli maggiorenni a carico dei genitori, ormai non più titolari di poteri disciplinari e rappresentativi, tale obbligo necessariamente si correla alla concreta condotta di impegno nella personale formazione, o, dove terminata, nella ricerca di un impiego. Si tratta, in sostanza, dell’applicazione del principio dell’abuso del diritto, o, meglio, ricorrendo alle clausole generali da tempo caratterizzanti il nostro ordinamento, della buona fede oggettiva: il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne non può sorgere già “abusivo” o “di mala fede”: onde, perché esso sia correttamente inteso, occorre che la concreta situazione economica non sia il frutto di scelte irragionevoli e sostanzialmente volte ad instaurare un regime di controproducente assistenzialismo, nel disinteresse per la ricerca della dovuta indipendenza economica.

Al riguardo, questa Corte ha da tempo operato condivisibili riferimenti ai principi predetti della “ragionevolezza”, della “normalità” e del divieto di abuso del diritto (Cass. 20 agosto 2014, n. 18076; nonché Cass. 1° febbraio 2016, n. 1858).

Secondo il principio della autoresponsabilità dei soggetti, più sopra richiamato.

Non è dunque necessaria una prescrizione legislativa, che, come da taluno in dottrina aveva auspicato, fissi in modo specifico l’età in cui l’obbligo di mantenimento del figlio viene meno: in quanto, sulla base del sistema positivo, tale limite è già rinvenibile e risiede nel raggiungimento della maggiore età, salva la prova (sovente raggiunta agevolmente ed in via indiziaria) che il diritto permanga per l’esistenza di un percorso di studio, o, più in generale, formativo in fieri, in costanza di un tempo ancora necessario per la ricerca comunque di un lavoro o sistemazione che assicuri l’indipendenza economica.

Il concetto è quello della cd. capacità lavorativa, intesa come adeguatezza a svolgere un lavoro, in particolare un lavoro remunerato. Essa si acquista con la maggiore età, quando la legge presuppone raggiunta l’autonomia ed attribuisce piena capacità lavorativa, da spendere sul mercato del lavoro, tanto che si gode della capacità di agire (e di voto): salva la prova di circostanze che giustificano, al contrario, il permanere di un obbligo di mantenimento.

In mancanza, il figlio maggiorenne non ne ha diritto; ed, anzi, può essere ritenuto egli stesso inadempiente all’obbligo, posto a suo carico dall’art. 315-*bis* c.c., comma 4, di “contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa”.

4.5. - *Fondamenti sostanziali del diritto al mantenimento del maggiorenne.*

I criteri del diritto all’ulteriore mantenimento sono quelli sopra esposti, come di seguito specificati in ordine alle diverse circostanze, peraltro limitatamente a quelle afferenti l’odierno *thema decidendum*.

4.5.1. - La raggiunta età matura del figlio, in ragione dello stretto collegamento tra doveri educativi e di istruzione, da un lato, ed obbligo di mantenimento, dall’altro lato, assume rilievo in sé (i primi non potendo che cessare ad un certo punto dell’evoluzione umana): l’età maggiore, pertanto, tanto più quando è matura - perché sia raggiunta, secondo l’*id quod plerumque accidit*, quell’età in cui si cessa di essere ragazzi e di accettare istruzioni ed indicazioni parentali per le proprie scelte di vita, anche minuta e quotidiana, e si diventa uomini e donne - implica l’insussistenza del diritto al mantenimento.

4.5.2. - Con particolare riguardo all’attività di studio, occorre osservare come sia del tutto corretto che tale opportunità venga dai genitori offerta alla prole, atteso che l’ordinamento giuridico tutela le esigenze formative e culturali (artt. 9, 30, 33 e 34 Cost.), comportando tale arricchimento personale anche un indiretto beneficio alla società.

Ciò vuol dire che, trascorso un lasso di tempo sufficiente dopo il conseguimento di un titolo di studio, non potrà più affermarsi il diritto del figlio ad essere mantenuto: il diritto non sussiste, cioè, certamente dopo che, raggiunta la maggiore età, sia altresì trascorso un ulteriore lasso di tempo, dopo il conseguimento dello specifico titolo di

studio in considerazione (diploma superiore, laurea triennale, laurea quinquennale, ecc.), che possa ritenersi idoneo a procurare un qualche lavoro, dovendo essere riconosciuto al figlio il diritto di godere di un lasso di tempo per inserirsi nel mondo del lavoro.

Tale regola vale in tutti i casi in cui il soggetto ritenga di avere concluso il proprio percorso formativo e non abbia, pertanto, l'intenzione di proseguire negli studi per un migliore approfondimento, in quanto il figlio reputi terminato il periodo di formazione ed acquisizione di competenze.

La capacità di mantenersi e l'attitudine al lavoro sussistono sempre, in sostanza, dopo una certa età, che è quella tipica della conclusione media un percorso di studio anche lungo, purché proficuamente perseguito, e con la tolleranza di un ragionevole lasso di tempo ancora per la ricerca di un lavoro.

Invero, occorre affermare come il diritto al mantenimento debba trovare un limite sulla base di un termine, desunto dalla durata ufficiale degli studi e dal tempo mediamente occorrente ad un giovane laureato, in una data realtà economica, affinché possa trovare un impiego; salvo che il figlio non provi non solo che non sia stato possibile procurarsi il lavoro ambito per causa a lui non imputabile, ma che neppure un altro lavoro fosse conseguibile, tale da assicurarli l'auto-mantenimento.

A ciò si aggiunga che, del pari, dovrà tenersi conto dell'adeguatezza e ragionevolezza delle opzioni formative, operate dal figlio, rispetto alle condizioni della famiglia, cui non è ammesso imporre un contributo per essa eccessivamente gravoso e non rientrante nelle sue concrete possibilità economiche, tenuto conto - secondo buona fede - della non imposizione di un eccessivo sacrificio alle altrui esigenze di vita.

Occorre, altresì, considerare l'esistenza di provvidenze e sovvenzioni, che lo Stato e molte istituzioni formative predispongono in favore degli studenti meritevoli: i quali - laddove maggiorenni, che pretendano il mantenimento dai propri genitori - potranno, in tal modo, agevolmente dimostrare come la vincita, ad esempio, di una borsa di studio palesi la proficuità della prosecuzione negli studi e la debenza, quindi, dell'intero mantenimento in proprio favore.

Più in generale, pertanto, una maggiore tutela meriterà il figlio che prosegua negli studi con impegno, diligenza e passione, rispetto a chi si trascini stancamente in un percorso di "studi" nient'affatto proficuo.

4.5.3. - Quanto al tipo di impiego desiderato, non sussiste, nella dovuta ricerca dell'aspirato lavoro, un rigido vincolo alla preparazione teorica in atto, dal momento che integra, invece, un dovere del figlio la ricerca comunque dell'autosufficienza economica, secondo un principio di auto-responsabilità nel contemperare le aspirazioni di lavoro con il concreto mercato del lavoro.

Anzi, deve ritenersi che tale dovere sussista, vuoi *ex ante*, sin dagli esordi del corso di studi, che il figlio ha l'onere di ponderare in comparazione con le proprie effettive capacità personali, di studio e di impegno, oltre che con le concrete offerte ed opportunità di prestazioni lavorative; vuoi *ex post*, quando esso si attegga quale dovere di

ricercare qualsiasi lavoro e di attivarsi in qualunque direzione sia necessario.

4.5.4. - Riassuntivamente, tra le evenienze che comportano il sorgere del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenni non autosufficiente, si pongono, fra le altre: a) la condizione di una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, pur non sfociate nei presupposti di una misura tipica di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione di studi ultraliceali con diligenza, da cui si desuma l'esistenza di un *iter* volto alla realizzazione delle proprie aspirazioni ed attitudini, che sia ancora legittimamente in corso di svolgimento, in quanto vi si dimostrino effettivo impegno ed adeguati risultati, mediante la tempestività e l'adeguatezza dei voti conseguiti negli esami del corso intrapreso; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi, svolti dal figlio nell'ambito del ciclo di studi che il soggetto abbia reputato a sé idoneo, lasso in cui questi si sia razionalmente ed attivamente adoperato nella ricerca di un lavoro; d) la mancanza di un qualsiasi lavoro, pur dopo l'effettuazione di tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale.

Nella concreta valutazione di tali elementi, può essere ragionevolmente operato dal giudice proficuo riferimento ai dati statistici, da cui risulti il tempo medio, in un dato momento storico, al reperimento di una occupazione, a seconda del grado di preparazione conseguito.

4.6. - *Conseguenze sull'onere della prova.*

Da quanto esposto deriva che l'onere della prova delle condizioni che fondano il diritto al mantenimento è a carico del richiedente.

L'obbligo di mantenimento legale cessa con la maggiore età del figlio; in seguito ad essa, l'obbligo sussiste laddove stabilito dal giudice, sulla base delle norme richiamate.

Ai fini dell'accoglimento della domanda, pertanto, è onere del richiedente provare non solo la mancanza di indipendenza economica - che è la preconditione del diritto preteso - ma di avere curato, con ogni possibile impegno, la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro.

Non è dunque il convenuto - soggetto passivo del rapporto - onerato della prova della raggiunta effettiva e stabile indipendenza economica del figlio, o della circostanza che questi abbia conseguito un lavoro adeguato alle aspirazioni soggettive.

Infatti, raggiunta la maggiore età, si presume l'idoneità al reddito, che, per essere vinta, necessita della prova delle fattispecie che integrano il diritto al mantenimento ulteriore.

Ciò è coerente con il consolidato principio generale di prossimità o vicinanza della prova, secondo cui la ripartizione dell'onere probatorio deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio riconducibile all'art. 24 Cost, ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio della

riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente, ove i fatti possano essere noti solo ad una delle parti, ad essa compete l'onere della prova, pur negativa (Cass. 25 luglio 2008, n. 20484; nonché ancora Cass. 16 agosto 2016, n. 17108; Cass. 14 gennaio 2016, n. 486; Cass. 17 aprile 2012, n. 6008; Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. 25 luglio 2008, n. 20484; Cass. 1° luglio 2009, n. 15406).

4.7. - *La prova presuntiva.*

Peraltro, le concrete situazioni di vita saranno sovente ragione d'integrazione della prova presuntiva circa l'esistenza del diritto, in quanto, ad esempio, incolpevole del tutto o inesigibile sia la conquista attuale di una posizione lavorativa, che renda il figlio maggiorenne economicamente autosufficiente.

Se, pertanto, sussista una condotta caratterizzata da intenzionalità (ad es. uno stile di vita volutamente inconcludente e sregolato) o da colpa (come l'inconcludente ricerca di un lavoro protratta all'infinito e senza presa di coscienza sulle proprie reali competenze), certamente il figlio non avrà dimostrato di avere diritto al mantenimento.

Ne deriva che, in generale, la prova sarà tanto più lieve per il figlio, quanto più prossima sia la sua età a quella di un recente maggiorenne; di converso, la prova del diritto all'assegno di mantenimento sarà più gravosa, man mano che l'età del figlio aumenti, sino a configurare il "figlio adulto", in ragione del principio dell'autoresponsabilità, con riguardo alle scelte di vita fino a quel momento operate ed all'impegno profuso, nella ricerca, prima, di una

sufficiente qualificazione professionale e, poi, di una collocazione lavorativa.

In particolare, tale onere della prova risulterà particolarmente lieve in prossimità della maggiore età, appena compiuta, ed anche per gli immediati anni a seguire, quando il soggetto abbia intrapreso, ad esempio, un serio e non pretestuoso studio universitario: già questo integrando la prova presuntiva del compimento del giusto sforzo per meglio avanzare verso l'ingresso nel mondo del lavoro (e non solo).

4.8. - *Volontaria assunzione dell'obbligo di mantenimento.*

Giova appena aggiungere che la volontaria assunzione dell'obbligo di mantenimento da parte del genitore, sia egli convivente o no, è ben ammissibile anche al di fuori delle condizioni esposte.

Ciò, tuttavia, sulla base del diverso principio della libera autodeterminazione delle opzioni proprie della famiglia.

4.9. - *L'obbligo degli alimenti.*

Altro è il perdurare dell'obbligo degli alimenti.

La disciplina prevede che presupposto per il conseguimento dell'assegno sia la mancanza dei mezzi necessari di sussistenza, né essi sono rinunciabili.

L'entità dell'assegno viene qui commisurata ai bisogni primari ed essenziali, per tutto il tempo in cui ciò sia necessario, posto che il relativo diritto viene meno solo se cessino i requisiti richiesti per la sua erogazione; onde il genitore non interromperà comunque l'adempimento della prestazione di qua, che permane dopo la maggiore età.

(*omissis*).

Un'ordinanza inedita della Cassazione in tema di diritto al mantenimento del figlio maggiorenne: tra novità dirompenti e arresti sicuri

di Nicola Scarano (*)

La Cassazione affronta nuovamente il tema del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, assumendo una posizione del tutto innovativa rispetto al costante indirizzo giurisprudenziale, in base al quale il diritto del figlio di essere mantenuto dai genitori permane senza soluzione di continuità anche in seguito al raggiungimento della maggiore età, talché il genitore che volesse sottrarsi a tale obbligo dovrebbe agire in giudizio e provare i fatti estintivi dello stesso. Esattamente all'opposto, con la pronuncia in commento, la Suprema Corte aderisce alla tesi - largamente accolta negli ordinamenti giuridici di *Common Law* - secondo cui, raggiunta la maggiore età, il diritto al mantenimento si estingue automaticamente: il figlio maggiorenne, che ritenesse di dover essere ancora mantenuto dal genitore renitente in tal senso, avrebbe l'onere di proporre una domanda giudiziale e provare il fondamento della sua pretesa, non potendosi limitare ad allegare la condotta omissiva del genitore. La Suprema Corte conferma, invece, i presupposti su cui si fonda il diritto in parola, nonché le differenze che intercorrono con il diritto agli alimenti.

The Supreme Court once again addresses the issue of adult child's right to support, taking an innovative position compared to the traditional case-law, on the basis of which the child's right to be supported from his parents should be seamlessly granted even after coming of age, so that parents who wanted to discharge themselves from such a duty should prove the facts which produce such discharge. Totally in

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

contrast, in the decision under examination, the Supreme Court agrees with the opinion, which is broadly upheld in the Common Law legal systems, according to which the right to support shall cease to exist by operation of law once child becomes of age: as a consequence, child of age who takes a legal action against a parent in order to be supported shall not merely allege the parent's refusal of support, but he shall prove the facts on which his right is based. Instead, the Supreme Court confirms the conditions governing the adult child's right to support and the differences from the right to maintenance.

Premessa

Già nel 1987 la Corte di cassazione definiva come “indirizzo concorde” quello secondo cui “l’obbligo di mantenere il figlio, posto a carico del genitore dall’art. 147 c.c., non cessa con la maggiore età” (1): una posizione chiara e netta, quella dei giudici di legittimità, che si era resa necessaria dacché l’art. 147 c.c., nel sancire l’obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, non ne ha precisato la durata.

Quando, poi, nel 2006, il legislatore ha introdotto nel Codice civile l’art. 155-*quinquies* (2) - a

tenore del quale “il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico” -, il dibattito che ne era scaturito aveva perlopiù riguardato, data la collocazione della disposizione in seno alla disciplina sullo scioglimento del matrimonio e sulla separazione dei coniugi, la possibilità di estendere, anche al di là dei casi inerenti alla crisi coniugale, il diritto del figlio maggiorenne di essere mantenuto con “assegno periodico”, anziché direttamente con vitto e alloggio (3); la legittimazione ad agire in giudizio per il suddetto

(1) Cass. civ. 10 aprile 1987, n. 3570, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 4. In tal senso, già prima, Cass. civ. 17 ottobre 1977, n. 4424, in *Giust. civ.*, 1978, I, 67; Cass. civ. 11 agosto 1977, n. 3709, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1865; Cass. civ. 25 maggio 1981, n. 3416, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1335; Cass. civ. 7 novembre 1981, n. 5874, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2837; Cass. civ. 19 marzo 1984, n. 1862, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1765.

Della medesima opinione era altresì la dottrina assolutamente maggioritaria: si veda, *ex plurimis*, Breccia, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Torino, 1998, 425 ss., in particolare laddove evidenziava che “è massima non contestata che i doveri verso i figli non cessano in via automatica con il raggiungimento della maggiore età ma si prolungano fin quando i figli abbiano conseguito l’indipendenza economica ovvero sia stata accertata senza possibilità di alcun dubbio la loro responsabilità nel non averla raggiunta”; Cenci, *Dovere di mantenimento dei figli, obbligo degli alimenti e delitto di omessa prestazione dei mezzi di sussistenza*, in *Dir. fam.*, 1997, 1077, il quale rimarcava che “deve ritenersi ormai *jus receptum* che il figlio maggiorenne ha diritto al mantenimento sino a quando non raggiunga una conveniente ed adeguata indipendenza economica, o, quanto meno, sino al momento in cui, secondo una valutazione fatta usando i criteri della normalità e della ragionevolezza, avrebbe potuto e dovuto conseguirla”; Lepre, *Profili problematici dell’usufrutto giudiziale ex art. 194, comma 2 c.c.*, in *Dir. fam.*, 1995, 482, il quale affermava che “il diritto al mantenimento non si estingue automaticamente al raggiungimento della maggiore età della prole, qualora sia ancora attuale una situazione di necessità”; Finocchiaro, *Del matrimonio*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 315, laddove precisava che “l’obbligo del mantenimento non riguarda solo i figli minori di età, ma, secondo l’ambiente sociale in cui vive la famiglia, anche i figli già maggiorenni”; Cossu, *Potestà dei genitori*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Torino, 1996, 7; nonché, già nel ventennio precedente, De Cupis, *Brevi osservazioni sulla durata dell’obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne*, in *Scritti in memoria di Giuffrè*, Milano, 1967, 219; Bessone, *Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e direttiva dell’art. 30, 1° comma, Cost.*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 621; Dogliotti, *Diritto del figlio maggiorenne al mantenimento e obblighi del genitore in applicazione dei principi costituzionali*, in *Giur. mer.*, 1976, 200; Natucci,

L’obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne, in *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro - A. Belvedere, Milano, 1980, 381.

(2) La riforma è stata realizzata con la L. 8 febbraio 2006, n. 54 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*), sulla quale si veda Schlesinger, *L’affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in questa *Rivista*, 2006, 301.

(3) Si veda Patti, *L’affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 4, 303, laddove - in merito all’art. 155-*quinquies* c.c. - affermava che “la norma ha pertanto carattere innovativo rispetto alla giurisprudenza che in alcune occasioni aveva respinto la pretesa del figlio maggiorenne ad essere mantenuto mediante pagamento di una somma di denaro [...] e aveva accolto la tesi dei genitori che mettevano a disposizione del figlio vitto e alloggio nella casa familiare. Occorre chiedersi se l’innovativo principio debba essere esteso a favore dei figli maggiorenni di genitori non separati e se, in caso contrario, non si configuri una violazione del principio di eguaglianza”. Sul punto, la più autorevole dottrina si era dimostrata incline ad un’applicazione analogica della norma: in tal senso Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2016, 257-258, laddove rileva che “il principio, da tempo affermato dalla giurisprudenza, è ora enunciato dall’art. 337 *septies* c.c., che prevede esplicitamente la sussistenza dell’obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente. Ancorché la norma si riferisca alle sole ipotesi di crisi della famiglia (separazione, divorzio, annullamento e nullità del matrimonio, procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio), è evidente che il principio vale in sé e per sé ed integra quanto previsto dall’art. 30 Cost. e dall’art. 315 *bis* c.c., norma quest’ultima che, coerentemente, non pone limite al predetto diritto in base all’età del figlio. [...] La citata disposizione dell’art. 337 *septies* c.c. prevede che il mantenimento, in linea di massima, si attui mediante il pagamento di un assegno periodico versato direttamente al figlio maggiorenne. Tale modalità varrà tendenzialmente anche con riferimento al figlio di genitori non separati, ma in detta ipotesi il giudice potrebbe disporre il mantenimento diretto da parte dei genitori, qualora il figlio continui a convivere con loro”. La tesi, ad ogni modo, non è pacifica: si veda *contra* Frezza, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008, 95, a parere del quale “la

assegno (4); o ancora, quanto ai casi di crisi coniugale definita prima della maggiore età del figlio, la cessazione automatica o meno delle disposizioni con cui il giudice aveva stabilito che il genitore non affidatario dovesse provvedere al mantenimento del figlio (al tempo, minore) corrispondendo il dovuto a favore del genitore affidatario (5).

Al contrario, non erano stati revocati in dubbio i precedenti insegnamenti della giurisprudenza sulla permanenza del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne.

All'indomani della Novella, infatti, né la giurisprudenza né la dottrina si erano dimostrate inclini a ritenere che, con l'art 155-*quinquies* c.c., il legislatore avesse voluto sancire la cessazione automatica dell'obbligo al mantenimento del figlio al raggiungimento della

maggiore età (6); né codesto sicuro approdo giurisprudenziale è risultato minimamente interessato dalla successiva trasposizione della norma citata nell'art. 337-*septies* c.c., con la contestuale abrogazione della disposizione che l'aveva precedentemente contemplata (7).

La nuova ricostruzione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne

La granitica massima posta in discussione dall'ordinanza della Cassazione n. 17183/2020, che quindi si passa ad esaminare, è quella secondo cui - lo si è accennato - "l'obbligo di mantenere il figlio *non cessa automaticamente* con il raggiungimento della maggiore età, *ma si protrae*, qualora questi, senza sua colpa, divenuto maggiorenne, sia tuttavia ancora dipendente dai genitori" (8) (corsivo aggiunto):

legge non prevede il sorgere di tale diritto automaticamente al compimento della maggiore età da parte dei figli quando la famiglia non è in crisi".

(4) Si veda Finocchiaro, *Assegno versato direttamente ai maggiorenti*, in *Guida dir.*, 2006, 11, 41, laddove osserva che "in sintesi, quindi, nel futuro come per il passato, il dovere dei genitori di provvedere alle esigenze dei figli non cesserà al raggiungimento della maggiore età, ma solo al momento in cui questi raggiungeranno la propria indipendenza economica. Mentre, peraltro, nel passato - con il regime dell'affidamento esclusivo dei figli a uno dei genitori - l'affidatario aveva titolo a pretendere dall'altro, *iure proprio*, un assegno anche successivamente al raggiungimento della maggiore età, attualmente, detto assegno deve essere richiesto *iure proprio* dal figlio". In senso contrario Cipriani, *Il mantenimento dei figli nell'affidamento condiviso: problemi interpretativi e prassi applicative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 6, 177, laddove reputa, piuttosto, condivisibile la tesi giusta la quale "la norma *de qua*, lungi dall'escludere il diritto *iure proprio* del genitore convivente alla percezione di un assegno a titolo di contribuzione al mantenimento del figlio, si occupa, esclusivamente delle sue modalità attuative".

(5) Si veda Manera, *L'affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio: disciplina processuale; affidamento dei figli di genitori non coniugati; diritto di visita dei nonni*, Santarcangelo di Romagna, 2007, 181-182, il quale - pur affermando che il legislatore del 2006 avesse "recepito il principio secondo cui l'obbligazione di assistenza gravante sui genitori si estende anche oltre il raggiungimento della maggiore età dei figli" (177) - aveva nondimeno sostenuto che "l'obbligo del genitore *nei confronti dell'affidatario* cessa automaticamente, *ope legis* al momento del raggiungimento della maggiore età del figlio, il quale, da tale momento, è l'unico legittimato a far valere, anche in giudizio, le sue pretese" (corsivo aggiunto).

Si veda, tuttavia, Lombardini, *Assegno di mantenimento al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente: profili processuali*, in *Fam. e dir.*, 2010, 11, 1033, laddove osserva che "secondo l'orientamento maggiormente condiviso, la carica innovativa della nuova disciplina sarebbe a ben vedere alquanto limitata: il legislatore avrebbe in buona sostanza codificato un costante principio elaborato dalla giurisprudenza per cui le prescrizioni dettate dal giudice in favore dei figli minorenni non perdono efficacia al momento in cui questi raggiungono la maggiore età"; in tal senso anche Di Stefano, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne tra esigenze di tutela e pericolo di "parassitismo" sine die*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 1, 69.

(6) Si veda Arceri, *Il mantenimento dei figli maggiorenti*, in *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di M. Sesta-

A. Arceri, Torino, 2011, 457, laddove rileva che sono "sostanzialmente immutati, dopo l'entrata in vigore della Novella, i requisiti ed i presupposti per la permanenza, o, all'opposto, per la cessazione del dovere dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli maggiori di età, che secondo consolidato orientamento giurisprudenziale perdura fin tanto che possa opinarsi non colpevole la protrazione della situazione di dipendenza economica del figlio dai genitori"; nonché Longo, *Diritti e doveri dei figli maggiorenti*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di P. Cendon, Padova, 2011, 609 ss., laddove, in merito all'art. 155-*quinquies* c.c., sostiene che "in realtà tale norma, la prima parte di essa in particolare, non fa che riconoscere formalmente [...] quanto elaborato dalla giurisprudenza in tema di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente sul piano economico"; e ancora Savi, *Intervento del figlio maggiorenne nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*, in *Giur. it.*, 2011, 1, 84-85, laddove rimarca che "il canone secondo cui l'obbligo dei genitori di contribuire al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione dei figli, perdura anche oltre la maggiore età, sino a che non venga conseguita una condizione di indipendenza economica, pur con importanti correttivi e richiedendosi l'assenza di colpa, è un dato acquisito nella nostra giurisprudenza, che il legislatore della novella cosiddetta sull'affidamento condiviso ha confermato apertamente"; Esposito, *Le vicende incidenti sull'assegno di mantenimento a favore del figlio maggiorenne*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7/8, 826.

(7) La modifica è stata compiuta con il D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*). Per un commento si veda Basini, *L'affidamento dei figli minori di età e le provvidenze per i figli maggiorenti non autosufficienti*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Torino, 2015, III, 3156, laddove osserva che "con il d.lgs. 154/2013, poi, l'art. 155-*quinquies* cod. civ. è stato abrogato, ma le disposizioni contenute nel 1° comma di tale articolo sono state riportate, del tutto immutate, nel 1° comma dell'art. 337-*septies* cod. civ., tanto che le riflessioni svolte nella vigenza dell'abrogato art. 155-*quinquies*, comma 1, c.c. sono ancora attuali, e possono riferirsi all'art. 337-*septies* c.c.". Si veda, altresì, Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in questa *Rivista*, 2014, 4, 540 e *ivi*, 5, 675.

(8) Così, *ex plurimis*, Cass. civ. 18 febbraio 1999, n. 1353, in *Fam. e dir.*, 1999, 5, 455, con nota di Morello Di Giovanni. In tal senso anche Cass. civ. 14 dicembre 2018, n. 32529, in *CED*, 2018; Cass. civ. 8 febbraio 2012, n. 1773, in *CED*, 2012; Cass. civ. 26 gennaio 2011, n. 1830, in *Fam. e dir.*, 2011, 11, 999, con nota di Magli; Cass. civ. 11 gennaio 2007, n. 407, in *Nuova giur. civ.*

una posizione, quest'ultima, che - pacificamente assunta per oltre quarant'anni - ha tradizionalmente avuto un preciso corollario.

Segnatamente, dacché il raggiungimento della maggiore età non estingue l'obbligo di mantenimento del figlio, il genitore rimane vincolato ad esso *ex lege* anche nei confronti del figlio maggiorenne: laddove volesse esserne liberato, "è onerato della prova (anche presuntiva) del raggiungimento, da parte dello stesso, dell'indipendenza economica, ovvero dell'imputabilità al figlio del mancato conseguimento di quest'ultima" (9). Si tratta, evidentemente, di una lineare applicazione dell'art. 2697 c.c.: contestando l'esistenza di un diritto, il genitore ha l'onere di fornire la prova dei fatti estintivi dello stesso.

Alla luce di un arresto giurisprudenziale tanto consolidato, non può che suscitare la massima attenzione l'inedita posizione assunta con l'ordinanza in commento, nella quale si legge che "l'obbligo in questione

permane a carico dei genitori sino al momento in cui il figlio raggiunga la maggiore età" o, più precisamente, che "l'obbligo di mantenimento *legale* cessa con la maggiore età del figlio; in seguito ad essa, l'obbligo sussiste laddove stabilito dal giudice" (cor-sivo aggiunto).

Nella nuova prospettiva della Suprema Corte, dunque, il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne si presenta ontologicamente distinto rispetto a quello di cui è titolare il figlio minore.

Il minore, infatti, risulta investito del diritto al mantenimento direttamente dalla legge: un diritto che - in base alla pronuncia in esame - "può ragionevolmente datarsi dalla nascita alla maggiore età".

Nei confronti del figlio maggiorenne, di converso, l'obbligo di mantenimento a carico dei genitori "non è posto direttamente ed automaticamente dal legislatore, ma è rimesso alla dichiarazione giudiziale": si tratterebbe - in altri termini - di un diritto che si

comm., 2007, 10, 1116, con nota di Annunziata; Cass. civ. 18 gennaio 2005, n. 951, in *Fam. e dir.*, 2005, 2, 137, con nota di Liuzzi; Cass. civ. 3 aprile 2002, n. 4765, in *Giur. it.*, 2003, 45; Cass. civ. 13 ottobre 1982, n. 5271, in *Mass. Giur. it.*, 1982.

In tal senso, anche dopo la Novella del 2006, ha continuato ad esprimersi la dottrina nettamente maggioritaria: si veda Sesta, voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2015, 452, nt. 41, laddove evidenzia: "È pacifico, inoltre, che detti diritti non cessino *ipso iure* per il compimento della maggiore età del figlio che, dunque, fino a quando non possa dirsi aver raggiunto l'autosufficienza economica, conserverà, oltre al diritto al mantenimento, anche - e per quanto compatibile con la conseguita capacità di autodeterminazione - il diritto all'istruzione, all'educazione, all'assistenza morale e a crescere in famiglia"; ID., *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2016, 257, laddove rileva che "il diritto al mantenimento non viene meno con la maggiore età, ma perdura fino a che i figli non siano in grado di inserirsi nel mondo del lavoro ed ottenere un'autonoma fonte di sostentamento, ovvero si siano volontariamente messi in condizione di non conseguire un proprio reddito"; Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, cit., 4052-4053, laddove afferma che "resta da seguire [...] la comune opinione - ormai anche confermata da disposizioni normative - secondo la quale i figli sono titolari del diritto alle suddette contribuzioni, e i genitori hanno l'obbligo di corrisponderle, non solo fino alla maggiore età, ma anche fino al momento della raggiunta indipendenza economica, normalmente connessa con l'effettivo ingresso nel mondo del lavoro"; Rossi, *Il mantenimento dei figli*, in *Trattario di diritto civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 2015, XIII, 137-139, laddove osserva che "un dato oggigiorno inossidabile è il permanere del suddetto diritto anche dopo il compimento della maggiore età. Il raggiungimento della maggiore età non comporta, dunque, di per sé, il venir meno del diritto al mantenimento"; Frezza, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., 99, laddove rileva che "rappresenta un principio giurisprudenziale consolidato, valido anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 54 del 2006, quello secondo cui l'obbligo di mantenimento a favore del figlio maggiorenne si protrae fino a quando questi abbia raggiunto l'indipendenza economica".

(9) Così, *ex plurimis*, Cass. civ. 22 giugno 2016, n. 12952, in *Foro it.*, 2016, 9, 1, 2741. In tal senso anche Cass. civ. 26 settembre 2011, n. 19589, in *CED*, 2011, la quale statuisce che "l'obbligo dei genitori di concorrere al mantenimento dei figli, secondo le regole degli artt. 147 e 148 c.c., non cessa, *ipso facto*, con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma

perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso"; nonché Cass. civ. 6 novembre 2006, n. 23673, in *Not.*, 2007, 2, 142; Cass. civ. 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, 1, 1, 86.

La dottrina aderisce all'orientamento unanime della giurisprudenza: si veda Rossi, *Il mantenimento dei figli*, cit., 137-139, laddove osserva che "principio oggigiorno pacifico è che spetta al genitore obbligato dimostrare - al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo contributivo - l'avvenuto raggiungimento dell'indipendenza economica da parte del figlio o la sua colpa per il mancato raggiungimento di tale condizione di autonomia"; Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, cit., 4054, laddove ribadisce che "sia l'indipendenza economica, sia l'eventuale sua mancanza per inerzia colpevole del figlio, inoltre, debbono essere provate dal genitore debitore della prestazione"; Auletta, *Il diritto al mantenimento a favore dei figli maggiorenni*, in *Della Famiglia*, Artt. 74-176, a cura L. Balestra, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 743, laddove precisa che "la prova circa il verificarsi di tali presupposti spetta ai genitori"; Arceri, *Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne: inedite posizioni di un giudice di merito sulla legittimazione a spiegare intervento e sui presupposti di legittimazione attiva*, in *Fam. e dir.*, 2009, 12, 1140, laddove precisa che "al pari di quanto si riteneva in passato, la cessazione dell'obbligo di mantenimento dovrà sempre conseguire ad una iniziativa giudiziale da parte del genitore che intende essere sollevato dal relativo onere sul quale, del pari, incomberà la dimostrazione del realizzarsi delle condizioni estintive dell'obbligazione"; Achille, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra diritto positivo e prospettive di intervento legislativo*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 10, 667, laddove si legge: "Si può in altre parole ritenere che, data per presupposta l'esistenza del diritto al mantenimento per il solo fatto della nascita, detto diritto sia da considerare ancora esistente sino a quando il genitore obbligato non ottenga una pronuncia che lo esoneri da tale obbligo, dovendo fornire la prova del raggiungimento dell'autonomia economica del figlio in base ad una presunzione *iuris tantum* di non autosufficienza economica del figlio. Spetterà quindi al genitore fornire la prova della presenza dei presupposti che legittimano la cessazione dell'obbligo di mantenimento dei figli"; Frezza, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., 99.

acquista *ope iudicis*, in via del tutto eventuale (salva - ma forse è chiarimento pleonastico - una "volontaria assunzione" dell'obbligo stesso, come la Suprema Corte ha ritenuto di dover precisare).

Diversi sono gli argomenti sviluppati a sostegno di quanto affermato.

Innanzitutto, si invoca l'argomento letterale. Segnatamente, muovendo dalla lettera dell'art. 337-septies c.c., la Suprema Corte sostiene che "il vero elemento discrezionale [...] risiede nell'uso del verbo 'può', che indica mera possibilità, accanto al criterio generale ed usuale della 'valutazione delle circostanze': ne scaturirebbe un diritto al mantenimento che, per il figlio maggiorenne, sorge solo a conclusione di un favorevole "giudizio discrezionale, rimesso al prudente apprezzamento del giudice di merito".

L'argomento, per quanto suggestivo e, tra l'altro, già formulato in via di semplice ipotesi da una certa dottrina (10), si espone nondimeno ad un rilievo critico.

Se, infatti, ci si vuole confrontare sul fronte dell'esegesi filologica, occorre farlo fino in fondo: in particolare, la Suprema Corte si limita ad affermare che il verbo servile "può" postula in capo al giudice un potere discrezionale e fin qui *nulla quaestio*; ma poi indebitamente omette che il verbo "potere" è posto a servizio del verbo "disporre", che è un verbo transitivo e, più precisamente, transita su un complemento oggetto inequivoco: l'"assegno periodico". In altre parole, ciò che il giudice "può disporre" discrezionalmente, in base alla lettera dell'art. 337-septies c.c., è l'"assegno periodico", vale a dire il *quomodo* e non l'*an* del mantenimento a favore del figlio maggiorenne: sicché, con la disposizione citata, sembrerebbe che il legislatore - lungi dal sancire l'automatica estinzione dell'obbligo al mantenimento del figlio al momento della maggiore età - si sia semplicemente limitato a prevedere che, nei confronti del figlio maggiorenne di coniugi separati (in senso lato), l'obbligo al mantenimento possa essere adempiuto, previa valutazione del giudice, mediante un assegno periodico come alternativa al mantenimento diretto mediante

il vitto, l'alloggio ed in generale il pagamento delle altre spese correlate alle esigenze del figlio: modalità, quest'ultima, che in effetti appare inadeguata quando, in seguito alla separazione dei coniugi, il figlio conviva prevalentemente con uno soltanto di essi (o, comunque, ormai divenuto maggiorenne, abbia cessato di convivere con entrambi, a prescindere dall'eventuale crisi della coppia: valutazioni per l'appunto rimesse al prudente apprezzamento del giudice) (11).

Non appare, dunque, possibile desumere dalla disposizione citata la natura - legale o meno - del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne.

Naturalmente, a scanso di equivoci, giova precisare che, allorché sorga contestazione sulla sussistenza del diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne, il giudice di merito continuerà senz'altro a pronunciarsi discrezionalmente: tale discrezionalità - che non si vuole certo contestare, ma solo escluderne il fondamento normativo nell'art. 337-septies c.c. - non preclude, tuttavia, che il suddetto diritto abbia natura legale, che cioè si acquisti *ipso iure* al momento della nascita e permanga senza soluzione di continuità finché il giudice di merito, discrezionalmente, lo dichiara estinto.

In secondo luogo, si sviluppa l'argomento sistematico, rammentando che "nel concetto di 'indipendenza economica' questa Corte ha condivisibilmente ricondotto quanto occorre per soddisfare le primarie esigenze di vita, secondo nozione ricavabile dall'art. 36 Cost.": di conseguenza, sarebbe da reputarsi "economicamente indipendente", agli effetti dell'art. 337-septies c.c., chi sia in grado di conseguire una retribuzione che abbia i caratteri di cui alla disposizione costituzionale citata. Dopodiché, l'ulteriore (discutibile) passaggio logico che si compie è la presunzione della predetta idoneità in capo al maggiorenne per il solo fatto di aver superato il diciottesimo anno di età, sulla base del (contestabile) presupposto che la "c.d. capacità lavorativa, intesa come adeguatezza a svolgere un lavoro, in particolare un lavoro remunerato [...] si acquista con la maggiore

(10) Si era limitata a segnalare che l'art. 155-quinquies c.c. si prestasse ad essere interpretato in tal senso - senza, tuttavia, accogliere tale esegesi - Lombardini, *Assegno di mantenimento al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente: profili processuali*, cit., 1032, laddove osservava che "l'inciso 'valutate le circostanze' del caso concreto, potrebbe anche significare che il giudice ha un ampio potere discrezionale nel riconoscere o meno al figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente il diritto al mantenimento (verrebbe quindi esclusa l'automaticità dell'obbligo nei confronti dei figli maggiorenni)".

(11) Si veda Achille, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra diritto positivo e prospettive di intervento legislativo*, cit., 664,

laddove rileva che "la dottrina maggioritaria ritiene ammissibile anche per il figlio maggiorenne l'adempimento diretto mentre la dottrina minoritaria esclude, in termini assoluti, tale possibilità, affermando che l'unica modalità di adempimento possibile in relazione al figlio maggiorenne è costituita dall'assegno di mantenimento. A nostro parere, pur dovendosi astrattamente riconoscere la possibilità di prevedere che il mantenimento avvenga in maniera diretta non si può trascurare il rilievo secondo cui il genitore, non potendo pretendere di convivere con il figlio maggiorenne, non può in alcun modo imporre a quest'ultimo di ricevere il mantenimento in forma diretta in luogo dell'assegno periodico".

età, quando la legge presuppone raggiunta l'autonomia ed attribuisce piena capacità lavorativa, da spendere sul mercato del lavoro, tanto che si gode della capacità di agire (e di voto)" (corsivo aggiunto).

Il sillogismo come dianzi ricostruito non appare certo felice, per due ragioni.

Si può, infatti, osservare - primariamente - che la capacità di prestare il proprio lavoro e di stipulare personalmente il necessario contratto è attribuita già al minore sedicenne (12), sicché, a dispetto del ragionamento formulato dalla Suprema Corte, sussiste un'evidente disallineamento tra acquisto della c.d. capacità lavorativa (che, come detto, *de iure condito*, si realizza all'età di sedici anni) ed estinzione del diritto al mantenimento (che dovrebbe realizzarsi, secondo l'ordinanza in commento, all'età di diciotto anni).

Secondariamente, se dal piano giuridico si passa a quello fattuale, non si può sottacere come - tanto per il sedicenne, quanto per il diciottenne - risulti assolutamente priva di riscontro nella realtà la corrispondenza, di cui al predetto *iter* logico, tra idoneità giuridica a lavorare ed effettiva attitudine a rinvenire un'occupazione che garantisca l'autosufficienza economica, giacché la seconda - secondo l'*id quod plerumque accidit* - è ben di rado concomitante alla prima.

A sostegno della sua tesi, inoltre, la Suprema Corte ricorre all'argomento assiologico, invocando il "principio di 'autoresponsabilità'", del quale ripercorre *ad abundantiam* le molteplici applicazioni; il principio di solidarietà, invocato per rimarcare "i legami tra la pretesa dei diritti e l'adempimento dei doveri, indissolubilmente legati già nell'art. 2 Cost."; il principio dell'abuso del diritto, invocato per escludere una degenerazione del diritto al mantenimento del figlio nel contesto di un "controproducente assistenzialismo": il tutto a corredo dell'ammonimento di matrice kantiana secondo cui "la pienezza della scelta esistenziale personale deve pur fare i conti nel bilanciamento con le libertà e diritti altrui di pari dignità".

Effetti dell'inedita posizione

Tre sono le principali conseguenze dell'eclatante *revirement*.

La prima si registra - specularmente a quanto dianzi illustrato in relazione all'orientamento tradizionale

della giurisprudenza - sul fronte dell'onere della prova: sorta la contestazione sulla debenza del mantenimento, non sarebbe più il genitore a dover provare l'indipendenza economica del figlio maggiorenne (o la sua colpa per l'insuccesso nel conseguimento della stessa). Piuttosto, il genitore potrebbe limitarsi ad allegare la maggiore età del figlio, mentre spetterebbe a quest'ultimo dimostrare di non essere ancora autosufficiente incolpevolmente. Anche in tal caso - pur pervenendo ad un esito sovvertito - la Corte semplicemente applica la norma generale declinata dall'art. 2697 c.c.: posto che il figlio maggiorenne non consegue (*rectius*: non mantiene) il diritto al mantenimento *ipso iure*, per vederselo riconosciuto egli avrà l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento della sua pretesa (13).

In particolare, secondo quanto si legge nell'ordinanza in commento, l'anzidetta distribuzione dell'onere probatorio - oltre a trovare giustificazione nella "partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto" - apparirebbe maggiormente conforme al "principio generale di prossimità o vicinanza della prova", in base al quale "ove i fatti possono essere noti solo ad una delle parti, ad essa compete l'onere della prova, pur negativa".

In secondo luogo - benché la Suprema Corte abbia ommesso di rilevarlo - non si può tralasciare un'ulteriore, significativo effetto derivante dall'inedita qualificazione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne quale posizione giuridica soggettiva attribuita *ope iudicis* e non acquistata *ope legis*. Segnatamente, è doveroso segnalare che, in base alla tesi sostenuta nell'ordinanza in commento, il provvedimento giurisdizionale con cui si riconosce il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne avrebbe natura costitutiva: il suddetto diritto sorgerebbe solo con il provvedimento che ne riconosce la fondatezza. Di conseguenza, il figlio maggiorenne privato del mantenimento dopo il raggiungimento della maggiore età nulla potrebbe esigere in relazione all'intervallo di tempo compreso tra il suo diciottesimo compleanno ed il momento in cui la domanda giudiziale contro il genitore è stata proposta (non "accolta", dacché si riconosce ormai unanimemente che "il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento per i figli maggiorenni [...]

(12) Si veda l'art. 1, comma 622, L. 27 dicembre 2006, n. 296 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*).

(13) In particolare, al par. 4.6 la Corte di cassazione afferma: "non è dunque il convenuto - soggetto passivo del rapporto - onerato della prova della raggiunta effettiva e stabile indipendenza

economica del figlio, o della circostanza che questi abbia conseguito un lavoro adeguato alle aspirazioni soggettive. Infatti, raggiunta la maggiore età, si presume l'idoneità al reddito, che, per essere vinta, necessita della prova delle fattispecie che integrano il diritto al mantenimento ulteriore".

comporta la normale retroattività della statuizione giudiziale [...] al momento della domanda” (14)).

Per converso, quanto al periodo successivo al diciottesimo compleanno del figlio ed *antecedente* alla domanda, nulla sembrerebbe esigibile dal genitore, neppure quando dovesse risultare che i presupposti del mantenimento a favore del figlio maggiorenne sussistessero anche in tale finestra temporale: difatti, la retroattività della pronuncia giudiziale anche al periodo *anteriore* alla domanda presupporrebbe che tale pronuncia avesse natura dichiarativa e non costitutiva, tesi quest'ultima che appare inconciliabile con l'affermazione di partenza, giusta la quale l'obbligo al mantenimento a carico del genitore cessa *ipso facto* con la maggiore età del figlio.

In altri termini - assunta l'inedita posizione secondo cui solo il diritto al mantenimento del figlio minore sorge *ope legis*, al momento stesso della nascita, mentre quello del figlio maggiorenne sarebbe solo eventuale ed implicherebbe l'accoglimento di una domanda giudiziale - non può più ritenersi valida, nei confronti del figlio maggiorenne, la massima in base alla quale il genitore sottrattosi al mantenimento sarebbe tenuto a rimborsare quanto avrebbe dovuto corrispondere a titolo di mantenimento del figlio “*pure per il periodo di tempo anteriore alla proposizione della domanda*, tenuto conto che tale obbligo di mantenimento sorge automaticamente per effetto della filiazione” (15) (corsivo aggiunto).

A *fortiori*, sembrerebbe doversi escludere che il genitore possa essere tenuto al risarcimento dei danni per essersi sottratto al mantenimento dopo la maggiore età del figlio e prima di soccombere nel giudizio instaurato dallo stesso: infatti, l'affermazione di una

responsabilità in capo al genitore che non abbia provveduto al mantenimento nel corso di tale arco temporale tradirebbe il nucleo della teoria accolta dalla Suprema Corte, secondo cui le valutazioni circa la sussistenza dell'obbligo al mantenimento competerebbero, quando il figlio sia divenuto maggiorenne, esclusivamente al giudice (di merito), prima della cui pronuncia il genitore potrebbe confidare di non essere tenuto ulteriormente a mantenere il figlio che abbia conseguito la maggiore età. Ne consegue, a favore del genitore, un non trascurabile sgravio di responsabilità, civile ed eventualmente anche penale (16).

Una terza considerazione, infine, deve essere formulata in relazione ai casi di crisi coniugale. È, infatti, evidente che, correlando la cessazione automatica dell'obbligo al mantenimento al raggiungimento della maggiore età del figlio, il medesimo termine non potrà non sancire altresì l'automatica caducazione delle disposizioni relative al mantenimento del figlio contenute nei provvedimenti emessi in occasione della crisi coniugale quando lo stesso era ancora minore: quelle disposizioni, infatti, in quanto emesse sul presupposto che i genitori fossero obbligati a mantenere il figlio, sono destinate logicamente a produrre i loro effetti fino al compimento del diciottesimo anno di età.

L'effetto in parola si pone agli antipodi del tradizionale, adamantino orientamento, secondo cui “il raggiungimento della maggiore età del figlio minore non può determinare, nel coniuge separato o divorziato, tenuto a contribuire al suo mantenimento, il diritto a procedere unilateralmente alla riduzione od eliminazione del contributo o a far valere tale condizione in sede di opposizione all'esecuzione,

(14) Così, *ex plurimis*, Cass. civ. 10 dicembre 2008, n. 28987, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2182.

(15) Così Cass. civ. 1° giugno 1982, n. 3344, in *Mass. Giur. it.*, 1982. La massima citata è stata costantemente riaffermata nei decenni successivi: si veda Cass. civ. 28 giugno 1994, n. 6217, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass. civ. 2 febbraio 2006, n. 2328, in *CED*, 2006; Cass. civ. 15 marzo 2017, n. 6819, in *CED*, 2017.

(16) È pacifico che il genitore, sottraendosi ai suoi doveri nei confronti dei figli - minori o maggiori di età -, si esponga ad una responsabilità sia civile che penale: si veda in tal senso Trib. Venezia 30 giugno 2004, in *Guida dir.*, 2004, 42, 61, con nota di Finocchiaro, laddove statuisce che “ove il padre trascuri totalmente i propri doveri di assistenza non solo materiale omettendo di corrispondere quanto statuito per il mantenimento della propria creatura, ma anche morale, rifiutandosi di avere rapporti di sorta con quest'ultima, anche dopo il raggiungimento, da parte di questa della maggiore età, lo stesso per essere venuto meno ai suoi doveri costituzionali non solo deve essere condannato al risarcimento del danno morale, in favore del figlio e della di lui madre, in conseguenza dell'accertata consumazione del reato di cui all'articolo 570 del codice penale [...] ma anche al risarcimento degli ulteriori danni non patrimoniali [...] patiti dal figlio per l'assenza di

qualsiasi assistenza morale e materiale da parte del padre, senza che rilevi, in senso contrario, né che il figlio abbia potuto godere dell'aiuto e apporto economico della madre e di estranei, né che non sia ravvisabile alcun danno biologico in senso stretto per non essere stati accertati profili apprezzabili di disagi clinicamente manifesti”. Si veda, altresì, *ex plurimis*, Cass. civ. 10 aprile 2012, n. 5652, in *Danno e resp.*, 2012, 8-9, 868 con note di Amram - Oliari, laddove si afferma che “la violazione del complesso dei doveri facenti capo al genitore naturale, cui corrispondono diritti inviolabili e primari della persona del destinatario costituzionalmente garantiti (artt. 2 e 30 Cost.), comporta la sussistenza di un illecito civile, trovando l'illecito endofamiliare sanzione non soltanto nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma anche nell'obbligo di risarcimento dei danni non patrimoniali, sancito dall'art. 2059 c.c. In particolare, il disinteresse dimostrato verso il figlio dal genitore naturale, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determina un 'vulnus' dalle conseguenze rimarchevoli ed ineliminabili a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano tutela nella Carta costituzionale e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento”.

essendo necessario, a tal fine, procedere all'instaurazione di un giudizio volto alla modifica delle condizioni di separazione o divorzio" (17).

In conclusione, ne deriva che, aderendo alla nuova tesi della Corte, laddove il genitore interrompesse il mantenimento del figlio maggiorenne, quest'ultimo non potrebbe instaurare un processo esecutivo in forza del provvedimento emesso in occasione della crisi coniugale dei genitori quando era minore, ma avrà l'onere di introdurre un nuovo processo di cognizione.

Criteri di determinazione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne ed obbligo degli alimenti: punti fermi

Per converso, la pronuncia non è foriera di particolari novità quanto ai criteri che dovrebbero indirizzare il giudice di merito verso l'affermazione o la negazione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, nell'individuazione dei quali - tra l'altro - la Suprema Corte trova l'occasione per riaffermare, pur incidentalmente, la profonda differenza che intercorre tra il suddetto diritto e l'obbligo degli alimenti.

A tal riguardo, si ribadisce, innanzitutto, che ai figli maggiorenni non sarà riconosciuto il diritto al mantenimento allorché "si siano già avviati ad un'effettiva attività lavorativa tale da consentir loro una concreta prospettiva d'indipendenza economica": si tratta, evidentemente, del presupposto per l'estinzione fisiologica dell'obbligo al mantenimento a carico del genitore.

Nondimeno, l'obbligo predetto cesserà altresì quando i figli maggiorenni "siano stati messi in condizione di reperire un lavoro idoneo a procurar loro di che sopperire alle normali esigenze di vita; od ancora quando abbiano ricevuto la possibilità di conseguire un titolo sufficiente ad esercitare un'attività lucrativa" (corsivo aggiunto).

È il vero *punctum dolens*: i figli maggiorenni perdono - o meglio, in linea con l'ordinanza in esame: non possono acquistare - il diritto al mantenimento, non soltanto quando abbiano effettivamente raggiunto una posizione lavorativa adeguatamente retribuita, ma altresì nell'eventualità in cui abbiano conseguito le competenze e i titoli necessari per poter anche solo aspirare ad una professione che li renda

economicamente autonomi. In altre parole, affinché cessi l'obbligo del mantenimento nei confronti del figlio maggiorenne, non è imprescindibile una situazione di indipendenza economica reale, effettiva ed attuale, essendo invece sufficiente che si siano create le condizioni per il conseguimento, poi, di tale risultato (salva comunque "la tolleranza di un ragionevole lasso di tempo ancora per la ricerca di un lavoro", "dopo il conseguimento dello specifico titolo di studio": tolleranza che sarà tanto più dovuta nei confronti del figlio maggiorenne che "proseguia negli studi con impegno, diligenza e passione").

Di più: la Suprema Corte riafferma la massima secondo cui l'obbligo di mantenere il figlio maggiorenne verrà meno in ogni caso - dunque, anche quando manchi la mera prospettiva dell'indipendenza economica - qualora egli risulti responsabile della sua condizione, in ragione di "una condotta caratterizzata da intenzionalità (ad es. uno stile di vita volutamente inconcludente e sregolato) o da colpa (come l'inconcludente ricerca di un lavoro protratta all'infinito e senza presa di coscienza sulle proprie reali competenze)".

Quanto al criterio dell'età, si rimarca che esso rileva nella misura in cui "la prova sarà tanto più lieve per il figlio, quanto più prossima sia la sua età a quella di un recente maggiorenne; di converso, la prova del diritto all'assegno di mantenimento sarà più gravosa, man mano che l'età del figlio aumenti, sino a configurare il 'figlio adulto'".

In merito alle condizioni economiche dei genitori, si ribadisce come le stesse possano assumere rilievo ai fini della determinazione del *quantum* ma non dell'*an* del mantenimento: in altre parole, il figlio maggiorenne non potrebbe esigere il mantenimento per il solo fatto che il genitore sia in grado di soddisfare agevolmente siffatta richiesta, giacché "il diritto e l'obbligo *de quibus* si fondano sulla situazione del figlio, non sulle capacità reddituali dell'obbligato", pur essendo imprescindibile la considerazione delle "condizioni della famiglia, cui non è ammesso imporre un contributo per essa eccessivamente gravoso".

Alla luce delle riflessioni suesposte, la Suprema Corte può, dunque, concludere che "altro è l'obbligo alimentare" (18).

(17) Così Cass. civ. 16 giugno 2011, n. 13184, in *CED*, 2011. In tal senso, già nel trentennio precedente, Cass. civ. 29 dicembre 1990, n. 12212, in *Giust. civ.*, 1991, I, 3033 con nota di Cavallo; Cass. civ. 10 aprile 1985, n. 2372, in *Mass. Giur. it.*, 1985; Cass. civ. 7 novembre 1981, n. 5874, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2837.

(18) La differenza tra mantenimento e alimenti è stata puntualmente rimarcata anche dalla dottrina: si veda Sesta, *Manuale di*

diritto di famiglia, cit., 255-256, laddove precisa che "l'obbligo in esame si differenzia da quello meramente alimentare sotto vari aspetti: 1) la prestazione dovuta a titolo di mantenimento ha un contenuto più esteso, non essendo limitata al soddisfacimento dei bisogni elementari di vita, ma comprende anche ogni altra spesa necessaria per arricchire la personalità del beneficiario; 2) il mantenimento non è subordinato allo stato di bisogno del

In particolare, se ne segnala la diversa finalità: mentre, infatti, l'obbligo al mantenimento si caratterizza per la sua "funzione educativa", in quanto preordinato alla formazione del figlio e al suo inserimento in società, l'obbligo degli alimenti è, invece, funzionale al mero soddisfacimento dei "bisogni primari ed essenziali", ai quali l'entità dello stesso è di conseguenza commisurata. Da siffatto elemento discretivo discende una precisa inferenza: laddove l'obbligo al mantenimento cessa definitivamente con il raggiungimento dell'indipendenza economica del figlio (19), l'obbligo agli alimenti - all'opposto - è suscettibile di reviviscenza nei confronti dei figli "che, essendosi in precedenza resi autosufficienti, abbiano in seguito perduto tale condizione". Peraltro, non si trascurava di precisare che, chiaramente, solo l'obbligo agli alimenti è reciproco: diversi, dunque, sono altresì i soggetti cui i due distinti obblighi sono posti a carico.

Riflessioni conclusive in una prospettiva comparatistica

La pronuncia in commento - lo si è detto - si presenta nel panorama giurisprudenziale e dottrinale italiano

beneficiario e discende automaticamente dalla posizione del singolo all'interno della famiglia, a prescindere da qualunque altro presupposto; 3) l'onerato, per essere esonerato, deve dimostrare, oltre alla mancanza di mezzi, anche l'incolpevole impossibilità di procurarseli"; Cossu, *Potestà dei genitori*, cit., 1996, il quale osserva che "non esiste dissenso anche nel ritenere la profonda diversità tra concetto di mantenimento e quello di alimenti: il mantenimento si identifica prescindendo dallo stato di bisogno di chi deve riceverlo e tende a costituire una situazione di vita omogenea a quello delle persone tra loro conviventi, in relazione anche ai redditi di chi è obbligato. L'obbligo alimentare, al contrario, se anche non coincide con lo stretto necessario, ha riguardo in particolare ai bisogni primari che occorre soddisfare" (par. 7); parimenti Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, cit., 4050, evidenzia che "il mantenimento dovrà far fronte alle necessità del figlio in ordine, non solo agli alimenti, ma anche al vestiario, allo svago, alle esigenze spirituali, ed alla salute".

(19) È la tesi dominante sia in giurisprudenza (si veda, *ex plurimis*, Cass. civ. 14 marzo 2017, n. 6509, in *CED*, 2017, a giudizio della quale "l'eventuale perdita dell'occupazione o il negativo andamento della stessa non comporta la reviviscenza dell'obbligo del genitore al mantenimento") sia in dottrina (si veda, *ex plurimis*, Frezza, *Mantenimento diretto e affidamento condizionale*, cit., 101, laddove osserva che "tale diritto deve escludersi quando il figlio, già autonomo, ma con attività professionale con andamento negativo, perda l'autosufficienza: in tal caso, non rilevano circostanze sopravvenute, come la negatività dell'andamento dell'attività espletata dal figlio, le quali, se pur lo privano di sostentamento economico, non possono fare riemergere un obbligo di mantenimento, in capo ai genitori, i cui presupposti sono ormai venuti meno. Deve, allora, farsi salvo il diritto agli alimenti, qualora il figlio versi in stato di bisogno, obbligo fondato, però, su presupposti diversi, azionabili solo dal figlio"). L'opinione contraria, minoritaria, è sostenuta da Rossi, *Il mantenimento dei figli*, cit., 138, laddove afferma che "il diritto al mantenimento permane nel caso in cui il figlio abbia perduto involontariamente il lavoro".

del tutto inedita. Non lo è, invece, in una prospettiva diversa, più ampia, comparatistica.

La posizione accolta dalla Corte di cassazione, infatti, corrisponde ad una soluzione largamente condivisa negli ordinamenti giuridici di *Common Law*: nel Regno Unito, *exempli gratia*, il *Child Support Act* del 1991, dopo aver sancito in generale l'obbligo di ciascun genitore di mantenere i propri figli, ne individua un preciso termine finale nel compimento del sedicesimo anno (o del diciannovesimo, laddove il figlio abbia deciso di concludere la propria formazione superiore) (20); così, in maniera non dissimile, in Australia, il *Law Family Act* del 1975 espressamente prevede che il mantenimento a favore di un figlio di età superiore ai diciotto anni potrebbe essere disposto dal giudice solo laddove necessario per il completamento della formazione o per esigenze correlate a disabilità psicofisiche (21); parimenti, norme esplicite del tutto sovrapponibili alle precedenti si rinvencono negli Stati Uniti d'America (laddove il tema non è stato regolato a livello federale) in una molteplicità di ordinamenti nazionali, tra i quali, solo per citarne alcuni, è possibile menzionare quelli della California (22), della Georgia (23), del

(20) Si veda il *Child Support Act*, sec. 1(1), laddove si dispone che "for the purposes of this Act, each parent of a qualifying child is responsible for maintaining him" e la sec. 55(1)(a-b) laddove si statuisce che "for the purposes of this Act, a person is a child if (a) he is under the age of 16; (b) he is under the age of 19 and receiving full-time education (which is not advanced education)".

(21) Si veda il *Family Law Act*, sec. 66L(1) - rubricata "children who are 18 or over" - laddove si prevede che "a court must not make a child maintenance order in relation to a child who is 18 or over unless the court is satisfied that the provision of the maintenance is necessary (a) to enable the child to complete his or her education; or (b) because of a mental or physical disability of the child".

(22) Si veda il *Family Code*, sec. 3901(a), laddove si dispone: "(1) The duty of support imposed by Section 3900 continues as to an unmarried child who has attained 18 years of age, is a full-time high school student, unless excused pursuant to paragraph (2), and who is not self-supporting, until the time the child completes the 12th grade or attains 19 years of age, whichever occurs first. (2) A child is excused from the requirement to be a full-time high school student for purposes of paragraph (1) if the child has a medical condition documented by a physician that prevents full-time school attendance".

(23) Si veda l'*Official Code of Georgia Annotated*, sec. 19-7-2, laddove si dispone che "it is the joint and several duty of each parent to provide for the maintenance, protection, and education of his or her child until the child reaches the age of majority, dies, marries, or becomes emancipated, whichever first occurs, except as otherwise authorized and ordered pursuant to subsection (e) of Code Section 19-6-15 and except to the extent that the duty of the parents is otherwise or further defined by court order" in combinato disposto con la sec. 19-6-15(e) laddove si precisa che "the court, in the exercise of sound discretion, may direct either or both parents to provide financial assistance to a child who has not previously married or become emancipated, who is enrolled in and attending a secondary school, and who has attained the age of majority before completing his or her secondary school education,

Delaware (24) e di New York (25). In tutti i casi predetti - comunque, val la pena ripeterlo, non esautivi della categoria - il diritto al mantenimento del figlio cessa *ipso iure* al verificarsi di un evento preciso: il raggiungimento della maggiore età o di quella entro cui fisiologicamente si concludono gli studi superiori (non quelli universitari); successivamente, il genitore può essere tenuto a soddisfare le esigenze ulteriori del figlio solo in forza di un provvedimento giurisdizionale.

Al contrario, nell'area del *Civil Law* ci si è limitati a sancire, con formula generale, nei vari codici civili - *ex multis*, quello spagnolo, quello francese, quello tedesco e, per l'appunto, quello italiano - l'obbligo dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli, senza individuare rigidamente un'età o, più in generale, un evento (quale il conseguimento di un titolo di studio), cui possa ricollegarsi la cessazione *ipso iure* dell'obbligo suddetto. Ad ogni modo, ciò che appare davvero strabiliante è come, nell'area anzidetta, il legislatore abbia avvertito l'esigenza esattamente opposta rispetto a quella dei suoi colleghi del *Common Law*: difatti, constatata la reticenza del codice

civile in ordine alla durata dell'obbligo al mantenimento e ritenendo di dover assumere una più chiara posizione sul punto, il legislatore è talora intervenuto a riformare l'originaria disposizione codicistica, ma - inaspettatamente - non per stabilire un termine finale all'obbligo suddetto, quanto per escluderlo! È il caso dei codici civili francese (26) e belga (27), nei quali è ora espressamente disposto che l'obbligo al mantenimento a carico dei genitori *non* cessa alla maggiore età del figlio.

Assunta la prospettiva della comparazione, dunque, sembrerebbe che con l'ordinanza n. 17183/2020 la Corte di cassazione non soltanto disattenda il consolidato orientamento della giurisprudenza condiviso dalla dottrina maggioritaria, ma risulti altresì in controtendenza rispetto alle scelte più recenti dei legislatori europei.

Difficile dire, allora, se tale pronuncia, contraddicendo la tesi tradizionale, sia destinata ad inaugurare, in seno alla Corte di cassazione, un inatteso contrasto che - per dirla con Hegel - si ponga quale *antitesi*, indefettibile premessa di un nuovo arresto giurisprudenziale.

provided that such financial assistance shall not be required after a child attains 20 years of age".

(24) Si veda il *Delaware Code Annotated*, sec. 501(d), laddove si prevede che "both parents have a duty to support their child over 18 years of age if such child is a student in high school and is likely to graduate. This duty ends when the child receives a high school diploma or attains age 19, whichever event first occurs".

(25) Si veda il *New York Family Court Act*, sec. 413, laddove si dispone che "the parents of a child under the age of twenty-one years are chargeable with the support of such child".

(26) Si veda l'art. 371-2, Code civil - come modificato dalla Legge n. 2019-1480 del 28 dicembre 2019, art. 8 - laddove si dispone che "chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles

de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. Cette obligation ne cesse de plein droit ni lorsque l'autorité parentale ou son exercice est retiré, ni lorsque l'enfant est majeur".

(27) Si veda l'art. 203, Code civil - come modificato dalla Legge n. 2010-03-19/05, art. 2, 048 - laddove si dispone: "Les père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'hébergement, l'entretien, la santé, la surveillance, l'éducation, la formation et l'épanouissement de leurs enfants. Si la formation n'est pas achevée, l'obligation se poursuit après la majorité de l'enfant" (si noti come il verbo "poursuit" lasci inequivocamente intendere che l'obbligo in parola "continua", dunque "permane", senza necessità di un provvedimento giurisdizionale, seppur alla sola condizione prevista dalla disposizione illustrata).

Collaborazioni organizzate dal committente

Cassazione Civile, Sez. lav., 24 gennaio 2020, n. 1663 - Pres. Di Cerbo - Rel. Raimondi - P.M. Celeste (conf.) - Foodinho S.r.l. (avv.ti Realmonte, Girgenti, Lunardon, Tosi) c. P.M. e altri (avv.ti Totaro, Marziale, Bonetto, Druetta)

Ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, in un'ottica sia di prevenzione sia "rimediale", si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato quando la prestazione del collaboratore sia esclusivamente personale, venga svolta in maniera continuativa nel tempo e le modalità di esecuzione della prestazione, anche in relazione ai tempi ed al luogo di lavoro, siano organizzate dal committente, senza che il giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta sia tenuto a compiere ulteriori indagini, né possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento dal giudizio qualificatorio di sintesi.

In tema di rapporti di collaborazione ex art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, ai fini dell'individuazione della nozione di etero-organizzazione, rilevante per l'applicazione della disciplina della subordinazione, è sufficiente che il coordinamento imposto dall'esterno sia funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione predisposta dal primo, inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, costituendo la unilaterale determinazione anche delle modalità spazio-temporali della prestazione una possibile, ma non necessaria, estrinsecazione del potere di etero-organizzazione.

I rapporti di collaborazione di cui all'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, norma di disciplina e non di fattispecie, non costituiscono un *tertium genus* intermedio tra autonomia e subordinazione sicché, al verificarsi delle condizioni ivi previste, consegue l'applicazione della disciplina della subordinazione, senza che sia necessario selezionare quali parti di questa disciplina siano ad essi applicabili.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Firenze 5 maggio 2020 (ord.); sia pure con diverse motivazioni, Trib. Roma 6 maggio 2019 e App. Torino 4 febbraio 2019.
Difforme	Trib. Torino 7 maggio 2018; Trib. Milano 4 luglio 2018; Trib. Milano 10 settembre 2018.

La Corte (*omissis*).

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015, in relazione all'art. 2094 c.c. e 409 c.p.c., n. 3, nonché dell'art. 12 preleggi.

2. Secondo la ricorrente, l'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 non ha introdotto, come invece ritenuto dalla Corte d'Appello, un *tertium genus* di lavoro, non riconducibile né al lavoro coordinato senza subordinazione (previsto dall'art. 409 c.p.c., n. 3) né alla subordinazione in senso proprio (art. 2094 c.c.). Secondo la ricorrente, la etero-organizzazione è già un tratto tipico della subordinazione disciplinata nell'art. 2094 c.c., con la conseguenza che l'art. 2 cit., nel porla in esponente, non aggiungerebbe nulla alla ricostruzione della nozione sin qui compiuta dalla giurisprudenza, presentandosi come una sorta di norma apparente, inidonea a produrre autonomi effetti giuridici (tesi accolta dalla decisione di primo grado).

3. La Corte d'Appello avrebbe inoltre commesso un altro grave errore di diritto, laddove essa ha affermato che la etero-organizzazione disciplinata dall'art. 2, in discorso consisterebbe nel potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione e cioè la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi della prestazione. In tal modo, secondo la

ricorrente, la Corte territoriale avrebbe trascurato che l'art. 2, richiede, ai fini della sua applicazione, che le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate dal committente "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". La parola "anche" del testo normativo dimostrerebbe che le tutele del lavoro subordinato garantite dall'art. 2, richiedono non una semplice etero-determinazione di tempi e luogo della prestazione, tantomeno in termini di mera "possibilità", ma "una ingerenza più pregnante nello svolgimento della collaborazione, eccedente quindi tale etero-determinazione" (pag. 19 del ricorso).

4. Il motivo è infondato.

5. Il comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, sotto la rubrica "Collaborazioni organizzate dal committente", così recita: "1. A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

6. Sul testo dell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, e, più in generale, sul lavoro attraverso piattaforme digitali, in specie sui *riders*, è intervenuto il d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazioni, nella l. 2 novembre 2019, n. 128. Le modifiche alla disciplina in discorso non hanno carattere retroattivo, per cui alla fattispecie in

esame deve applicarsi il suddetto art. 2, nel testo previgente al citato recente intervento legislativo. Quest'ultimo, in particolare, quanto dell'art. 2, comma 1, primo periodo, in discorso, sostituisce la parola "esclusivamente" con "prevalentemente" e sopprime le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". Inoltre, la novella aggiunge, dopo il primo periodo, il seguente testo: "Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

7. Prima di procedere all'analisi della censura, conviene ricordare sinteticamente il regolamento contrattuale della fattispecie, concluso sotto forma di contratti di collaborazione coordinata e continuativa, e le modalità delle prestazioni litigiose, per come tali elementi sono stati ricostruiti dalla Corte territoriale, che richiama la sentenza di primo grado, e ripercorrere brevemente l'iter logico-giuridico seguito dalla sentenza impugnata per giungere alle conclusioni oggi criticate con il ricorso.

8. Secondo la ricostruzione della Corte territoriale, che ha fatto propria quella del giudice di prime cure, la prestazione lavorativa dei ricorrenti si è svolta a grandi linee nel modo seguente: dopo avere compilato un formulario sul sito di Foodora i controricorrenti venivano convocati in piccoli gruppi presso l'ufficio di Torino per un primo colloquio nel quale veniva loro spiegato che l'attività presupponeva il possesso di una bicicletta e la disponibilità di un telefono cellulare con funzionalità avanzate (*smartphone*); in un secondo momento veniva loro proposta la sottoscrizione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa e, dietro versamento di una caparra di euro 50, venivano loro consegnati gli indumenti di lavoro ed i dispositivi di sicurezza (casco, maglietta, giubbotto e luci) e l'attrezzatura per il trasporto del cibo (piastra di aggancio e box).

9. Il contratto che veniva sottoscritto, cui era allegato un foglio contenente l'informativa sul trattamento dei dati personali e la prestazione del consenso, aveva le seguenti caratteristiche: - si trattava di un contratto di "collaborazione coordinata e continuativa"; - era previsto che il lavoratore fosse "libero di candidarsi o non candidarsi per una specifica corsa a seconda delle proprie disponibilità ed esigenze di vita"; - il lavoratore si impegnava ad eseguire le consegne avvalendosi di una propria bicicletta "idonea e dotata di tutti i requisiti richiesti dalla legge per la circolazione"; - era previsto che il collaboratore avrebbe agito "in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo di subordinazione, potere gerarchico o disciplinare, ovvero a vincoli di presenza o di orario di qualsiasi genere nei confronti della committente", ma era tuttavia "fatto salvo il necessario coordinamento generale con l'attività della stessa committente"; - era prevista la possibilità di recedere liberamente dal contratto, anche prima della scadenza concordata, con comunicazione scritta da inviarsi a mezzo raccomandata a/r con 30 giorni di anticipo; - il lavoratore, una volta candidatosi per una corsa, si impegnava ad effettuare la consegna tassativamente entro 30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo, con la

comminatoria a suo carico di una penale di 15 euro; - il compenso era stabilito in euro 5,60 al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali per ciascuna ora di disponibilità; - il collaboratore doveva provvedere ad inoltrare all'INPS "domanda di iscrizione alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. 8 agosto 1995 n. 335" e la committente doveva provvedere a versare il relativo contributo; - la committente doveva provvedere all'iscrizione del collaboratore all'INAIL ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38; il premio era a carico del collaboratore per un terzo e della committente per due terzi; - la committente - come accennato - doveva affidare al collaboratore in comodato gratuito un casco da ciclista, un giubbotto e un bauletto dotato dei segni distintivi dell'azienda a fronte del versamento di una cauzione di euro 50. 10. Quanto alle modalità di esecuzione delle prestazioni litigiose, la gestione del rapporto avveniva attraverso la piattaforma multimediale "Shyftplan" e un applicativo per *smartphone* (inizialmente "Urban Ninja" e successivamente "Hurrier"), per il cui uso venivano fornite da Foodora apposite istruzioni. L'azienda pubblicava settimanalmente su Shyftplan le fasce orarie (slot) con l'indicazione del numero di *riders* necessari per coprire ciascun turno. Ciascun *rider* poteva dare la propria disponibilità per le varie fasce orarie in base alle proprie esigenze personali, ma non era obbligato a farlo. Raccolte le disponibilità, il responsabile della "flotta" confermava tramite Shyftplan ai singoli *riders* l'assegnazione del turno. Ricevuta la conferma del turno, il lavoratore doveva recarsi all'orario di inizio di quest'ultimo in una delle tre zone di partenza predefinite (P.zza Vittorio Veneto, Piazza Carlo Felice o Piazza Carlo Bernini), attivare l'applicativo *Hurrier* inserendo le credenziali (nome dell'utilizzatore, *user name*, e parola d'ordine, *password*) per effettuare l'accesso (*login*) e avviare la geolocalizzazione (GPS). Il *rider* riceveva quindi sull'applicazione la notifica dell'ordine con l'indicazione dell'indirizzo del ristorante. Accettato l'ordine, il *rider* doveva recarsi con la propria bicicletta al ristorante, prendere in consegna i prodotti, controllarne la corrispondenza con l'ordine e comunicare tramite l'apposito comando dell'applicazione il buon esito della verifica. A questo punto, posizionato il cibo nel box, il *rider* doveva provvedere a consegnarlo al cliente, il cui indirizzo gli era stato nel frattempo comunicato tramite l'applicazione, e doveva quindi confermare di avere regolarmente effettuato la consegna.

11. Non ignora la Corte il vivace dibattito dottrinale che ha accompagnato l'entrata in vigore e i primi anni di vita dell'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81 del 2015, - dibattito che non si è esaurito e che certamente proseguirà alla luce delle novità portate dal recente intervento legislativo che si è ricordato - e nell'ambito del quale sono state proposte le soluzioni interpretative più varie, soluzioni che possono schematicamente e senza alcuna pretesa di esaustività così evocarsi: a) una prima via, che segue inevitabilmente il metodo qualificatorio, preferibilmente nella sua versione tipologica, è quella di riconoscere alle prestazioni rese dai lavoratori delle piattaforme digitali i tratti della subordinazione, sia pure ammodernata ed evoluta; b) una seconda

immagina l'esistenza di una nuova figura intermedia tra subordinazione e autonomia, che sarebbe caratterizzata dall'etero-organizzazione e che troverebbe nell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 81 del 2015, il paradigma legale (teoria del *tertium genus* o del lavoro etero-organizzato); c) la terza possibilità è quella di entrare nel mondo del lavoro autonomo, dove tuttavia i modelli interpretativi si diversificano notevolmente essendo peraltro tutti riconducibili nell'ambito di una nozione ampia di parasubordinazione; d) infine, vi è l'approccio "rimediale", che rinviene in alcuni indicatori normativi la possibilità di applicare una tutela "rafforzata" nei confronti di alcune tipologie di lavoratori (quali quelli delle piattaforme digitali considerati "deboli"), cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati.

12. La via seguita dalla sentenza impugnata è quella per cui l'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, avrebbe introdotto un *tertium genus* avente caratteristiche tanto del lavoro subordinato quanto di quello autonomo, ma contraddistinto da una propria identità, sia a livello morfologico, che funzionale e regolamentare.

13. La conseguenza più significativa dell'inquadramento proposto dalla Corte torinese è rappresentata dall'applicazione delle tutele del lavoro subordinato al rapporto di collaborazione dei *riders*. Anche in questo caso, però, la Corte territoriale non ritiene praticabile un'estensione generalizzata dello statuto della subordinazione, ma opta per un'applicazione selettiva delle disposizioni per essa approntate, limitata alle norme riguardanti la sicurezza e l'igiene, la retribuzione diretta e differita (quindi relativa all'inquadramento professionale), i limiti di orario, le ferie e la previdenza ma non le norme sul licenziamento.

14. Contro la sentenza della Corte torinese i lavoratori non hanno proposto ricorso incidentale, non insistendo così sulla loro originaria tesi principale, tendente al riconoscimento nella fattispecie litigiosa di veri e propri rapporti di lavoro subordinato.

15. Venendo ora all'esame del motivo, sotto il primo profilo la doglianza censura radicalmente l'applicazione alla fattispecie litigiosa dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, giacché si tratterebbe di norma "apparente", incapace come tale di produrre effetti nell'ordinamento giuridico.

16. Non ritiene la Corte di poter accogliere tale radicale tesi.

17. Come è stato osservato, i concetti giuridici, in specie se direttamente promananti dalle norme, sono convenzionali, per cui se il Legislatore ne introduce di nuovi l'interprete non può che aggiornare l'esegesi a partire da essi, sforzandosi di dare alle norme un senso, al pari di quanto l'art. 1367 c.c., prescrive per il contratto, stabilendo che, nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno.

18. La norma introdotta nell'ordinamento nel 2015 va contestualizzata. Essa si inserisce in una serie di interventi normativi con i quali il Legislatore ha cercato di far fronte, approntando discipline il più possibile adeguate, alle

profonde e rapide trasformazioni conosciute negli ultimi decenni nel mondo del lavoro, anche per effetto delle innovazioni tecnologiche, trasformazioni che hanno inciso profondamente sui tradizionali rapporti economici. 19. In attuazione della delega di cui alla l. n. 183 del 2014, cui sono seguiti i decreti delegati dei quali fa parte il d.lgs. n. 81 del 2015, e che vanno sotto il nome di *Jobs Act*, il Legislatore delegato, nel citato d.lgs., dopo aver indicato nel lavoro subordinato a tempo indeterminato il modello di riferimento nella gestione dei rapporti di lavoro, ha infatti affrontato il tema del lavoro "flessibile" inteso come tale in relazione alla durata della prestazione (*part-time* e lavoro intermittente o a chiamata), alla durata del vincolo contrattuale (lavoro a termine), alla presenza di un intermediario (lavoro in somministrazione), al contenuto anche formativo dell'obbligo contrattuale (apprendistato), nonché all'assenza di un vincolo contrattuale (lavoro accessorio). Per quanto attiene allo svolgimento del rapporto, il Legislatore delegato ha poi introdotto un ulteriore incentivo indiretto alle assunzioni, innovando profondamente la disciplina delle mansioni attraverso l'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015, con la riformulazione dell'art. 2103 c.c.

20. La finalità complessiva degli interventi del *Jobs Act*, costituita dall'auspicato incremento dell'occupazione, perseguita attraverso la promozione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, è stata attuata anche attraverso l'esonero contributivo previsto dalla legge di stabilità, la quale ha previsto questa agevolazione per un triennio nel caso di assunzioni effettuate nel 2015 e l'esonero contributivo del 40% per un biennio per le assunzioni effettuate nel 2016; il Legislatore delegato del 2015 è dunque intervenuto in tutte le fasi del rapporto di lavoro con l'intento di incentivare le assunzioni in via diretta ed indiretta.

21. Anche l'abolizione dei contratti di lavoro a progetto, la stabilizzazione dei collaboratori coordinati e continuativi anche a progetto e di persone titolari di partite IVA e la disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente si collocano dunque nella medesima prospettiva.

22. In effetti, le previsioni dell'art. 2, d.lgs. n. 81 del 2015, vanno lette unitamente all'art. 52 dello stesso decreto, norma che ha abrogato le disposizioni relative al contratto di lavoro a progetto previsto degli artt. da 61 a 69-bis del d.lgs. n. 276 del 2003 (disposizioni che continuano ad applicarsi per la regolazione dei contratti in atto al 25 giugno 2015, data di entrata in vigore del decreto), facendo salve le previsioni di cui all'art. 409 c.p.c. Quindi dal 25 giugno 2015 non è più consentito stipulare nuovi contratti di lavoro a progetto e quelli esistenti cessano alla scadenza, mentre possono essere stipulati contratti di collaborazione coordinata e continuativa ai sensi dell'art. 409 c.p.c., n. 3, sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato.

23. È venuta meno, perciò, una normativa che, avendo previsto dei vincoli e delle sanzioni, comportava delle garanzie per il lavoratore, mentre è stata ripristinata una tipologia contrattuale più ampia che, come tale, comporta il rischio di abusi. Pertanto, il Legislatore, in una

prospettiva anti-elusiva, ha inteso limitare le possibili conseguenze negative, prevedendo comunque l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato a forme di collaborazione, continuativa e personale, realizzate con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione. Quindi, dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato tutte le volte in cui la prestazione del collaboratore abbia carattere esclusivamente personale e sia svolta in maniera continuativa nel tempo e le modalità di esecuzione della prestazione, anche in relazione ai tempi e al luogo di lavoro, siano organizzate dal committente.

24. Il Legislatore, d'un canto consapevole della complessità e varietà delle nuove forme di lavoro e della difficoltà di ricondurle ad unità tipologica, e, d'altro canto, conscio degli esiti talvolta incerti e variabili delle controversie qualificatorie ai sensi dell'art. 2094 c.c., si è limitato a valorizzare taluni indici fattuali ritenuti significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione) e sufficienti a giustificare l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, esonerando da ogni ulteriore indagine il Giudice che ravvisi la concorrenza di tali elementi nella fattispecie concreta e senza che questi possa trarre, nell'apprezzamento di essi, un diverso convincimento nel giudizio qualificatorio di sintesi.

25. In una prospettiva così delimitata non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina.

26. Tanto si spiega in una ottica sia di prevenzione sia "rimediabile". Nel primo senso il legislatore, onde scoraggiare l'abuso di schermi contrattuali che a ciò si potrebbero prestare, ha selezionato taluni elementi ritenuti sintomatici ed idonei a svelare possibili fenomeni elusivi delle tutele previste per i lavoratori. In ogni caso ha, poi, stabilito che quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato.

27. Si tratta di una scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di "debolezza" economica, operanti in una "zona grigia" tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea. L'intento protettivo del Legislatore appare confermato dalla recente novella cui si è fatto cenno, la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza - per l'applicabilità della norma di prestazioni

"prevalentemente" e non più "esclusivamente" personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento della "etero-organizzazione", eliminando le parole "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione.

28. Il secondo profilo della doglianza in esame invita proprio questa Corte, invece, a adottare un'interpretazione restrittiva della norma in discorso.

29. Secondo la ricorrente, come si è detto, la Corte territoriale, affermando che la etero-organizzazione disciplinata dall'art. 2, consisterebbe nel potere di determinare le modalità di esecuzione della prestazione e cioè la possibilità di stabilire i tempi e i luoghi di lavoro, avrebbe trascurato che l'art. 2, richiede, ai fini della sua applicazione, che le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate dal committente "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". La parola "anche" del testo normativo dimostrerebbe che le tutele del lavoro subordinato garantite dall'art. 2, richiedono non una semplice etero-determinazione di tempi e luogo della prestazione, tantomeno in termini di mera "possibilità", ma "una ingerenza più pregnante nello svolgimento della collaborazione, eccedente quindi tale etero-determinazione".

30. Anche tale censura non può essere condivisa.

31. La norma introduce, a riguardo delle prestazioni di lavoro esclusivamente personali e continuative, la nozione di etero-organizzazione, "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

32. Una volta ricondotta la etero-organizzazione ad elemento di un rapporto di collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa, si mette in evidenza (nell'ipotesi dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015) la differenza rispetto ad un coordinamento stabilito di comune accordo dalle parti che, invece, nella norma in esame, è imposto dall'esterno, appunto etero-organizzato.

33. Tali differenze illustrano un regime di autonomia ben diverso, significativamente ridotto nella fattispecie del d. lgs. n. 81 del 2015, art. 2: integro nella fase genetica dell'accordo (per la rilevata facoltà del lavoratore ad obbligarsi o meno alla prestazione), ma non nella fase funzionale, di esecuzione del rapporto, relativamente alle modalità di prestazione, determinate in modo sostanziale da una piattaforma multimediale e da un applicativo per *smartphone*.

34. Ciò posto, se è vero che la congiunzione "anche" potrebbe alludere alla necessità che l'etero-organizzazione coinvolga tempi e modi della prestazione, non ritiene tuttavia la Corte che dalla presenza nel testo di tale congiunzione si debba far discendere tale inevitabile conseguenza.

35. Il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola "anche" che assume valore esemplificativo. In tal senso sembra deporre la successiva

soppressione dell'inciso ad opera della novella cui si è fatto più volte cenno. Del resto è stato condivisibilmente rilevato che le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell'attualità della rivoluzione informatica, sempre meno significative anche al fine di rappresentare un reale fattore discretivo tra l'area della autonomia e quella della subordinazione.

36. Parimenti si deve ritenere che possa essere ravvisata etero-organizzazione rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina della subordinazione anche quando il committente si limiti a determinare unilateralmente il quando e il dove della prestazione personale e continuativa.

37. Il motivo in esame non critica dunque efficacemente le pertinenti statuizioni della sentenza impugnata.

38. Detto questo, non ritiene la Corte che sia necessario inquadrare la fattispecie litigiosa, come invece ha fatto la Corte di Appello di Torino, in un *tertium genus*, intermedio tra autonomia e subordinazione, con la conseguente esigenza di selezionare la disciplina applicabile.

39. Più semplicemente, al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni individuate dal d.lgs. n. 81 del 2015, art. 2, comma 1, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione. Si tratta, come detto, di una norma di disciplina, che non crea una nuova fattispecie.

40. Del resto, la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli Giudici. In passato, quando il Legislatore ha voluto assimilare o equiparare situazioni diverse al lavoro subordinato, ha precisato quali parti della disciplina della subordinazione dovevano trovare applicazione. In effetti, la tecnica dell'assimilazione o dell'equiparazione è stata più volte utilizzata dal Legislatore, ad esempio con l'art. 2 R.D. n. 1955 del 1923, con l'art. 2 l. n. 370 del 1934, e con l'art. 1, comma 1 l. n. 1204 del 1971, con cui il Legislatore aveva disposto l'applicazione al socio di cooperativa di alcuni istituti dettati per il lavoratore subordinato, nonché con l'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 626 del 1994, e art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 81 del 2008, in tema di estensione delle norme a tutela della salute e della sicurezza, e con l'art. 64 d.lgs. n. 151 del 2001 come successivamente modificato, che ha disposto l'applicazione alle lavoratrici iscritte alla Gestione Separata dell'INPS alcune tutele previste per le lavoratrici subordinate.

41. Non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c., ma si tratta di questione non rilevante nel caso sottoposto all'esame di questa Corte.

42. All'opposto non può neanche escludersi che, a fronte di specifica domanda della parte interessata fondata sul parametro normativo dell'art. 2094 c.c., il Giudice accerti in concreto la sussistenza di una vera e propria subordinazione (nella specie esclusa da entrambi i gradi di merito con statuizione non impugnata dai lavoratori), rispetto alla quale non si porrebbe neanche un problema di

disciplina incompatibile; è noto quanto le controversie qualificatorie siano influenzate in modo decisivo dalle modalità effettive di svolgimento del rapporto, da come le stesse siano introdotte in giudizio, dai risultati dell'istruttoria espletata, dall'apprezzamento di tale materiale effettuato dai Giudici del merito, dal convincimento ingenerato in questi circa la sufficienza degli elementi sintomatici riscontrati, tali da ritenere provata la subordinazione; il tutto con esiti talvolta difformi anche rispetto a prestazioni lavorative tipologicamente assimilabili, senza che su tali accertamenti di fatto possa estendersi il sindacato di legittimità.

43. Del resto la norma in scrutinio non vuole, e non potrebbe neanche, introdurre alcuna limitazione rispetto al potere del Giudice di qualificare la fattispecie riguardo all'effettivo tipo contrattuale che emerge dalla concreta attuazione della relazione negoziale, e, pertanto, non viene meno la possibilità per lo stesso di accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia, trattandosi di un potere costituzionalmente necessario, alla luce della regola di effettività della tutela (cfr. Corte Cost. n. 115 del 1994) e funzionale, peraltro, a finalità di contrasto all'uso abusivo di schermi contrattuali perseguite dal Legislatore anche con la disposizione esaminata (analogamente v. Cass. n. 2884 del 2012, sull'art. 86, comma 2 del d.lgs. n. 276 del 2003 in tema di associazione in partecipazione).

44. Il secondo ed il terzo motivo possono essere esaminati congiuntamente, stante la loro stretta connessione.

45. Con il secondo motivo, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., in correlazione con l'art. 111 Cost. La motivazione sarebbe caratterizzata da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili. La sentenza sarebbe giunta alla sussunzione della fattispecie concreta nell'art. 2, dopo aver descritto le modalità di espletamento della prestazione da parte degli appellanti in termini tali (libertà di dare la disponibilità ai turni, libertà di non presentarsi all'inizio del turno senza previa comunicazione e senza sanzione) da escludere alla radice l'etero-organizzazione, come poi delineata e assunta a base della sussunzione.

46. Con il terzo motivo, proposto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015 in relazione al requisito della etero-organizzazione. L'errore che nel secondo motivo si rifletterebbe sulla motivazione è qui denunciato direttamente come di errore di sussunzione e dunque come violazione di legge.

47. In realtà con il secondo motivo, pur se esso viene presentato come *error in iudicando*, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, si deduce un vizio di nullità della sentenza, rilevante ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4 (cfr. Cass., SU, n. 8053 del 2014), dolendosi la ricorrente di un contrasto irriducibile tra affermazioni della sentenza impugnata che sarebbero tra loro inconciliabili, in particolare in relazione a due dati funzionali all'accertamento della etero-determinazione dei tempi e

dei luoghi di lavoro dalla sentenza ritenuti decisivi, cioè, da una parte il “fattore tempo”, in particolare con riguardo alla circostanza che, secondo la Corte di Appello “Gli appellanti... lavoravano sulla base di una ‘turnistica’ stabilita dall’appellata” e, d’altra parte, al fattore “luogo della prestazione”, giacché la stessa sentenza riconosce che i lavoratori dovevano recarsi all’orario di inizio del turno in una delle tre zone di partenza definite (Piazza Vittorio Veneto, Piazza Carlo Felice o Piazza Bernini).

48. Sotto il primo profilo si fa valere che la stessa sentenza impugnata aveva riconosciuto che, pur trattandosi di fasce orarie predeterminate dalla società, questa non aveva il potere di imporre ai lavoratori di lavorare nei turni in questione o di non revocare la disponibilità data, oltre al fatto che si ammette nella sentenza della Corte territoriale che i lavoratori erano liberi di dare la propria disponibilità per i vari turni offerti dall’azienda, e che la stessa Corte aveva pure accertato l’insussistenza di un potere gerarchico disciplinare da parte della società nei confronti degli appellanti, giacché quest’ultima non aveva mai adottato sanzioni disciplinari a danno dei lavoratori anche se questi dopo aver dato la loro disponibilità la revocavano (funzione *swap*) o non si presentavano a rendere la prestazione (*no show*).

49. Sotto il secondo profilo, la ricorrente fa valere che la possibilità per il lavoratore di recarsi in una qualsiasi delle tre piazze indicate evidenziava che la scelta del luogo non era imposta dalla società.

50. Come si è notato, gli stessi elementi vengono valorizzati come vizio di sussunzione nella fattispecie disciplinata dall’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 come interpretato dalla Corte di Appello, e quindi come violazione di legge.

51. A parere della Corte le critiche mosse con le due doglianze in esame non valgono a censurare efficacemente la sentenza impugnata, che ha individuato l’organizzazione impressa ai tempi e al luogo di lavoro come significativa di una specificazione ulteriore dell’obbligo di coordinamento delle prestazioni, con l’imposizione di vincoli spaziali e temporali emergenti dalla ricostruzione del regolamento contrattuale e delle modalità di esecuzione delle prestazioni. In particolare, sotto il primo profilo, valorizzando l’impegno del lavoratore, una volta candidatosi per la corsa, ad effettuare la consegna tassativamente entro 30 minuti dall’orario indicato per il ritiro del cibo, sotto comminatoria di una penale. Sotto il secondo profilo, dando peso alle modalità di esecuzione della prestazione, in particolare: - all’obbligo per ciascun rider di recarsi all’orario di inizio del turno in una delle zone di partenza predefinite e di attivare l’applicativo *Hurrier*, inserendo le credenziali e avviando la geolocalizzazione; - all’obbligo, ricevuta sulla applicazione la notifica dell’ordine con indicazione dell’indirizzo del ristorante, di recarsi ivi con la propria bicicletta, prendere in consegna i prodotti, controllarne la corrispondenza con l’ordine e comunicare tramite apposito comando della applicazione il buon esito dell’operazione; - all’obbligo di consegna del cibo al cliente, del cui indirizzo il *rider* ha ricevuto comunicazione sempre tramite l’applicazione, e di conferma della regolare consegna.

52. Gli elementi posti in rilievo dalla ricorrente, se confermano l’autonomia del lavoratore nella fase genetica del rapporto, per la rilevata mera facoltà dello stesso ad obbligarci alla prestazione, non valgono a revocare in dubbio il requisito della etero-organizzazione nella fase funzionale di esecuzione del rapporto, determinante per la sua riconduzione alla fattispecie astratta di cui all’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

53. Come si osservava, se l’elemento del coordinamento dell’attività del collaboratore con l’organizzazione dell’impresa è comune a tutte le collaborazioni coordinate e continuative, secondo la dizione dell’art. 409 c.p.c., comma 3, nel testo risultante dalla modifica di cui all’art. 15, comma 1, lett. a) l. n. 81 del 2017 nelle collaborazioni non attratte nella disciplina dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 le modalità di coordinamento sono stabilite di comune accordo tra le parti, mentre nel caso preso in considerazione da quest’ultima disposizione tali modalità sono imposte dal committente, il che integra per l’appunto la etero-organizzazione che dà luogo all’applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

54. La Corte territoriale ha individuato gli aspetti logistici e temporali dell’etero-organizzazione, facendo leva sulla dimensione funzionale del rapporto, e dandone conto con una motivazione coerente, esente dal “contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili” denunciato dalla ricorrente.

55. Non sussistono dunque né il vizio di motivazione inferiore al “minimo costituzionale” (Cass., SU, n. 8053 del 2014, cit.) né quello di sussunzione risolvendosi in violazione di legge.

56. A conclusione della disamina dei primi tre motivi di ricorso deve osservarsi che, pur non avendo questo Collegio condiviso l’opinione della Corte territoriale quanto alla riconduzione dell’ipotesi prevista dall’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 a un *tertium genus*, intermedio tra la subordinazione ed il lavoro autonomo, e alla necessità di selezionare le norme sulla subordinazione da applicare, il dispositivo della sentenza impugnata deve considerarsi, per quanto detto, conforme a diritto, per cui la stessa sentenza non è soggetta a cassazione e la sua motivazione deve intendersi corretta in conformità alla presente decisione, ai sensi dell’art. 384 c.p.c., u.c., come richiesto dall’Ufficio del Procuratore Generale.

57. Non vi sono censure relative alle altre condizioni richieste per l’applicabilità dell’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 cioè il carattere esclusivamente personale della prestazione e il suo svolgimento in maniera continuativa nel tempo.

58. A conclusione del ricorso, la ricorrente prospetta poi, come quarto motivo, una questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, in discorso se interpretato come norma di fattispecie, come norma cioè idonea a produrre effetti giuridici e a dar vita a un terzo genere di rapporto lavorativo, a metà tra la subordinazione e la collaborazione coordinata e continuativa. Sotto un primo profilo la ricorrente osserva che la delega contenuta nella l. n. 183 del 2014, avrebbe autorizzato il Legislatore delegato a riordinare le tipologie contrattuali esistenti, ma non a

crearne di nuove. Se interpretato nei termini tracciati dalla Corte d'Appello di Torino, l'art. 2, si porrebbe dunque in contrasto con l'art. 76 Cost., in quanto esso violerebbe i limiti posti dal Legislatore delegante. Inoltre, sotto un secondo profilo, tale lettura renderebbe l'art. 2, irragionevole e dunque in contrasto con l'art. 3 Cost., equiparando i *riders* ai fattorini contemplati dalla contrattazione collettiva, a prescindere dalla effettiva equiparabilità delle mansioni svolte.

59. Sotto il primo profilo, la questione sollevata non ha più ragione di essere, avendo questa Corte ritenuto l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 norma di disciplina e non norma di fattispecie, dovendosi escludere che essa abbia dato vita ad un *tertium genus*, intermedio tra la

subordinazione ed il lavoro autonomo, per cui non può parlarsi di eccesso di delega, ben potendo inquadrarsi la norma in discorso nel complessivo riordino e riassetto normativo delle tipologie contrattuali esistenti voluto dal Legislatore delegante.

60. Sotto il secondo aspetto, il Collegio non ravvisa alcun profilo di irragionevolezza nella scelta del Legislatore delegato di equiparare, quanto alla disciplina applicabile, i soggetti di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 ai lavoratori subordinati, nell'ottica della tutela di una posizione lavorativa più debole, per l'evidente asimmetria tra committente e lavoratore, con esigenza di un regime di tutela più forte, in funzione equilibratrice. (*omissis*).

La vicenda dei *riders*: tra esigenza di protezione dei lavoratori e qualificazione del rapporto di Giuseppina Mortillaro (*)

Con la sentenza 24 gennaio 2020, n. 1663, la Corte di cassazione è intervenuta sulla questione dei *riders*, ritenendo applicabile la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, in forza della disposizione contenuta nell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, intesa quale norma di natura rimediante e anti-elusiva. Per quanto la decisione della Corte sia in linea con l'esigenza di protezione che si coglie nel citato art. 2, il problema di qualificazione del rapporto rimane aperto ed è destinato ad avere importanti ripercussioni pratiche, con particolare riferimento all'applicazione integrale (o meno) della disciplina del rapporto di lavoro subordinato e alle deroghe possibili tramite la contrattazione collettiva.

With the judgment n. 1663/2020, the Court of Cassation intervened on the matter of riders, considering applicable the discipline of the employment relationship, pursuant to the provision contained in art. 2, paragraph 1, D.Lgs. n. 81/2015, understood as a remedial and anti-circumvention rule. Although the Court's decision is in line with the need for protection in the above mentioned art. 2, the problem of the qualification of the relationship remains open and is likely to have significant practical repercussions, with particular reference to the full application (or not) of the regulation of the employment relationship and possible derogations through collective bargaining.

La trasformazione dei processi produttivi. I bisogni di tutela

Le recenti trasformazioni del mondo del lavoro, con particolare riguardo all'innovazione digitale e alla diffusione della *gig economy* (1), hanno evidenziato che "molte delle categorie utilizzate finora dal diritto del lavoro non sono più adatte a interpretare le nuove realtà del lavoro e delle imprese" (2), senza che uno sforzo di adeguamento di tali categorie possa sempre bastare a

garantire la loro capacità di rispondere al mutamento dei processi produttivi.

Di contro il bisogno di tutela dei lavoratori, in termini non soltanto (ma anche) retributivi, non è venuto meno per effetto delle trasformazioni del lavoro, perché ad esse non si è sempre accompagnato un rafforzamento della posizione dei lavoratori; il lavoro moderno è spesso divenuto, oltre che compensato in modo insufficiente, anche più precario. Così, se da una parte la maggiore flessibilità del lavoro, anche in termini di tempo e di luogo della

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Per un approfondimento sui rapporti tra diritto del lavoro e nuove tecnologie, v. P. Ichino, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 4, 524; M. Weiss, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del*

lavoro, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 3, 715; P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Labour & Law Issues*, 2016, 2, 2; T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. e dir.*, 2017, 3-4, 367.

(2) B. Caruso-R. Del Punta-T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdle.lex.unict.it/>, 2020, 3.

prestazione, ha avuto grandi meriti (lo *smart working*, che postula proprio tale flessibilità, è stato indispensabile ad esempio nella fase dell'emergenza sanitaria), dall'altra parte alcune "nuove" forme di organizzazione del lavoro hanno ancora un volto troppo amaro. La forte denuncia di *Ken Loach* nel suo ultimo "Sorry We Missed You" ha mostrato, sia pure con una certa enfasi, proprio questo volto.

Al bisogno di tutela il diritto del lavoro ha dovuto, e deve ancora, in qualche modo rispondere, alcune volte elaborando nuove categorie o fattispecie, altre volte leggendo in chiave evolutiva quelle classiche (così come è avvenuto con riferimento alla stessa nozione di subordinazione (3)).

L'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 ha voluto essere una delle risposte del Legislatore nazionale per quelle situazioni, le collaborazioni coordinate e continuative, spesso, ma non solo, conseguenti al mutamento delle dinamiche del lavoro tradizionale, che avrebbero potuto finire per rimanere prive di sufficiente tutela. La disposizione, nella formulazione originaria, prevedeva che, con decorrenza dal 1° gennaio 2016, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato si sarebbe applicata anche "ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative, le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro", salve le eccezioni di cui al comma 2 della medesima disposizione, tra le quali quella "delle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore".

L'art. 52 del medesimo decreto ha abrogato la disciplina normativa del contratto di lavoro a progetto. Mentre non è stato abrogato né dal D.Lgs. n. 81/2015, né da altri interventi normativi successivi l'art. 409, n. 3, c.p.c. che ha però subito una modifica per effetto della L. n. 81/2017 che ha aggiunto, dopo le parole "anche se non a carattere subordinato", il seguente periodo: "La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

In seguito è intervenuto il D.L. n. 101/2019, convertito con modificazioni con L. n. 128/2019, che, nel modificare il comma 1 dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, ha sostituito "esclusivamente" con "prevalentemente", ha soppresso "anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro" e ha aggiunto infine il periodo "Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

Lo stesso decreto n. 101/2019 ha inserito nel D.Lgs. n. 81/2015 gli artt. 47-bis - 47-octies, in tema di tutela del lavoro autonomo mediante piattaforma digitale, facendo salvo tuttavia quanto previsto dall'art. 2, comma 1 (così il comma 1 dell'art. 47-bis, D.Lgs. n. 81/2015).

Fermo quanto si dirà *infra* circa la valenza da attribuire all'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 ai fini della qualificazione del rapporto (questione molto dibattuta, che non ha ancora una soluzione idonea a comporre i numerosi dubbi), la finalità della norma è abbastanza chiara. Lo scopo della previsione è stato quello di assicurare un sistema di protezione ai lavoratori operanti in una "terra di mezzo" tra subordinazione e autonomia nei casi in cui ricorrano i presupposti indicati dalla norma.

Non stupisce pertanto che, muovendo appunto dalla finalità della norma, la prima circolare ministeriale sull'art. 2, nel fornire indicazioni al personale ispettivo, abbia ravvisato nella disposizione una sorta di semplificazione operativa, che, sollevando il personale ispettivo dal giudizio qualificatorio, faceva convogliare le situazioni dubbie nella disciplina della subordinazione: "... il Legislatore, rispetto alle fattispecie indicate dall'art. 2, comma 1, in esame, ha inteso far derivare le medesime conseguenze legate ad una riqualificazione del rapporto, semplificando di fatto l'attività del personale ispettivo che, in tali ipotesi, potrà limitarsi ad accertare la sussistenza di una etero-organizzazione" (4).

La vicenda dei *riders* si colloca proprio in un contesto, non tradizionale, di organizzazione del lavoro mediante piattaforma digitale (5), un contesto nel quale le categorie classiche - autonomia e subordinazione - sono risultate inadatte, per difetto e anche per eccesso, ad approntare ai lavoratori tutele rispondenti al rapporto posto in essere.

(3) F. Lunardon, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in F. Carinci - M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, Milano, 2002, 89 ss.; G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *Giornale di dir. lav. e di rel. ind.*, 1998, 79, 429 ss.

(4) Circ. Min. Lav. 1° febbraio 2016, n. 3.

(5) A. Donini, *Il lavoro digitale su piattaforma*, in *Labour & Law Issues*, 2015, 1, 49 ss.; E. Dagnino, *Le proposte legislative in materia di lavoro da piattaforma: lavoro, subordinazione, autonomia*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 207 ss.

Il tema è diverso da quello più noto - che pure si può prospettare anche con riguardo ai *riders* e in generale al lavoro gestito mediante piattaforma - di un rapporto formalmente qualificato come autonomo, ma poi nei fatti realizzato con le caratteristiche della subordinazione. In tali ipotesi infatti si tratta, attraverso la riqualificazione giudiziale, di riportare il rapporto concretamente attuato alla fattispecie della subordinazione.

Nel caso “genuino” dei *riders* invece non vi è discostamento tra la fase genetica del rapporto e quella attuativa, difettando tanto nell’una, quanto soprattutto nell’altra, il potere direttivo datoriale e dunque la subordinazione in senso stretto (a meno di non volere leggere la subordinazione in senso allargato come “dipendenza economica” o di ravvisarla - così come aveva fatto la Corte di cassazione con l’orientamento espresso nella sentenza n. 3457/2018 - anche in presenza della libertà del lavoratore di accettare il turno predisposto e, in caso di impossibilità sopravvenuta, di attivarsi per cercare un sostituto; merita richiamare al riguardo la recentissima sentenza “Foodinho”, con cui il Tribunale di Palermo (6) ha riqualificato il rapporto di un *rider* come subordinato in relazione alle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, ritenendo la prestazione completamente organizzata dall’esterno e la libertà di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione, nel caso dei *riders* soltanto apparente perché, sulla base del funzionamento dell’algoritmo, non sarebbe il *rider* a scegliere quando lavorare).

Riportando tuttavia all’alveo del lavoro autonomo il rapporto dei *riders* con la società che gestisce la piattaforma, le conseguenze non avrebbero potuto che essere quelle della non applicabilità delle tutele proprie del lavoro subordinato, con un vuoto di protezione per lavoratori bisognosi invece di tale protezione per essere il lavoro dei *riders* un lavoro povero e anche precario, peraltro non più relegato al fenomeno marginale dell’economia dei lavoretti degli studenti nel fine settimana.

Prendendo le mosse dall’esigenza di porre rimedio alla debolezza contrattuale ed economica di lavoratori come i *riders*, la risposta dell’ordinamento avrebbe potuto essere di vario genere.

Un’opzione avrebbe potuto essere quella di intervenire sulla fattispecie subordinazione di cui all’art. 2094 c.c., allargandone le maglie per ricondurre fattispecie finora non ricomprese all’interno della stessa. Si tratta di un percorso non nuovo in giurisprudenza, che, per superare il difficile *impasse* del giudizio qualificatorio ancorato alla prova della presenza o meno del potere direttivo, ha fatto leva sugli indici sintomatici della subordinazione (anche nella forma “attenuata” (7)), tra i quali un peso sempre maggiore è stato attribuito all’inserimento funzionale del lavoratore nell’organizzazione dell’impresa, fino ad arrivare a sostenere che la predisposizione da parte del committente di un’organizzazione nella quale il lavoratore deve necessariamente inserirsi per rendere la prestazione sia essa stessa etero-direzione (8).

Una diversa strada avrebbe potuto essere quella di introdurre un terzo genere, nel quale collocare le figure rientranti nell’area intermedia tra subordinazione e autonomia, stabilendo la disciplina applicabile o dando vita a uno statuto di tutele a sé stanti. Ancora sarebbe stato possibile fare ricorso a un ampliamento delle tutele per i lavoratori autonomi, riconoscendo loro un nucleo universale di diritti (un passo avanti in questa direzione si è avuto con la L. n. 81/2017, e con il D.L. n. 101/2019, convertito con L. n. 128/2019, ma si tratta di interventi ancora insufficienti).

L’art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 è stata una risposta di “non agevole lettura”, perché, nonostante l’apprezzabile finalità di soddisfare un bisogno di protezione, genera un vero rompicapo in termini di qualificazione del rapporto, come si evince dalla stessa sentenza in commento che con tale norma ha dovuto misurarsi.

Il processo e l’approdo della Corte di cassazione

La vicenda processuale muove dalla sentenza 7 maggio 2018 con la quale il Tribunale di Torino (9) ha rigettato il ricorso di alcuni *riders*, assunti da Foodinho con contratto di collaborazione, coordinata e continuativa, per l’attività di addetti alle consegne di pasti a domicilio. Il ricorso era volto a ottenere in via principale l’accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro e la declaratoria di illegittimità

(6) Trib. Palermo 24 novembre 2020, in *Guida dir.*, 2020, 49, 54.

(7) Cass. civ. 16 novembre 2018, n. 29640; Cass. civ. 10 maggio 2016, n. 9463.

(8) Cass. civ. 7 aprile 2003, n. 5426; Cass. civ. 13 febbraio 2018, n. 3457.

(9) Trib. Torino 7 maggio 2018, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 2, 371 ss.; M. Biasi, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di*

Foodora, in *Arg. dir. lav.*, 4-5, 2018, 1227 ss. Sulla sentenza v. C. Scognamiglio, *Caso Foodora: dilatazione della nozione di lavoro subordinato o costruzione di uno statuto normativo del lavoratore autonomo debole?*, in questa *Rivista*, 2018, 1033; in senso analogo, Trib. Milano 10 settembre 2018, in *Guida al lav.* 2018, 37, 16 ss.

del licenziamento che sarebbe stato loro intimato e, in via gradata, l'accertamento della natura etero-organizzata del rapporto ai sensi dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015.

Il Tribunale, nel respingere il ricorso, ha escluso tanto la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, quanto l'applicabilità dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 in ragione delle concrete modalità con le quali l'attività dei ricorrenti era organizzata e di fatto espletata. Dall'istruttoria era emerso che i lavoratori - i quali dovevano essere in possesso di una bicicletta e di uno *smartphone*, mentre l'ulteriore materiale era consegnato da Foodinho previo versamento di una cauzione di euro 50,00 - dopo avere compilato un *format* sul sito di Foodinho e avere effettuato un colloquio preliminare, erano chiamati a stipulare il contratto di collaborazione. Stipulato il contratto vi era autonomia dei *riders* di candidarsi o meno per una corsa; era previsto infatti che il collaboratore avrebbe agito in autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo di subordinazione, potere gerarchico o disciplinare, ovvero a vincoli di presenza o di orario, ma era tuttavia fatto salvo il generale coordinamento con l'attività della committente. Solo se il lavoratore decideva di candidarsi assumeva l'impegno a eseguire la corsa entro trenta minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo, impegno la cui inosservanza era sanzionata con una penale di euro 15,00. Era prevista la possibilità di recedere liberamente dal contratto, anche prima della scadenza concordata, con comunicazione scritta da inviarsi all'altra parte a mezzo raccomandata a/r con 30 giorni di anticipo. Nel contratto era stabilito un importo lordo, pari a euro 5,60, per ogni ora di disponibilità e vi era l'obbligo di inoltrare la domanda alla gestione separata dell'INPS, con impegno della committente a versare il relativo contributo. Il rapporto era gestito mediante piattaforma digitale collegata a un applicativo presente sullo *smartphone* nella disponibilità del *rider*. Gli slot erano resi noti, con cadenza settimanale, sulla piattaforma ed era indicato da Foodinho il numero di collaboratori necessari a garantire il servizio. Ogni *rider* liberamente poteva candidarsi per un determinato slot senza avere però alcun obbligo di farlo e, solo una volta pervenute le candidature, il responsabile di Foodinho confermava ai *riders* il turno. A quel punto il *rider* doveva recarsi all'orario di inizio in un'area di partenza (nella città di Torino ve ne

erano tre) e da lì inserire i dati per la geolocalizzazione, ricevendo la notifica dell'ordine con l'indicazione dell'indirizzo del ristorante. Dopodiché il *rider*, confermato l'ordine, doveva andare al ristorante, ritirare la consegna, verificarla, confermare l'esito della verifica, effettuare la consegna al cliente e confermarne l'avvenuta esecuzione. Il tutto sempre tramite l'applicativo.

Sulla base di quanto emerso dall'istruttoria il Giudice di prime cure aveva valorizzato la volontà delle parti, quella cioè di sottoscrivere contratti di collaborazione coordinata e continuativa; la libertà - anche nei fatti - del *rider* di candidarsi o meno a coprire il turno e di Foodinho di accettare o meno la candidatura, senza obblighi reciproci in un senso o in un altro; l'assenza di poteri direttivi, anche laddove il turno fosse stato accettato.

Facendo leva su questi elementi il Tribunale di Torino aveva ritenuto di escludere la subordinazione. Ma aveva anche escluso l'applicazione della norma contenuta nell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, ritenendola una norma improduttiva di effetti giuridici nuovi nell'ordinamento sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro. Secondo il Tribunale infatti l'art. 2 sarebbe una norma soltanto apparente, in quanto, per aversi le conseguenze previste dalla stessa, non potrebbe comunque prescindere dall'accertamento in sede giudiziale della sussistenza del potere direttivo; il che, nella prospettiva del Tribunale, troverebbe conferma nel richiamo, contenuto nella formulazione originaria della disposizione, "anche" ai tempi e al luogo della prestazione, laddove la congiunzione "anche" presupporrebbe la necessaria esistenza di qualcos'altro, per l'appunto il potere direttivo. Il Tribunale ha finito così per assegnare all'art. 2 un raggio applicativo ancora più ristretto di quello dell'art. 2094 c.c. (10).

La Corte d'Appello di Torino, investita del gravame, con sentenza del 4 febbraio 2019 (11), in parziale riforma della sentenza impugnata, confermando la correttezza della ricostruzione fattuale fatta dal Giudice di prime cure, ha accolto la domanda proposta in via di subordine dai *riders*, riconoscendo l'applicazione dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, con condanna di F. al pagamento delle differenze retributive tra quanto percepito dai lavoratori (euro 5,60 lordi per ogni ora di disponibilità) e quanto spettante

(10) P. Tullini, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lav. dir. Europa*, 2018, 1, 8;

(11) App. Torino 4 febbraio 2019, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, 340. In senso analogo, ma con riferimento a lavoratori dei *call center*, Trib. Roma 6 maggio 2019, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 3, 936.

sulla base del CCNL trasporto e logistica per il V livello di inquadramento (12).

Secondo la Corte l'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 non sarebbe affatto una norma apparente, improduttiva di effetti giuridici nell'ordinamento, ma si collocherebbe anzi, dando vita a un terzo genere (quello del lavoro etero-organizzato), tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. e le collaborazioni coordinate e continuative previste dall'art. 409, n. 3, c.p.c. Con la conseguenza che la tutela prevista dall'art. 2 ben potrebbe essere limitata ad alcune soltanto delle norme del rapporto di lavoro subordinato (in materia di salute e sicurezza, orario di lavoro e ferie, garanzie retributive), non essendo quello etero-organizzato un rapporto di lavoro subordinato.

Con la sentenza 24 gennaio 2020, n. 1663, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza della Corte territoriale, ma lo ha fatto sulla base di un altro iter argomentativo, incentrato su una diversa lettura dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015 (nel testo anteriore al D.L. n. 101/2019, convertito con modificazioni con L. n. 128/2019).

La Corte ha adottato un approccio pragmatico, che supera, senza però sciogliere, il nodo della qualificazione del rapporto.

Facendo leva sulle nuove forme di lavoro e sulle difficoltà connesse a una ricostruzione unitaria di esse, la Corte ha dato rilievo ad alcuni indici (già noti nell'elaborazione giurisprudenziale: personalità, continuità, etero-organizzazione) in presenza dei quali sussiste l'esigenza di tutela della situazione giuridica sottesa, ancorché non ricorra la subordinazione (13). È la meritevolezza del bisogno sotteso a determinare in altre parole l'applicazione della disciplina, che avrebbe sì portata innovativa, ma in un'ottica soltanto rimediabile ("vi è l'approccio 'rimediabile', che rinviene in alcuni indicatori normativi la possibilità di applicare una tutela 'rafforzata' nei confronti di alcune tipologie di lavoratori (quali quelli delle piattaforme Digitali considerati 'deboli'), cui estendere le tutele dei lavoratori subordinati"), anche per evitare che, con l'abrogazione delle disposizioni - e relative sanzioni - sul contratto di lavoro a progetto per effetto dell'art. 52, D.Lgs. n. 81/2015, si

estendesse in maniera abusiva l'area delle collaborazioni coordinate e continuative. In tale prospettiva, secondo la Corte, non avrebbe senso "interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina. Tanto si spiega in una ottica sia di prevenzione sia 'rimediabile'". La sentenza segna una tappa molto importante nella vicenda dei *riders*, ma lascia aperte molte incertezze, dal momento che, per quanto l'approccio rimediabile sia quello che meglio coglie la finalità dell'art. 2, dal tema della qualificazione del rapporto non pare potersi prescindere per risolvere quanto meno due importanti problemi applicativi: - se l'estensione della disciplina della subordinazione (anche a volerla leggere in chiave soltanto "rimediabile") sia integrale o meno; - quale spazio di deroga abbia la contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015.

Il nodo della qualificazione del rapporto

Dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 sono state fornite diverse ipotesi interpretative.

È stato sostenuto che la norma sarebbe soltanto apparente, inidonea cioè a esplicare portata innovativa nell'ordinamento. L'interprete non sarebbe sollevato, per potere applicare la disciplina della subordinazione, dall'andare a ricercare il tratto distintivo della stessa, ossia il potere direttivo, non essendo sufficiente l'organizzazione dei tempi e dei luoghi a opera del committente. A favore della tesi della norma apparente - condivisa dal Tribunale di Torino (14) - milita(va) il fatto che, nella formulazione originaria, la disposizione facesse riferimento alle prestazioni di lavoro "... le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente 'anche' con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro"; si assumeva infatti che l'utilizzo di "anche" non potesse che postulare la necessaria sussistenza del potere

(12) R. De Luca Tamajo, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lav. dir. Europa*, 2019, 1; U. Carabelli-C. Spinelli, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 2, 91 ss.; M. Del Frate, *Le collaborazioni etero-organizzate alla prova della giurisprudenza di merito*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 3; F. Martelloni, *La Corte d'Appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, in

www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-d-appello-di-torino-tira-la-volata-ai-riders-di-foodora_17-04-2019.php.

(13) M.T. Carinci, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 1, 49; *Ead.*, *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, 488.

(14) In senso analogo anche Trib. Milano 10 settembre 2018, in *D&G*, 18 ottobre 2018.

direttivo in aggiunta all'organizzazione dei tempi e luoghi di lavoro (15). La tesi, per quanto ben argomentata, non appare condivisibile per concorrenti ragioni. Innanzi tutto perché, nella scelta tra più opzioni interpretative, occorre cogliere quella che dia un senso alla disposizione, mentre la tesi della norma apparente relegherebbe all'inutilità l'intervento del Legislatore. Inoltre, così declinata, la norma finirebbe addirittura per rendere più ristretta l'area della subordinazione, richiedendo "anche" un'organizzazione dei tempi e dei luoghi che l'art. 2094 c.c. non pretende quando viene fornita la prova del potere direttivo, di cui l'organizzazione dei tempi e dei luoghi di lavoro può essere al più un indice sintomatico. E infine, in ragione del contesto in cui l'intervento è maturato e della chiara finalità della norma, l'espressione "anche" non poteva che leggersi come "anche solo", a indicare come fosse sufficiente anche (la sola) organizzazione dei tempi e dei luoghi di lavoro per far scattare la tutela. Ad ogni buon conto l'intervento normativo del 2019, che ha soppresso il riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro, ha determinato di fatto il superamento di questa tesi.

Un'altra tesi riporta invece l'art. 2 all'area della subordinazione, non ravvisando tratti distintivi tra il lavoro etero-diretto e quello etero-organizzato, il quale ultimo sarebbe il precipitato di un'evoluzione giurisprudenziale che avrebbe valorizzato alcuni indici tipologici del rapporto di lavoro subordinato (la personalità della prestazione, la continuità della stessa, l'organizzazione datoriale dei tempi e dei luoghi di lavoro, l'inserimento funzionale in azienda) (16). Tuttavia, se da un lato questa tesi si pone in piena linea con il percorso giurisprudenziale che ha interpretato in chiave evolutiva la nozione di subordinazione, dall'altro lascia aperti alcuni interrogativi. Laddove si riconoscesse infatti che gli indici enunciati dalla norma siano rivelatori di un rapporto di lavoro subordinato, il giudizio di qualificazione giudiziale dovrebbe portare a ricondurre il rapporto

all'alveo dell'art. 2094 c.c. e pertanto a ritenere applicabile la relativa disciplina non in via indiretta attraverso l'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, ma in via diretta tramite lo stesso art. 2094 c.c. Coerentemente con questa tesi la disciplina della subordinazione dovrebbe applicarsi integralmente al lavoro etero-organizzato, non essendovi ragioni per escluderne alcune parti. Tuttavia "estendere", come ha fatto l'art. 2, anche ai rapporti etero-organizzati la disciplina del rapporto di lavoro subordinato sembra sottintendere che, senza l'intervento legislativo, quella disciplina non sarebbe stata applicabile, cosa che non avrebbe potuto essere se quei rapporti di lavoro fossero stati ritenuti di natura subordinata. Ma soprattutto la tesi della subordinazione non spiegherebbe come mai, nel comma 2 del medesimo art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, sia esclusa la necessaria applicazione della disciplina della subordinazione per le "collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Si obietta infatti che la disciplina della subordinazione può essere esclusa dalla contrattazione collettiva soltanto perché di subordinazione non si tratta, ostandovi altrimenti le regole di indisponibilità ad opera delle parti (17).

Vi è poi chi colloca l'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 nell'alveo del lavoro autonomo (18). La tesi, anche prima della riforma intervenuta con il D.L. n. 101/2019, convertito con L. n. 128/2019, che l'ha rafforzata, appare quella complessivamente più coerente. E infatti solo la riconducibilità del lavoro etero-organizzato al lavoro autonomo giustifica sia la possibilità della contrattazione collettiva di intervenire evitando l'applicazione della disciplina della subordinazione (non sussisterebbe infatti l'indisponibilità ad opera delle parti sociali), sia il perché la disposizione

(15) P. Tosi, *L'art. 2 c. 1 d.lgs. n. 81 del 2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 117 ss.

(16) O. Mazzotta, *Lo strano caso delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Labor*, 2016, 7 ss.; Id., *L'inafferrabile etero direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, 5 ss.; v. anche G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 328/2017, 20 ss.

(17) Sull'indisponibilità del tipo contrattuale, Corte Cost. n. 121/1993 e n. 115/1994; principio ribadito, più di recente, anche da Corte Cost. n. 76/2015; M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 1995, 63; ora in M. D'Antona, *Opere*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, vol. I, Milano, 2000.

(18) A. Perulli, *Subordinazione, lavoro autonomo e i contratti di collaborazione*, in *Fonti e tipologie di contratti di lavoro*, 1, *Lavoro, Pratica Professionale*, diretto da P. Curzio - L. Di Paola - R. Romei, Milano, 2017, 164 ss.; Id., *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, 303 ss.; ancora Id., *Il diritto del lavoro oltre la subordinazione. Le collaborazioni etero organizzate e le tutele minime per i raiders autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 410/2020; Id., *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, 1; R. Del Punta, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 2, 358; A. Maresca, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero organizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1, 146 ss.

dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 “estenda” una disciplina invece che prevederne la diretta applicazione, come dovrebbe essere se si trattasse di subordinazione. La qualificazione in termini di lavoro autonomo consente infine di individuare e giustificare sistematicamente aree di non applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, benché, in assenza di indicazioni normative, lasci all'interprete, e dunque al solo vaglio giudiziale, la selezione di volta in volta della normativa applicabile. Ciò con l'effetto di obiettiva incertezza del diritto e delle tutele su temi tutt'altro che secondari (si pensi alla disciplina previdenziale, a quella limitativa dei licenziamenti, a quella sulle sanzioni disciplinari).

Parimenti convincente è anche la tesi del “terzo genere” (19), che - purché incanalata in una direzione comunque più vicina al lavoro autonomo che a quello subordinato - valorizza, contrariamente a quanto fatto in alcune pronunce della Suprema Corte (20), il dato dell'autonomia contrattuale del collaboratore nel rendere o meno la prestazione, pur dando un peso specifico agli elementi indicati dall'art. 2 (continuità, personalità, organizzazione unilaterale del committente) per giustificare l'applicazione (di alcune) delle tutele tipiche del rapporto di lavoro dipendente. L'etero-organizzazione si distinguerebbe tanto dalla subordinazione pura, quanto dalla collaborazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c., che avrebbe così - in particolare dopo la riforma del 2019 (21) - uno spazio ancora più ristretto di applicazione.

Vicina a questa tesi è quella del terzo genere, inteso però come autonomo centro di produzione effetti giuridici. Parte della dottrina infatti, nel commentare la sentenza della Corte di cassazione n. 1663/2020, ha sostenuto che la lettura, fatta dalla Corte, dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 come norma di disciplina, sarebbe “solo per alludere, con un'espressione sintetica, al fatto che tale norma non modifica le nozioni di lavoro subordinato e di lavoro autonomo, ma non può essere contestato che essa crei, comunque, una nuova fattispecie legale - quella appunto delle collaborazioni

organizzate dal committente - che, pur non configurando un nuovo tipo contrattuale, costituisce un distinto centro di imputazione di propri effetti giuridici” (22).

Esclusa, anche per effetto dell'intervento normativo del 2019, la tesi che vorrebbe l'art. 2 quale norma soltanto apparente, tutte le altre tesi (23) lasciano aperto qualche dubbio, attesa la formulazione non propriamente felice della previsione normativa, della quale è però chiara la finalità di protezione.

Fissata la finalità della norma, la questione della qualificazione resta. E non vale a risolverla l'intervento della Corte di cassazione che, per quanto nella vicenda concreta non abbia dovuto risolverlo (ostandovi il giudicato formatosi sulla relativa domanda), lascia aperto il problema dell'integrale applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato. La Corte al riguardo ha fatto riferimento a un rinvio “integrale” alla disciplina (come del resto aveva già fatto la circolare ministeriale), ma ha precisato di non potere escludere situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare “che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c.”, così riconoscendo in qualche modo che l'approccio pragmatico della norma di disciplina non può non fare i conti con il problema della qualificazione.

Subordinazione, etero-organizzazione e coordinamento

Tirando le fila del discorso, si possono individuare alcune direttrici lungo le quali muoversi per provare a orientarsi, pur tra molte incertezze, nel difficile problema della qualificazione del rapporto.

La norma dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 ha senz'altro innovato nell'ordinamento.

I rapporti etero-organizzati, aventi i presupposti indicati dalla norma, possono anche essere ritenuti un terzo genere, che viene a collocarsi tuttavia più nell'alveo dell'autonomia che in quello della

(19) In tal senso, si era già espressa la Corte d'Appello di Torino nella sentenza poi sottoposta al vaglio della Corte di cassazione.

(20) V. Cass. civ. n. 3457/2018, cit.; F. Ferraro, *Inserimento funzionale dei navigator nel centro per l'impiego e riqualificazione in lavoro subordinato tra metodo sussuntivo e metodo tipologico*, ne *Igiuslavorista.it*, 29 marzo 2019.

(21) P. Ichino, *Per proteggere i rider via le collaborazioni autonome*, ne *Lavoce.info*, 26 ottobre 2019.

(22) G. Proia, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, nota a Cass. civ. 24 gennaio 2020, n. 1163, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, 499.

(23) R. Diamanti, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 105 ss.; S.

Ciucciiovino, *Le “collaborazioni organizzate dal committente” nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, 321 ss.; G. Ferraro, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, 53 ss.; L. Nogler, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità dal punto di vista giuridico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, n. 267/2015; M. Pallini, *Dalla etero-direzione alla etero-organizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 1, 65 ss.; L. Tria, *Le “collaborazioni organizzate dal committente” tra diritto europeo e giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 1, 37 ss.; O. Razzolini, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, n. 266/2015.

subordinazione, non essendo altrimenti coerente né la dizione letterale della norma che si limita ad estendere la disciplina evidentemente dettata per qualcos'altro, né la deroga del comma 2.

È necessario pertanto distinguere i rapporti contemplati dall'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 da quelli subordinati e da quelli di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c.

Si tratta, sotto il primo profilo, di un'operazione - ben nota nella casistica giurisprudenziale - volta ad accertare, anche attraverso indici tipologici "sintomatici", la sussistenza dei presupposti dell'art. 2094 c.c., accertati i quali la disciplina della subordinazione sarà direttamente e interamente applicabile essendo quello un rapporto di lavoro subordinato.

Ben più complesso è invece distinguere il rapporto di lavoro etero-organizzato dalla collaborazione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. Venuto meno, per effetto dell'intervento normativo del 2019, il riferimento ai tempi e al luogo della prestazione e sostituito l'avverbio "esclusivamente" con "prevalentemente", le collaborazioni coordinate e continuative dell'art. 409, n. 3, c.p.c. sono rimaste confinate in uno spazio molto più ristretto, per quanto tuttavia ancora possibili. Leggendo la formulazione attuale dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 e confrontandola con quella dell'art. 409, n. 3, c.p.c., come modificato dalla L. n. 81/2017, la differenza - peraltro in linea con la diversa esigenza di protezione che sottostà alle due norme - risiede nel modo di atteggiarsi del coordinamento. Il coordinamento dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, tanto nella fase genetica, quanto in quella esecutiva del rapporto, è rimesso unilateralmente al committente, mentre le modalità di coordinamento dell'art. 409, n. 3, c.p.c. sono stabilite di comune accordo tra le parti (24) e, sulla base di tale accordo, il collaboratore organizza la propria attività. In un caso il collaboratore "subisce" dunque l'organizzazione del committente, dovendo necessariamente collocarsi all'interno della stessa e dovendo mutare le modalità della propria prestazione in relazione alle modifiche che il committente imprime alla propria organizzazione; pertanto il collaboratore è considerato più bisognoso di protezione. Nell'altro caso invece il collaboratore contribuisce con il committente a determinare le modalità di coordinamento.

Solo l'accertamento dell'etero-organizzazione, intesa quale modalità di coordinamento stabilita unilateralmente dal committente porterà, in assenza di

contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015 (come avvenuto per i *call center*), all'applicazione della disciplina della subordinazione per effetto del comma 1 del richiamato art. 2, ben potendo - così ricostruita la fattispecie - limitarsi detta applicazione a una parte soltanto della disciplina prevista per il rapporto di lavoro subordinato. Ai collaboratori non etero-organizzati che svolgono la propria attività tramite sistemi di piattaforme digitali si applicherà comunque il nucleo di tutele di cui agli artt. 47-bis ss., D.Lgs. n. 81/2015.

Rimane tuttavia rimessa all'esclusiva valutazione della giurisprudenza l'individuazione della parte di disciplina del rapporto di lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, con il rischio di tutele disomogenee che invece la norma dell'art. 2 avrebbe dovuto scongiurare; anche a volere ritenere sufficiente l'indicazione data, sia pure *obiter dictum*, dalla Corte di cassazione del giudizio di "compatibilità", i margini di incertezza sarebbero tali e tanti (basti pensare alla materia dei licenziamenti individuali e collettivi, alle sanzioni disciplinari che postulano la violazione di doveri tipici del lavoratore subordinato *ex art. 2104 e art. 2105 c.c. o all'interposizione di manodopera*) da imporre *ab origine* la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato. E probabilmente questa è una delle finalità (non dichiarate) dell'art. 2, che - anche topograficamente - si colloca immediatamente dopo l'art. 1, D.Lgs. n. 81/2015 secondo il quale il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro. È quanto mai auspicabile un intervento normativo che, eventualmente anche solo per esclusione, indichi la parte della disciplina del rapporto di lavoro subordinato non applicabile al lavoro etero-organizzato, sì da fare maggiore chiarezza, se non altro in termini applicativi, sul perimetro della disposizione.

La tutela dei *riders* nell'emergenza sanitaria

La sentenza della Corte di cassazione e il dibattito che ne è seguito sulla protezione dei *riders* in rapporto all'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 hanno fornito un'importante base di riflessione per una recentissima giurisprudenza di merito, chiamata a pronunciarsi, peraltro in via d'urgenza, sui dispositivi di sicurezza anti-covid da assegnare ai *riders* nella fase dell'emergenza sanitaria (25).

(24) M. Persiani, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, 1, 8 ss.; secondo l'A. il richiamo al "comune accordo" tra le parti in ordine alle forme di coordinamento rappresenterebbe una vera contraddizione in termini.

(25) R. Santoni Rugiu, *Le tutele necessarie: la Corte di Cassazione sul rapporto di lavoro dei riders anticipa la legge e fornisce risposte utili in tempo di epidemia*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-tutele-necessarie-la-corte-di-cassazione-sul-ra_17-03-2020.php.

Oltre al decreto *inaudita altera parte* emesso dal Tribunale di Bologna (26) con il quale il Giudice ha ordinato a una società di *food delivery* di fornire a un *rider* i dispositivi di protezione individuale (guanti monouso, mascherine protettive, gel disinfettante e prodotti alcolici per la pulizia dello zaino), si segnala l'ordinanza del 5 maggio 2020, preceduta da un provvedimento cautelare *ante causam* del 1° aprile 2020, del Tribunale di Firenze (27).

Il Tribunale di Firenze ha ritenuto il rapporto dei *rider*s ricompreso tra le collaborazioni etero-organizzate e quindi soggetto alla disciplina dell'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, distinguendo l'etero-organizzazione dal coordinamento proprio di tutte le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. "per il fatto che in queste ultime le modalità di coordinamento sono stabilite di comune accordo tra le parti, mentre nel caso preso in considerazione dall'art. 2 cit. sono imposte dal committente". Ciò a maggior ragione dopo la riforma del 2019, sulla quale il Tribunale ha avuto modo di soffermarsi.

Dalla ritenuta sussistenza della natura etero-organizzata del rapporto, il Tribunale ha fatto discendere

l'applicazione della disciplina a tutela delle condizioni di igiene e sicurezza dei luoghi di lavoro, con correlativi obblighi a carico della società di *food delivery*.

Ha aggiunto il Tribunale, confrontandosi con la normativa contenuta negli artt. 47-*bis* ss., D.Lgs. n. 81/2015, che alla stessa conclusione si sarebbe dovuti pervenire anche ritenendo applicabile la disciplina del Capo V-*bis*, D.Lgs. n. 81/2015, finalizzata a stabilire comunque livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'art. 47, comma 2, lett. a), c. str., attraverso piattaforme anche digitali. Anche rispetto a tali lavoratori il committente è tenuto infatti all'osservanza di quanto previsto dall'art. 71, D.Lgs. n. 81/2008 in ordine all'obbligo di fornitura dei DPI.

L'emergenza sanitaria ha costituito, sotto il profilo della salute e sicurezza, un'ulteriore occasione di analisi della portata dell'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015 nell'ordinamento, norma sulla quale la giurisprudenza avrà modo di confrontarsi ancora molto negli anni a venire.

(26) Trib. Bologna 14 aprile 2020 (decr.), in *Foro it.*, 2020, 5, 1, 1770.

(27) Trib. Firenze 5 maggio 2020 (ord.), in *www.ilgiuslavorista.it*, 2020.

Contratto di prestito di opere d'arte

Tribunale di Lodi, Sez. civ., 21 gennaio 2019, n. 90 - Giud. Roca

L'organizzatore di eventi artistici, esponendo opere di titolarità di soggetti terzi, assume su di sé l'obbligo di custodirle. In altri termini, è indubbio che la detenzione delle opere da parte del gallerista sia assolutamente funzionale allo svolgimento della propria attività professionale che si esplica, principalmente, nell'esposizione di opere artistiche sulle quali esercita un potere effettivo di controllo e di vigilanza.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Reggio Calabria 24 gennaio 2003.
Difforme	Non constano precedenti

Il Tribunale (*omissis*).

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Per quanto riguarda il completo svolgimento del processo, ai sensi del vigente art. 132 c.p.c., si fa rinvio agli atti delle parti e al verbale di causa.

Con atto di citazione ritualmente notificato, (...) ha convenuto in giudizio (...), responsabile di (...), e (...), esperto d'arte ed editore, assumendo di aver subito lo smarrimento di due opere pittoriche che la stessa aveva consegnato agli odierni convenuti affinché provvedessero ad esporli in occasione di mostre e concorsi salvo poi l'obbligo di restituirli alla sig.ra (...).

In particolare, l'attrice rappresenta di aver consegnato a (...) e (...) nel febbraio 2011, in occasione della Fiera "(...)", l'opera intitolata "(...)", e successivamente, presso il Grand Hotel (...), in occasione di una mostra organizzata da (...), l'opera "Mille e mille fili di seta", in vista dell'esposizione di entrambi i quadri al "(...)"

L'attrice deduce che, nonostante i numerosi solleciti, la sig.ra (...) e il sig. (...) non hanno mai provveduto alla restituzione delle opere, arrecandole un danno pari al valore dei quadri smarriti nonché un danno all'immagine derivante dall'impossibilità di esporre le suddette opere (quantificato equitativamente in Euro 15.000,00).

La sig.ra (...) e il sig. (...), costituendosi in giudizio, hanno negato la propria responsabilità *ex recepto*, chiedendo il rigetto della domanda risarcitoria formulata da parte attrice.

I convenuti riferiscono di aver ricevuto dall'attrice nel maggio 2011, in occasione di una manifestazione artistica tenutasi presso il Grand Hotel (...), alcune opere dalla stessa realizzate che avrebbero dovuto essere esposte al "(...)" in programma a Cesenatico nell'estate del 2011; il sig. (...) sottolinea di aver ricevuto in custodia suddette opere a titolo di cortesia e di amicizia, escludendo la sussistenza di un rapporto di natura contrattuale con la sig.ra (...).

I convenuti rappresentano, inoltre, che al termine della manifestazione artistica la sig.ra (...) ha ommesso di ritirare le proprie opere; pertanto - in virtù del rapporto di amicizia

che la legava alla attrice - in data 10 settembre 2011 - la sig.ra (...) si sarebbe premurata di trasportare presso il Grand Hotel di (...) i due quadri, avvertendo telefonica-mente l'attrice che le opere erano state lasciate in un angolo della Sala Congressi della struttura alberghiera. Ciò nonostante la sig.ra (...) non avrebbe provveduto al ritiro delle opere che quindi andavano smarrite per colpa non imputabile ai convenuti.

Acquisita la documentazione offerta in giudizio, esperita la prova orale e la consulenza tecnica d'ufficio avente ad oggetto il valore delle opere smarrite, all'udienza del 14 settembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

La domanda formulata da parte attrice è fondata e, pertanto, deve essere accolta con conseguente condanna di parte convenuta al risarcimento dei danni cagionati alla sig.ra (...) nei limiti di seguito specificati.

Come noto, affinché sorga la responsabilità del depositario per i danni o lo smarrimento della cosa depositata non è necessario un espresso accordo in virtù del quale questi si impegna formalmente a custodirla, ma è sufficiente la mera consegna di essa (con la conseguente sottoposizione alla propria sfera di influenza e di controllo), non accompagnata da manifestazioni di volontà volte a limitare o escludere la responsabilità *ex recepto* (Cass. sent. n. 15490/2008).

Nel caso di specie, deve ritenersi provato, per stessa ammissione di parte convenuta (si veda la comparsa di costituzione e risposta p. 3), che le opere smarrite sono state affidate dalla attrice al sig. (...) affinché le consegnasse alla sig. (...), titolare di (...) ed organizzatrice della manifestazione artistica "(...)", alla quale la sig.ra (...) era stata invitata a partecipare dalla stessa convenuta.

La circostanza che le opere denominate "(...)" e "(...)" fossero state consegnate ai convenuti è stata poi confermata anche dai testi (...) e (...), rispettivamente figlio e amico della attrice, della cui attendibilità non vi è motivo di dubitare, non essendo emerse ragioni che potrebbero far presumere un condizionamento nei confronti dei convenuti. In particolare, quanto alla testimonianza di (...) giova evidenziare che la Cassazione è unanime nel riconoscere che "in materia di prova testimoniale, non sussiste alcun principio di necessaria inattendibilità del testimone che

abbia vincoli di parentela o coniugali con una delle parti, atteso che, caduto il divieto di testimoniare previsto dall'art. 247 c.p.c. per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 248 del 1974, l'attendibilità del teste legato da uno dei predetti vincoli non può essere esclusa aprioristicamente in difetto di ulteriori elementi dai quali il giudice del merito desuma la perdita di credibilità" (Cass. n. 25358/2015).

Le discrepanze emerse dalle dichiarazioni dei testimoni escussi circa l'indicazione del luogo e del periodo in cui le opere sono state affidate dalla attrice ai convenuti non assumono rilievo ai fini della valutazione della sussistenza di profili di responsabilità in capo a questi ultimi, trattandosi di elementi di fatto secondari rispetto all'accertata consegna della *res*.

Preme evidenziare che, nel caso di specie, la consegna delle opere da parte della sig.ra (...) nelle mani dei convenuti (...) e (...) integra sicuramente un contratto di deposito gratuito, dovendosi - invece - escludere l'ipotesi di un mero deposito di cortesia.

Quanto alla sig.ra (...), è evidente che l'organizzatore di eventi artistici, esponendo opere di titolarità di soggetti terzi, assume su di sé l'obbligo di custodirle. In altri termini, è indubbio che la detenzione delle opere da parte del gallerista sia assolutamente funzionale allo svolgimento della propria attività professionale che si esplica, principalmente, nell'esposizione di opere artistiche sulle quali esercita un potere effettivo di controllo e di vigilanza.

Non vi sono poi dubbi che anche il sig. (...) sia parte del contratto di deposito in oggetto, dovendosi escludere che egli abbia accettato in consegna le opere dalla sig.ra (...) per mero spirito di amicizia. Dallo scambio di *e-mail* intercorso tra l'attrice e i convenuti, emerge che il sig. (...) aveva assunto su di sé un obbligo di custodia al pari della sig.ra (...), diventando destinatario dei numerosi solleciti della sig.ra (...) e ciò anche su specifica indicazione della sig.ra (...). Quest'ultima circostanza fa quindi desumere che il sig. (...) disponesse materialmente delle opere esposte presso la manifestazione artistica "...", partecipando - di fatto - all'attività della sig.ra (...).

Quanto alla prova liberatoria, anche nell'ipotesi di deposito gratuito, il depositario per andare esente da ogni responsabilità deve provare l'imprevedibilità o l'inevitabilità della perdita della cosa, ovvero l'estraneità della perdita stessa rispetto al comportamento tenuto nell'esecuzione del contratto; a tal proposito la giurisprudenza ha chiarito che il depositario non si libera della responsabilità *ex recepto* provando di avere usato nella custodia della *res* la diligenza del buon padre di famiglia prescritta dall'art. 1768 c.c., ma deve provare a mente dell'art. 1218 c.c. che l'inadempimento sia derivato da causa a lui non imputabile (Cass. sent. n. 7363/1997; Cass. sent. n. 5736/2007).

Nella fattispecie, la perdita delle opere "... e ..." deve essere imputata esclusivamente alla condotta gravemente colposa dei convenuti i quali, per loro stessa ammissione (si veda comparsa di costituzione e risposta p. 4), dopo aver trasportato le opere dalla sede dell'esposizione a (...), le hanno lasciate incustodite in una sala congressi del Grand

Hotel (...), luogo di cui (...) si avvaleva per organizzare rassegne di arte. Né vale ad escludere la responsabilità dei convenuti la circostanza che per prassi gli artisti che partecipano agli eventi organizzati da (...) provvedono personalmente a ritirare le proprie opere al termine della manifestazione. A tal proposito, è sufficiente evidenziare che l'obbligo di custodia in capo al depositario permane finché la *res* non viene ritirata dal depositante e ciò anche dopo la scadenza del termine eventualmente convenuto dai contraenti. Quanto ai danni patiti, l'attrice rappresenta che la condotta dei convenuti le ha arrecato un danno pari al valore delle opere smarrite nonché un danno alla carriera artistica, causato dall'impossibilità di esporre i suddetti dipinti.

Per ciò che concerne la prima voce di danno, al fine di accertare il valore delle opere, l'istruttoria si è svolta mediante CTU, dalle cui conclusioni non si ha motivo di dissentire. L'elaborato peritale ha vagliato - con adeguata motivazione e rimettendo al giudice le decisioni di diritto - i profili tecnici della controversia. Il Tribunale dunque - aderendo alle conclusioni del CTU - "esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento, e non è necessario che si soffermi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte che, seppur non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le conclusioni tratte".

Nello specifico, il consulente tecnico d'ufficio, dott.ssa Gi. Vi., ha quantificato in Euro 1.800,00 il valore dell'opera "... e in Euro 1.500,00 il valore dell'opera "...; a detta quantificazione il Tribunale ritiene quindi di aderire.

Quanto alla seconda voce di danno, la sig.ra (...) deduce che la condotta inadempiente dei convenuti le avrebbe cagionato un danno che, più correttamente, deve essere qualificato in termini di danno da perdita di *chance*, ovvero come perdita della possibilità di conseguire in futuro un risultato utile.

Come noto, anche il danno da perdita di *chance* integra un danno conseguenza e come tale deve essere allegato nei suoi elementi costitutivi materiali e provato. La prova può basarsi anche, in via presuntiva, sulla allegazione di circostanze di fatto da cui desumere in concreto l'esistenza dei pregiudizi.

Sul punto occorre richiamare le considerazioni svolte dal consulente tecnico d'ufficio nella relazione peritale.

La dott.ssa (...) evidenzia il basso valore artistico della produzione della sig.ra (...), pittrice non nota nel contesto artistico nazionale ed internazionale e le cui opere sono prive di una valutazione commerciale. Le uniche opere di maggior interesse sono proprio i due dipinti smarriti che l'attrice aveva in programma di esporre nell'ambito di diverse manifestazioni artistiche (doc. 15 e doc. 19). Deve quindi ritenersi che la condotta negligente dei convenuti, con riferimento alle due opere "... e "...", ha effettivamente privato l'attrice di uno spazio di visibilità artistica nonché di una possibilità di guadagno, connessa alla eventualità, non meramente simbolica, di vendere le proprie opere, cagionandole un danno che, tenuto conto della complessiva rilevanza dell'attività

artistica della attrice, deve essere liquidato in via equitativa in Euro 1.500,00.

In conclusione, i convenuti devono essere condannati a pagare a parte attrice, a titolo di risarcimento del danno, la

somma complessiva pari ad Euro 4.800,00 di cui Euro 3.300,00 pari al valore delle opere smarrite ed Euro 1.500,00 a titolo di danno da perdita di *chance*. (*omissis*).

Prestito di opere d'arte e organizzazione di mostre: la responsabilità del gallerista per incauta custodia di Dario Covucci (*)

Il mercato dell'arte è in continua crescita e ha di recente acquistato maggiore attenzione nel mondo del diritto. Sempre più frequenti sono le operazioni di "prestito", in cui l'autore o il proprietario mette le proprie opere d'arte a disposizione di galleristi o istituzioni museali per esposizioni al pubblico o per iniziative dirette a promuoverne il valore o la vendita. La sentenza in commento offre l'occasione per esaminare la struttura contrattuale del "prestito di opere d'arte" e per avanzare alcune considerazioni in tema di responsabilità civile e tutela assicurativa.

The art market is constantly growing and has recently gained higher consideration by the legal system. Art "loans" are increasingly frequent: authors or owners provide their artworks to gallerists or museums for public exhibitions or for initiatives aimed at promoting their value or sale. The ruling in question offers an opportunity to look into the contractual structure of art loans and to comment on the applicable civil liability model and the related insurance coverage.

Il caso

Un artista consegna due opere pittoriche a due galleristi dediti all'organizzazione di mostre, al fine di esporli in occasione di mostre e concorsi, con un preciso obbligo di restituzione. A quanto si apprende dalla sentenza, un'opera sarebbe stata consegnata ed esposta in un'occasione di una fiera nel febbraio 2011; un'altra per una mostra organizzata nel maggio 2011 in un Grand Hotel; ed entrambe sarebbero state esposte in una successiva manifestazione artistica nell'estate 2011.

Al termine degli eventi, però, nonostante i numerosi solleciti, le opere non venivano restituite. L'artista, quindi, agiva in giudizio per chiedere il risarcimento di un danno patrimoniale pari al valore dei quadri smarriti e di un danno all'immagine.

I convenuti si opponevano alle domande attoree; e deducevano di aver ricevuto in custodia le opere a titolo di cortesia e di amicizia, escludendo qualsiasi rapporto contrattuale. Inoltre, dato il rapporto di amicizia, nel settembre 2011 uno dei convenuti si sarebbe pure premurato di trasportare presso il Grand Hotel i due quadri, avvertendo telefonicamente l'artista di aver lasciato le opere "in un angolo della Sala Congressi della struttura alberghiera". L'attrice, però,

non avrebbe ritirato le opere, che andavano poi smarrite.

A seguito di una ampia istruttoria (che ha compreso l'escussione di testi e una consulenza tecnica d'ufficio), Tribunale di Lodi ha infine ritenuto i convenuti responsabili; e li ha condannati a risarcire i danni richiesti dall'attrice, per importi inferiori a quelli attesi e, per giunta, liquidati in un unico importo omnicomprensivo.

Il prestito di opere d'arte: alla ricerca di uno schema contrattuale

Da alcuni anni il mercato dell'arte, soprattutto contemporanea, attraversa una fase di notevole crescita; le opere d'arte non sono più oggetto di desiderio da parte di pochi appassionati, ma sono ormai viste anche come strumenti di investimento. Come dimostrano alcuni studi recenti, anche i collezionisti privati, pur animati da nobili ideali, non disdegnano modalità di valorizzazione di tali opere in un'ottica di *wealth management*, destinandole a sofisticate operazioni di *art-lending* o di *art-investment* (1). Sono sorte, inoltre, nuove figure di collezionisti: anche imprese e studi professionali vantano collezioni di opere, spesso tematiche, ormai note come "*corporate collections*".

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Sia consentito il rinvio a D. Covucci, *Anche gli investitori amano l'arte*, in *Exibart*, n. 106, dicembre 2019, 79 ss.

Non mancano, ovviamente, le occasioni in cui le opere d'arte sono offerte alla fruizione del grande pubblico in occasione di mostre e manifestazioni artistiche. Oltre agli operatori istituzionali spesso a promuoversi come organizzatori sono le gallerie d'arte; ed è quanto, in effetti, è avvenuto nel caso deciso dalla sentenza in commento.

Il dato che più lascia sorpresi è la totale assenza di un contratto scritto a regolare i rapporti tra gli organizzatori della mostra e l'autore delle opere che le ha concesse in prestito. Ormai da tempo, infatti, è invalsa come *best practice* la conclusione di un regolamento negoziale, dal contenuto talora complesso, che nell'insieme disciplina il c.d. "prestito di opere d'arte" (2).

Normalmente, chi abbia interesse a organizzare una mostra si rivolge direttamente ad artisti, collezionisti o istituzioni museali, e richiede loro il prestito di opere fornendo tutti i dettagli necessari per le valutazioni del caso; dal titolo e *mission* della mostra ai dati più tecnici relativi alla sede, spazi espositivi, nonché ai tempi e modalità con cui la mostra sarà condotta. Il "contratto di prestito di opere d'arte" viene stipulato per iscritto tra un "prestatore", detto anche *lender*, e l'interessato al prestito, detto *borrower*; e di regola è corredato da una "scheda di prestito" o "*loan form*", che ne costituisce parte integrante e definisce i termini e le condizioni al cui rispetto il prestatore condiziona la disponibilità a concedere il godimento temporaneo dell'opera (3).

Il *loan form* riporta tutti i dati dell'opera (autore, data, tecnica, materiale, dimensioni, numero di inventario), stabilisce la durata del prestito, attesta l'esistenza o meno di vincoli culturali (4); se del caso, chiarisce i compiti e le responsabilità dell'eventuale curatore; e, di buona norma, disciplina i profili di proprietà

intellettuale coinvolti (in particolare, i diritti di riproduzione ed esposizione delle opere e/o diritti sul *format* della mostra (5)).

Occorre poi considerare se a prestare l'opera sia il suo l'autore; in caso contrario, infatti, è opportuno verificare che al "prestatore" sia stato trasferito il diritto di esporre l'opera (6).

Il contenuto contrattuale può anche risultare più complesso, arrivando a definire tanto i criteri di imballaggio dell'opera (*packaging*), quanto le modalità di trasporto e installazione; fino a individuare, talora, un "accompagnatore", c.d. *courier*, incaricato di vigilare tutte le fasi di movimentazione dell'opera, quando non vi provveda lo stesso prestatore.

Nel migliore dei casi, poi, i dettagli della sede espositiva, le modalità di allestimento, nonché le misure di sicurezza e sorveglianza e le procedure di conservazione delle opere, sono descritte in un documento tecnico, il c.d. *facility report*.

Il contratto, poi, ripartisce diritti e obblighi tra le parti; e, in genere, alloca all'organizzatore i costi di trasporto, allestimento, e assicurazione.

Secondo l'opinione tradizionale, il prestito delle opere d'arte andrebbe ricondotto a un contratto di comodato (7); ma, a ben vedere, anche considerata le più specifiche pattuizioni ormai adottate nella prassi, sembra preferibile una qualificazione in termini di contratto atipico in cui, di regola, la "causa concreta" partecipa, in misura prevalente, a quella tipica del comodato; a meno che non si voglia considerare un contratto di comodato *sui generis*, caratterizzato da clausole speciali ormai ricorrenti e social-tipiche, ma sempre adattabili alle circostanze.

In ogni caso, per potersi ricondurre al tipo del comodato, l'opera d'arte dovrà essere concessa a titolo gratuito, dove la gratuità non è esclusa, di per sé,

(2) Sugli aspetti operativi e organizzativi che una mostra e un prestito di opere d'arte può comportare, v. *IN & OUT, Guida pratica al prestito di opere d'arte*, 2018, redatta su iniziativa di Axa, Art&Lifestyle, Apice e LCA Studio Legale; AA.VV., *Art&Law - legal journal on art*, 1, 2019, dedicato alla "mostra (im)perfetta".

(3) Il contratto di prestito di opera d'arte qui esaminato intercorre tra privati. Altro è il prestito di opere d'arte concesso da enti pubblici, che ricade anche nell'ambito della disciplina amministrativa dettata dagli artt. 48 e 65-67, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei Beni Culturali); v. S. Amoroso, *Il prestito al Louvre del disegno di Leonardo Da Vinci dell'uomo vitruviano*, in *Urb. e app.*, 2019, 746 ss.; Id., *I trasferimenti temporanei all'estero ed i prestiti dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 260 ss.; AA.VV., *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2019, 564 ss.

(4) Ad esempio, l'opera richiesta in prestito potrebbe essere sottoposta a provvedimenti di dichiarazione di interesse ai sensi del Codice dei Beni Culturali; nel qual caso, è necessario munirsi dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero e dalla Soprintendenza competente.

(5) G. Cetorelli Schivo, *La tutela del diritto d'autore nelle esposizioni di opere d'arte*. Concept, project, exhibit e format, in *www.mecenate.info*.

(6) Tale cautela pare doversi richiedere nella misura in cui il diritto di esposizione può qualificarsi come un diritto atipico di utilizzazione economica dell'opera ex art. 12, l.aut. Per tal via, il diritto di esposizione è un diritto autonomo che deve essere specificatamente trasferito dall'autore-venditore all'acquirente; e, via via, dovrà essere ritrasferito ai successivi collezionisti aventi causa.

(7) V. Trib. Bologna 8 febbraio 1993, in *Giur. mer.*, 1993, 912, per cui "dev'essere qualificato comodato il contratto col quale l'artista consegna gratuitamente ad una galleria d'arte alcune sue opere affinché questa se ne serva per un tempo e per un uso determinato, (nella specie, allestimento di una mostra)". Sul contratto di comodato, in generale, v. A. Luminoso, *Comodato (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 2 ss.; T.O. Scozzafava, *Il comodato*, in *Trattato Rescigno*, XII, Torino, 1985, 623 ss.; R. Teti, *Comodato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 41; M. Fragali, *Del comodato*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970.

dal concorso di aspettative o interessi del prestatore di natura economica (8).

Non è però escluso che il prestatore possa chiedere all'organizzatore la corresponsione di importi; fintantoché tali somme saranno destinate a coprire i costi di trasporto, assicurazione e conservazione del bene (o altre spese ordinarie ex art. 1808 c.c.), il contratto potrà rimanere nello schema del comodato; ma laddove si tratti di veri e propri corrispettivi (c.d. *fees*) al cui pagamento è subordinato il godimento temporaneo dell'opera, viene meno la gratuità tipica e necessaria del comodato e si ricade in un negozio misto o comunque atipico (9).

Nel caso in esame il giudice lodigiano sembra ricondurre il rapporto tra le parti a un mero contratto di deposito. È vero che le parti non avevano stipulato alcun accordo scritto né pare avessero convenuto un sistema articolato di obblighi e cautele, come quelle sopra descritte. Nondimeno, la soluzione prescelta desta non poche perplessità e pare dettata, più che altro, dalla necessità di ravvisare gli obblighi di custodia e di restituzione in capo ai convenuti. In realtà, lo stesso risultato sarebbe stato raggiunto se fosse stato correttamente qualificato il rapporto contrattuale; che, stando agli elementi disponibili, ben poteva essere ricondotto a quello che in effetti è, ossia un prestito di opere d'arte *sub specie* di comodato.

Obblighi e responsabilità del *borrower* e dell'organizzatore di mostre

Così inquadrato il prestito di un'opera d'arte, chi abbia preso in prestito un'opera d'arte soggiace agli obblighi previsti a carico del comodatario. Quando manchi un accordo scritto o questo sia piuttosto scarno, soccorrono, nondimeno, le previsioni del codice civile.

Come noto, il comodatario non è autorizzato a servirsi per un uso e un tempo diverso da quello concordato o desumibile dalla natura della *res* (art. 1804 c.c.). Ciò implica - ma è sempre consigliabile esplicitarlo - che l'opera d'arte consegnata non possa

essere impiegata per fini espositivi diversi e comunque non approvati dal comodante. Del pari, è necessario il consenso del comodante per concedere il godimento dell'opera a terzi; i quali dovranno farsi quanto meno carico degli stessi obblighi, cautele e responsabilità previste in capo a colui che per primo abbia preso in prestito l'opera.

Se poi il *borrower* è anche l'organizzatore della mostra cui è destinata l'opera presa a prestito, si aggiungono ulteriori doveri: (i) predisporre una organizzazione dell'evento efficiente e strutturata secondo un progetto espositivo; (ii) garantire una sede espositiva adeguata al pregio dell'opera e munita di adeguati sistemi di sorveglianza e sicurezza, oltre ad assicurare servizi di trasporto, imballaggio, installazione e smontaggio idonei a non danneggiare l'opera (tutti aspetti in genere descritti nel c.d. *facility report*); (iii) assumere personale specializzato e incaricare un eventuale curatore e/o direttore artistico; (iv) occuparsi della riproduzione e divulgazione dell'opera in cataloghi, libri, *merchandising*; e, non da ultimo (v) occuparsi dei rapporti con il pubblico, la gestione delle visite e la vendita degli ingressi.

Di tutti questi profili di regola viene manlevato e tenuto indenne il *lender*; il quale ha diritto ad essere costantemente informato di eventuali variazioni.

Inoltre, chiunque intenda esporre opere d'arte deve pure accertarsi della loro autenticità; la presenza di un'opera in una galleria rinomata, in occasione di una mostra organizzata da una importante istituzione, genera un affidamento incolpevole tanto nei visitatori che in potenziali acquirenti (10).

Chiunque si palesa come esperto o operatore del mercato d'arte si assume, infatti, un dovere di diligenza qualificata, nel momento in cui esibisce le opere al pubblico e, a maggior ragione, se le pone in vendita. Pertanto, l'organizzatore potrebbe rispondere nei confronti degli avventori che abbiano pagato per la visita, ma anche nei riguardi dell'artista o dei titolari dei diritti d'autore dell'opera, ove l'opera sia prestata da altri; e, del pari, concorrere nell'altrui illecito, ad esempio per aver indotto terzi all'acquisto

(8) Sempre Trib. Bologna 8 febbraio 1993, cit., ha precisato che "Il requisito della gratuità nel comodato non è escluso da un interesse del comodante all'uso della cosa da parte del comodatario, rappresentato, nel caso di specie, dall'interesse dell'artista a farsi conoscere, divulgare le sue opere, nonché ottenere maggior profitto dalla vendita delle stesse".

(9) Ben diversa è l'ipotesi cui la causa concreta del contratto vada al di là della semplice messa a disposizione delle opere. È frequente, nella prassi, l'accordo in base al quale un gallerista riceve i dei quadri dall'artista per venderli, con l'obbligo di pagare solo il prezzo concordato delle opere, salva la facoltà di restituirle nel termine convenuto o d'uso. In tal caso è corretto ritenere che le

parti abbiano concluso un contratto estimatorio, come ha riconosciuto Trib. Bari 4 dicembre 1980, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 193 ss.

(10) Il Trib. Roma 21 gennaio 1989 (in questa *Rivista*, 1989, 860 ss., con nota di V. Carbone) tuttavia, ha mandato esente da responsabilità un gallerista, pur specializzato in quadri di De Chirico, per aver dichiarato autentico un'opera dell'illustre autore, poi disconosciuta dall'artista, in quanto, da un lato, il parere era stato reso a titolo di cortesia sulla base di una valutazione sommaria del quadro; e, dall'altro lato, il danneggiato si era rivelato alquanto imprudente nell'affidare tale valutazione allo stesso intermediario, senza avvalersi di un terzo indipendente.

di un'opera falsa, plagiaria (11) o, peggio ancora, proveniente da furto (12), così da esporsi anche a responsabilità penali (13).

La responsabilità da negligente custodia e smarrimento di opere d'arte

In ogni caso, dalla consegna dell'opera d'arte sorgono due obblighi *ex lege* in capo a chi l'abbia presa in comodato: (1) l'obbligo di custodire e conservare l'opera con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1804 c.c.); e (2) l'obbligo di restituirla al legittimo proprietario o al prestatore.

In particolare, la restituzione dell'opera deve avvenire, secondo la previsione generale dell'art. 1809 c.c., alla scadenza del termine previsto o, in mancanza, quando sia esaurito l'uso convenuto (14) (che, per le opere d'arte, coincide con la chiusura dell'evento espositivo) (15). Il comodante ha tuttavia il diritto di chiederne la restituzione immediata, anche *medio tempore*, se sopravviene un bisogno "urgente e impreveduto" *ex art.* 1809, comma 2, c.c. (16); ovvero si accorga che l'opera non è custodita adeguatamente e, ancor peggio, abbia subito danni (di cui potrà chiedere il risarcimento; v. art. 1804, comma 3, c.c.).

La vicenda in esame trae proprio origine dallo smarrimento di un'opera d'arte e dal conseguente

inadempimento dell'obbligazione restitutoria. La sentenza in esame è chiara nel fissare alcuni punti fermi: (a) "l'organizzatore di eventi artistici, esponendo opere di titolarità di soggetti terzi, assume su di sé l'obbligo di custodirle"; e (b) "la detenzione delle opere da parte del gallerista è assolutamente funzionale allo svolgimento della propria attività professionale che si esplica, principalmente, nell'esposizione di opere artistiche sulle quali esercita un potere effettivo di controllo e di vigilanza".

Quindi, il giudice lodigiano afferma che i convenuti erano tenuti a custodire i dipinti affidati fino al loro ritiro, anche dopo il termine pattuito o desumibile dall'uso o dalla natura del rapporto (17); e dall'avvenuta consegna desume una responsabilità *ex recepto* per lo smarrimento delle opere.

Invero, l'istruttoria ha provato, e i convenuti hanno financo ammesso, che i dipinti erano stati affidati dall'attrice ai titolari della galleria e organizzatori della mostra, per essere esposti durante le manifestazioni artistiche ed essere poi restituiti.

Già si è detto che gli stessi obblighi e le stesse responsabilità si sarebbero ricavate inquadrando, correttamente, la fattispecie nello schema del comodato. Il giudice lodigiano, invece, riduce il rapporto tra le parti a un mero deposito (18), che il giudicante si premura di precisare come "gratuito" e non di "mera

(11) Per un caso di vendita di opere plagiaria a mezzo di esposizione in galleria e televendita, v. Cass. civ. 26 gennaio 2018, n. 2039, in *Foro it.*, 2018, 855 ss., per cui, accertata l'esistenza oggettiva del plagio, in ragione dell'appropriazione degli elementi essenziali dell'altrui opera pittorica e creativa, sono solidalmente responsabili tra loro tutti i soggetti che hanno dato un contributo rilevante all'illecito, ai sensi dell'art. 2055 c.c.; e quindi tanto l'autore materiale del plagio, quanto il gallerista che ha esposto e venduto le opere plagiare, direttamente o a mezzo televendita.

(12) V. Cass. civ. 14 settembre 1999, n. 9782, in *DeJure*, relativa all'acquisto del dipinto "Natura morta con pesci" di De Chirico, avvenuto ad un'asta di Sotheby's dopo un precedente furto nella casa della proprietaria. La Suprema Corte ha confermato la decisione di merito, che aveva correttamente presunto la situazione psicologica di sospetto da parte dell'acquirente circa l'illegittima provenienza del dipinto; e, di conseguenza, aveva escluso la sua buona fede (soggettiva), opposta per giustificare un acquisto a non domino *ex art.* 1153 c.c. Tale consapevolezza è stata desunta dalla natura dell'acquirente, gallerista ed esperto conoscitore delle opere di De Chirico e, pertanto capace di appurare che il quadro rientrava tra quelli oggetto di un furto noto nel settore.

(13) Si consideri, ad esempio, l'ipotesi limite decisa da Trib. Perugia 2 settembre 2015, n. 1415, in *DeJure*, che ha ritenuto responsabile, in concorso, del reato di ricettazione ai sensi dell'art. 648 c.p., una galleria d'arte che aveva falsamente certificato la provenienza lecita, formando *ex novo* tutta la documentazione relativa a un dipinto, provento di furto e pervenuto senza alcun documento idoneo ad attestarne acquisto, provenienza e autenticità.

(14) L'obbligo di restituzione permane in capo al prestatore-comodatario anche quando abbia concesso il godimento dell'opera a terzi; nel qual caso, continua a rispondere se l'opera sia perita o smarrita per fatto e colpa del sub-comodatario; v. Trib. Bologna 8 febbraio 1993, cit.

(15) Laddove, invece, l'opera d'arte sia destinata a più esposizioni, il comodante potrebbe consentire al comodatario a farne uso solo al perdurare di determinate condizioni. Secondo Cass. civ. 6 aprile 2018, n. 8571, in *Guida dir.*, 2018, 20, 53 ss., tale clausola realizzerebbe un accordo "atipico", non riconducibile al modello legale del comodato a termine (art. 1809 c.c.), né a quello del comodato senza limitazione di tempo (art. 1810 c.c.). Nel caso deciso dalla Suprema Corte, ad esempio, il rapporto di comodato si sarebbe risolto quando l'ente morale, cui era stato concesso il godimento di un bene, si fosse estinto o per lo meno avesse cessato l'attività divulgativa-culturale.

(16) Tale bisogno urgente e impreveduto non deve essere necessariamente grave (Trib. Livorno 24 ottobre 2019, n. 1044, in *DeJure*); ma dev'essere comunque giustificato, da motivi seri, non dal mero capriccio; e apparire concreto e attuale (Cass. civ. 5 marzo 2019, n. 6323, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>).

(17) È infatti principio generale in tema di obbligazioni, previsto dall'art. 1177 c.c., che l'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna.

(18) Sul contratto di deposito in generale, v. De Martini Angelo, *Deposito (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 498 ss.; A. Galasso - G. Galasso, *Deposito*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 256; A. Dalmartello - G.B. Portale, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 236 ss.; In dottrina, sugli obblighi e la diligenza del depositario, v. M. Ambrosoli, *Contratto di deposito: responsabilità del depositario in caso di omessa*

cortesia" (19): distinzione non necessaria se i convenuti fossero stati obbligati, direttamente, come comodatari.

Nondimeno, in entrambi i tipi contrattuali - accomunati dall'essere contratti reali - identica è la prova liberatoria, che nello specifico non è stata assolta. Per insegnamento pacifico, per escludere la responsabilità *ex recepto* non basta provare di avere custodito il bene diligentemente, ma vale la regola generale dell'art. 1218 c.c.: per cui è necessario dimostrare che l'inadempimento sia dovuto al caso fortuito o a una causa non imputabile (20).

Fa eccezione, in parte, proprio la disciplina del comodato: se la *res* vada smarrita quando sia già decorso il tempo convenuto o per averne fatto un uso diverso da quello consentito, il comodatario risponde della perdita anche se fortuita o dovuta a cause indipendenti dal suo contegno; e potrà liberarsi da ogni addebito solo provando che alla *res* sarebbe toccata eguale sorte anche se utilizzata per i fini pattuiti e riconsegnata entro i termini stabiliti (21). Aggravata è anche la responsabilità per il perimento della cosa comodata se questa è stata stimata al tempo del contratto (art. 1806 c.c.); circostanza ricorrente proprio nel prestito di opere d'arte.

Nel caso di specie, ad ogni modo, la condotta dei galleristi è stata giudicata gravemente colposa, avendo lasciato le opere incustodite in una sala congressi, utilizzata anche per altri eventi e accessibile a terzi; sicché è anche causa esclusiva del loro smarrimento. I convenuti sono stati quindi condannati come corresponsabili in solido: le opere erano state date in consegna a entrambi, ed entrambi hanno concorso nella incauta custodia (22).

Evidentemente, è del tutto mancata una seria organizzazione dell'evento espositivo, quale è richiesta per poter gestire tanto gli aspetti pratici quanto i rischi

connessi. Per questo motivo, sempre più di frequente e soprattutto in occasione grandi eventi, ci si avvale di una figura professionale, il c.d. *registrar*, che sovrintende alle movimentazioni in entrata e in uscita delle opere, verifica la documentazione tecnica e assicura il rispetto dei principali adempimenti, restituzioni comprese. Ma anche in casi minori, come quello in commento, basterebbe davvero poco per scongiurare i peggiori esiti; pattuendo dal principio le modalità di restituzione e individuando, in modo inequivoco, un unico soggetto incaricato al ritiro.

Opere d'arte smarrite o danneggiate: il risarcimento dei danni patrimoniali

È piuttosto facile immaginare come la quantificazione del danno patito abbia deluso le aspettative dell'artista. L'importo risarcitorio, infatti, ammonta in tutto a euro 4.800,00; davvero esiguo, se si pensa che le sole spese di lite sono state liquidate in euro 2.430,00.

Due sono le voci di pregiudizio lamentate dall'attrice. La prima consiste nel danno patrimoniale pari al valore dei quadri smarriti, che la consulenza tecnica d'ufficio ha stimato in euro 1.800,00 per un'opera ed euro 1.500,00 per l'altra: in totale (soli) euro 3.300,00.

La stima dei dipinti è stata, senz'altro, condizionata dalla limitata notorietà dell'artista, estranea al panorama artistico nazionale e internazionale; e, a quanto si evince, il consulente tecnico d'ufficio ha evidenziato anche il basso valore artistico della produzione della pittrice, così ritenendo le sue opere prive di una valutazione commerciale. Ad aver acquisito un valore, anzi, sono state le uniche due opere smarrite, in quanto esposte in precedenti occasioni e destinate ad altre manifestazioni artistiche già in programma (23).

denuncia della perdita del bene, in questa *Rivista*, 2018, 1362 ss.; C. Baldassarre, *Contratto di deposito vs. contratto con obbligazione accessoria di custodia: quale disciplina?*, in *Danno e resp.*, 2008, 838 ss.

(19) Comprensibile è il timore nutrito dal giudice; quando il deposito sia di mera cortesia continua a valere la responsabilità *ex recepto*, ma essa è di natura extracontrattuale, così aggravando l'onere probatorio dell'attore. V. Cass. civ. 2 giugno 2000, n. 7363, in *Contratti*, 2000, 1124 ss., con nota di A. Natale, *La diligenza nella custodia di cortesia*; Trib. Belluno 21 novembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1949 ss.

(20) V. Cass. civ. 8 agosto 1997, n. 7363, in *Mass Giust. civ.*, 1997, 1373; e Cass. civ. 11 giugno 2008, n. 15490, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1, 169, la quale precisa che è onere del depositario dimostrare che questi ultimi preesistevano alla consegna, ovvero non siano da attribuirsi a propria responsabilità.

(21) Così dispone l'art. 1805, comma 2, c.c.; e Cass. civ. 6 novembre 2001, n. 13691, in *Contratti*, 2002, 699 ss., precisa che

la norma, benché faccia riferimento solo al perimento della cosa, è applicabile anche al deterioramento della stessa.

(22) La responsabilità solidale di più comodatari è principio risalente e pacifico; v. G.P. Chironi, *La colpa contrattuale*, Torino, 1884, 148.

(23) Il valore artistico costituisce un "*quid pluris*" rispetto all'opera nella sua materialità (c.d. *corpus mechanicum*); e, secondo la giurisprudenza, può essere ricavato da una serie di parametri oggettivi, non tutti necessariamente compresenti, quali: (i) il riconoscimento, da parte degli ambienti culturali e istituzionali, circa la sussistenza di qualità estetiche ed artistiche; (ii) l'esposizione in mostre o musei e la pubblicazione su riviste specializzate, in specie se prive di carattere commerciale; (iii) l'attribuzione di premi; (iv) la commercializzazione sul mercato artistico e l'acquisto di un valore di mercato più elevato di quello legato soltanto alla sua funzionalità; oltre, ovviamente, alla notorietà dell'artista. V. Cass. civ. 13 novembre 2015, n. 23292, in *Foro it.*, 2016, 2, I, 562; e Trib. Bologna, Sez. spec. Impresa, 20 febbraio 2019, n. 457, in *DeJure*.

Di minor gravità è senz'altro il semplice deterioramento dell'opera; ma più articolata appare la prova del danno (24), dovendosi accertare l'alterazione qualitativa e il deprezzamento dell'opera intervenuti tra il momento della consegna e quello della restituzione (25).

Ricostruire *ex post* le condizioni di un'opera d'arte non è sempre cosa facile; per questo, si è diffusa la buona prassi di affidare a un restauratore o a un professionista competente la redazione di una scheda conservativa - c.d. *condition report* - contenente la descrizione dello stato di conservazione dell'opera, e accompagnata da riproduzioni fotografiche ed eventualmente da una perizia di stima. Tale documento tecnico, normalmente, viene poi aggiornato in più fasi, con l'evolversi delle operazioni e condizioni ambientali che possono incidere sullo stato dell'opera (prima dell'imballaggio, all'arrivo nei locali espositivi, al termine della mostra e alla riconsegna). Per agevolare la quantificazione dei danni subiti può essere anche utile concordare il valore dell'opera, o accettare la stima di una perizia; e, per le eventuali riparazioni, il prestatore può prevedere in anticipo quali interventi di restauro siano consentiti, se realizzarli secondo determinate tecniche, e se affidarli solo a suoi professionisti di fiducia; così da prevenire ulteriore litigiosità all'emergere di una situazione già di per sé patologica.

L'assicurazione *nail to nail*: come esternalizzare i danni all'opera d'arte

Il proprietario o il prestatore di un'opera d'arte dispone, però, anche di un ulteriore strumento per vedersi indennizzare dei costi e pregiudizi economici che possano intaccare il bene.

Diverse compagnie assicurative, non solo internazionali, si sono attrezzate per il mercato dell'arte e offrono assicurazioni *all risks*, che coprono tutti i rischi di perdita, smarrimento, deterioramento e danni all'opera (salvo quelli espressamente esclusi,

come danni da vetustà o *mala gestio* nelle misure di sicurezza e conservazione).

La polizza è solitamente contratta dal *borrower*, o dall'organizzatore della mostra, che, indica il prestatore come beneficiario. Si tratta, chiaramente, di una assicurazione per conto di chi spetta *ex art.* 1891 c.c. (26), in cui, altro è il contraente, mentre il prestatore è legittimato a pretendere l'indennizzo in caso di sinistro.

La copertura assicurativa è detta *nail to nail* ("da chiodo a chiodo") in quanto è efficace dal momento in cui l'opera d'arte è rimossa dalla sede del proprietario (o dalla sua collocazione abituale), durante le operazioni di trasporto, nel periodo in cui è installata e quindi esposta, fino alla riconsegna fisica al prestatore.

Interessanti sono le tecniche di liquidazione dell'indennizzo. Se il massimale della copertura assicurativa è stato definito secondo una "stima accettata", l'entità dell'indennizzo è agevole da determinare e difficilmente contestabile.

Se, invece, il valore dell'opera è solo dichiarato dall'assicurato al momento della sottoscrizione della polizza, non è escluso un rischio di *undercompensation* laddove, per pagare un minor premio, il valore dichiarato sia inferiore al valore reale dell'opera. Infatti, troverà applicazione la c.d. "regola proporzionale" dell'art. 1907 c.c., per cui l'assicuratore indennizzerà al beneficiario una percentuale del valore sottostimato, e quindi al di sotto dei livelli di tutela effettiva (27).

Inoltre, l'operatività della copertura assicurativa è generalmente subordinata al rispetto di una serie di prescrizioni in tema di caratteristiche costruttive della sede espositiva, modalità di trasporto, oltre ai mezzi di protezione e sistemi di sicurezza (idonei a prevenire casi di furto e danneggiamento); e il tutto viene di solito formalizzato in una appendice, che precisa anche lo stato di conservazione delle opere ed eventuali limiti di indennizzo.

(24) In proposito, cfr. Trib. Milano 20 marzo 2017, n. 3190, in *Foro it.*, 2017, I, 2510. Nel caso di specie, un museo avevo concesso in prestito una scultura, che risultava poi deteriorata per il comportamento negligente di un dipendente dell'organizzazione espositiva. Pur essendo accertata la responsabilità di quest'ultima - per violazione degli obblighi di custodia del comodatario -, la domanda risarcitoria proposta dal museo è stata rigettata: mancavano, infatti, elementi di prova sufficienti per ricostruire il deprezzamento subito dall'opera d'arte.

(25) Cass. civ. 18 febbraio 2010, n. 3900, in *Guida dir.*, 2010, 13, 67; Cass. civ. 16 settembre 2000, n. 12280, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 1945.

(26) V. in particolare, in una vicenda di comodato di beni mobili antichi, P. Quarticelli, *Assicurazione per conto di chi spetta e responsabilità del comodatario per obbligo di custodia*, in *Danno e resp.*, 2004, 987 ss. In generale, v. A. La Torre, *Un chiarimento sull'assicurazione per conto altrui (art. 1891 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 900; R. De Michel, *Assicurazione contro i danni a favore del terzo*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 61.

(27) Sul tema v. S. Pasquale, *Clausola di regolazione nelle polizze di assicurazione r.c. e regola proporzionale ex art. 1907 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2007, 493 ss.

Valore “intangibile” della personalità dell’artista e danno non patrimoniale da perdita di *chance*

Più interessante appare il ragionamento seguito dal giudice per liquidare la seconda voce di pregiudizio, descritta come “danno alla carriera artistica”. Condivisibile è il riferimento alla sua natura di danno non patrimoniale, giacché vengono qui in rilievo valori intangibili della persona dell’artista, quali la sua creatività, notorietà e auto-affermazione (28).

In concreto l’attrice ha lamentato l’impossibilità di esporre i dipinti irrimediabilmente perduti; e ha proposto una quantificazione equitativa di euro 15.000,00. Tale pregiudizio, però, è stato liquidato nel ben più ridotto ammontare di euro 1.500,00 (esattamente un decimo di quanto richiesto).

Il Tribunale di Lodi ha riportato le concrete ripercussioni allegare dall’artista nella categoria del danno da perdita di *chance*; una scelta condivisibile, visto che ad essere stata compromessa è la possibilità di conseguire in futuro utilità connesse al percorso artistico.

Meno condivisibile, invece, è il modo in cui la perdita di *chance* è stata ritenuta provata. Il giudice, infatti, dapprima ha ribadito che trattasi di *danno-conseguenza* e come tale deve essere dimostrato, anche in via presuntiva. L’esistenza stessa di una *chance* perduta non può ritenersi, quindi, *in re ipsa* nell’asserita limitazione o privazione di occasioni future; ma impone una valutazione delle utilità ragionevolmente prospettabili e delle effettive probabilità di conseguirle (29), che non va confusa con

l’esercizio dei poteri di liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c.

In proposito, appaiono coerenti le motivazioni che sorreggono l’accertamento e la quantificazione del pregiudizio alla carriera artistica: da un lato, si sono apprezzate la perdita di visibilità artistica e l’impossibilità di trarre un guadagno con la vendita delle opere; e, dall’altro lato, si sono contro-bilanciate tali ripercussioni considerando la complessiva attività artistica dell’attrice e il valore limitato dei quadri smarriti.

Verso una responsabilità civile nel mercato dell’arte

La crescente attenzione verso il mercato dell’arte sta portando a scoprire un nuovo sistema di regole, spesso trasversali a diverse materie giuridiche, che passa con il nome di “diritto dell’arte”. Il caso deciso dal Tribunale di Lodi, al di là della natura minore, sollecita a esplorare queste nuove frontiere del diritto; in cui, come ormai avviene in quest’epoca globalizzata, gli sviluppi del mercato anticipano l’intervento dei regolatori pubblici; e lasciano all’interprete il compito di costruire - o decifrare - regole nuove. Anche i temi della responsabilità civile e del risarcimento del danno, declinati in fattispecie non sempre note, meritano di essere indagati. Ma nel mondo dell’arte le competenze legali non sembrano bastare; occorre capire gli interessi che lo animano, studiare gli operatori coinvolti, cogliere le specificità di un settore in continuo fermento: e anche questa è un’arte.

(28) Come noto, la perdita di *chance* può anche integrare un danno non patrimoniale, quando sia conseguenza dalla lesione di diritti della persona, come il diritto alla salute; v. Cass. civ. 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187 ss. Restando al caso dell’artista, il pregiudizio acquista invece natura patrimoniale quando, ad esempio, l’autore di un quadro esposto a un concorso, andato perduto, perda l’aspettativa di concorrere e la seria possibilità di conseguire un premio; v. Trib. Reggio Calabria 24 gennaio 2003, in *In iure praesentia*, 2003, I, 19 ss.

(29) Ad esempio, il danno da perdita di *chance* professionale, di natura per lo più patrimoniale, ma simile a quello discusso,

richiede di provare l’esercizio di una attività soggetta a una continua evoluzione, e comunque caratterizzata da vantaggi connessi all’esperienza professionale destinati a venire meno in conseguenza del loro mancato esercizio per un apprezzabile periodo di tempo; v. Trib. Roma 17 settembre 2019, n. 7515, in *DeJure*. Richiedono che la risarcibilità della *chance* perduta sia collegata a una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato Trib. Salerno, Sez. lav., 13 dicembre 2019, n. 2905, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 novembre 2019, n. 12641, entrambe in *DeJure*.

Parti comuni del condominio

Azioni reali relative alle parti comuni del condominio: problemi di litisconsorzio e di legittimazione passiva

di Roberto Triola

L'Autore esamina criticamente il recente orientamento della Corte di cassazione, secondo il quale nelle azioni reali relative a parti comuni dell'edificio condominiale sussiste il litisconsorzio necessario tra tutti i condomini, non essendo legittimato passivo l'amministratore.

The Author examines critically the new trend of the Supreme Court, according to which the co-owners of a building, ad non only the manager, must be summoned in lawsuits involving parts of the building in joint ownership.

Gli effetti della proposizione dell'eccezione di proprietà esclusiva da parte del convenuto in un giudizio di revindica di una parte comune

Secondo l'orientamento più recente della Suprema Corte in tema di condominio negli edifici, ove un condomino, convenuto in un giudizio di rivendica di un bene comune, proponga un'eccezione riconvenzionale di usucapione, al fine limitato di paralizzare la pretesa avversaria, non si configura un'ipotesi di litisconsorzio necessario in relazione ai restanti comproprietari, risolvendosi detta eccezione, che pur amplia il *thema decidendum*, in un accertamento *incidenter tantum*, destinato a valere soltanto fra le parti. Invece, in caso di domanda riconvenzionale di usucapione, il contraddittorio va esteso a tutti i condomini perché l'azione è diretta ad ottenere un effetto di giudicato esteso a questi ultimi (1).

Si tratta di un orientamento della cui esattezza si può dubitare con riferimento alla ipotesi in cui il convenuto si limiti ad eccepire l'usucapione, in quanto, da un lato, nell'ambito delle eccezioni in senso sostanziale quella di usucapione si caratterizza per una sua spiccata particolarità, avendo ad oggetto non un

mero fatto, ma un fatto costitutivo del diritto del convenuto, che opera come causa estintiva del diritto fatto valere dall'attore, il cui accertamento richiede quella cognizione piena che caratterizza l'accertamento incidentale, dall'altro, costituisce principio pacifico che il giudicato si forma, oltre che sull'affermazione o negazione del bene della vita controverso, sugli accertamenti logicamente preliminari e indispensabili ai fini della decisione, quelli cioè che si presentino come accertamenti indefettibili della pronuncia (2).

Occorre partire dalla considerazione che per effetto dell'accoglimento della eccezione di usucapione si forma il giudicato in ordine al fatto che nei rapporti con l'attore il convenuto è proprietario esclusivo, ma non lo è nei confronti degli altri condomini, che non hanno partecipato al giudizio. In sostanza, anche in questo caso, come in quello in cui il convenuto avesse proposto in via riconvenzionale la domanda di usucapione, senza integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri condomini, la sentenza, determinando una situazione di titoli in contrasto tra loro, sarebbe *inutiliter data* nei confronti di entrambe le parti del giudizio, in quanto il convenuto vittorioso non potrebbe in base ad essa far valere l'accertamento

(1) Cass. civ. 17 aprile 2019, n. 10745; Cass. civ. 22 febbraio 2013, n. 4624; Cass. civ. 3 settembre 2012, n. 14765.

(2) Cass. civ. 8 febbraio 2019, n. 3793; Cass. civ. 7 febbraio 2019, n. 3669; Cass. civ. 8 ottobre 1997, n. 9775.

della sua proprietà esclusiva nei confronti di coloro i quali nella prospettazione dell'attore rivestivano la qualità di comproprietari e viceversa questi ultimi dovrebbero continuare a considerare come comproprietario l'attore soccombente.

Va rilevato che tali anomali conseguenze erano state rilevate dalla giurisprudenza meno recente.

Si era, infatti, affermato che qualora il convenuto in rivendicazione eccepisca che la proprietà del bene rivendicato non è comune ai sensi dell'art. 1117 c.c., ma appartiene a lui soltanto, e occorra, per valutare la fondatezza della domanda di rivendicazione, l'accertamento del titolo di proprietà opposto dal convenuto, si configura un'ipotesi di litisconsorzio ed il contraddittorio deve essere integrato nei confronti di tutti i comproprietari, in quanto la pronuncia, implicando un accertamento in ordine a titoli di proprietà confliggenti fra loro, proprietà esclusiva del convenuto e proprietà comune di tutti i condomini, non potrebbe essere utilmente emessa se non nei confronti di tutti i comproprietari (3), oppure in quanto viene dedotto in giudizio un rapporto unico ed inscindibile (4) che va accertato nei confronti di tutti i suoi soggetti, attivi e passivi, e non attiene ad interessi riferibili autonomamente e separatamente a ciascuno di loro (5), oppure ancora che si deve consentire a tutti gli altri condomini di confrontare l'assunto del convenuto (6).

Si era anche osservato che la sentenza, ancorché di accertamento e non costitutiva, pronunciata in assenza di alcuni dei comproprietari, in quanto a loro non opponibile, sarebbe *inutiliter data*, non essendo idonea a produrre gli effetti che l'attore si riprometteva con la domanda, e cioè il riconoscimento della contitolarità anche dei condomini

pretermessi, con i vantaggi ma anche con gli oneri connessi, né gli effetti che il convenuto si riprometteva con il contestarla e cioè il suo diritto sui beni rivendicati dall'attore (7).

Proposizione di domanda riconvenzionale di proprietà esclusiva da parte del convenuto in un giudizio di revindica di una parte comune e legittimazione passiva dell'amministratore del condominio

Per decenni la Suprema Corte ha affermato, con poche eccezioni, che la legittimazione passiva *ad processum* a norma dell'art 1131, comma 2, c.c. spetta illimitatamente, cioè anche fuori dei limiti delle attribuzioni stabilite dall'art 1130 c.c., all'amministratore del condominio per quanto attiene alle domande proposte contro il condominio relative a parti comuni dell'edificio, ivi comprese quelle di carattere reale (8).

In senso conforme si è espressa la dottrina (9).

Si è perfino affermato che quando l'oggetto del giudizio non incide su diritti esclusivi dei singoli condomini, la legittimazione passiva spetta esclusivamente all'amministratore del condominio (10) oppure che qualora i condomini di un edificio assumano di godere di un fondo finitimo nella qualità di comproprietari del medesimo, l'azione del terzo, rivolta a far valere la libera ed esclusiva proprietà del fondo, e, quindi, a negare la legittimità di quel godimento, validamente viene proposta nei confronti dell'amministratore del predetto condominio, poiché a questo spetta, ai sensi dell'art 1131, secondo comma, c.c., la legittimazione passiva in ogni lite avente ad oggetto interessi comuni dei condomini (11) oppure ancora che il limite della

(3) Cass. civ. 25 febbraio 1980, n. 1319; Cass. civ. 7 luglio 1988, n. 4475.

(4) Cass. civ. 5 dicembre 1987, n. 9043; Cass. civ. 27 luglio 1989, n. 8119; Cass. civ. 22 dicembre 1995, n. 13064, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 476; Cass. civ. 25 giugno 2001, n. 8666, in *Arch. locazioni*, 2001, 802, che fa anche riferimento all'accertamento di titoli confliggenti fra loro.

(5) Cass. civ. 9 marzo 1982, n. 1511.

(6) Cass. civ. 3 dicembre 1997, n. 12255, in *Arch. locazioni*, 1998, 402.

(7) Cass. civ. 14 ottobre 1988, n. 5566; Cass. civ. 6 ottobre 1997, n. 9715, in *Arch. locazioni*, 1998, 58.

(8) Cass. civ. 31 luglio 1950, n. 2269, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, 750; Cass. civ. 4 maggio 1964, n. 1066, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1311; Cass. civ. 29 maggio 1976, n. 1950; Cass. civ. 23 maggio 1981, n. 3403; Cass. civ. 10 febbraio 1984, n. 1028; Cass. civ. 23 gennaio 1995, n. 735, in *Arch. locazioni*, 1995, 318 (in motivazione); Cass. civ. 2 dicembre 1997, n. 12204, *ivi*, 1998, 202; Cass. civ. 17 maggio 2000, n. 6407; Cass. civ. 4 maggio 2005, n. 9206, in *Giust. civ.*, 2006, I, 113; Cass. civ. 13 dicembre 2006, n. 26681; Cass. civ. 16 aprile 2007, n. 9093; Cass. civ. 10 novembre 2010, n. 22886; Cass. civ. 17 dicembre 2013, n. 28141.

(9) Salis, *Il condominio negli edifici*, Torino, 1958, 345, per il quale sono stati eliminati gli inconvenienti che era verificati per la passata legislazione, essendosi ritenuto necessario, sotto l'impero di questa, distinguere le azioni di carattere reale dalle altre, riconoscendosi solo per le seconde la rappresentanza passiva dell'amministratore, mentre per le azioni di carattere reale si riconosceva necessaria la chiamata in causa dei singoli condomini; *Id.*, voce *Condominio negli edifici*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, 1114, per il quale chiunque (condomino o terzo estraneo alla comunione) vanti dei diritti (di natura reale o personale) sulle parti comuni dell'edificio (come imposizione o esercizio di servitù attive o passive relativamente a tali parti) può convenire in giudizio l'amministratore senza preoccuparsi di ricercare quali siano i condomini interessati; Peretti Griva, *Il condominio delle case divise in parti*, Torino, 1960, 544, per il quale l'azione di un condomino diretta ad ottenere la declaratoria di un diritto reale non può non contrapporsi al diritto del condominio, per cui essa contiene, necessariamente, una contestazione del diritto comune, e, come tale, rientra nella materia nella quale è riconosciuta, la legittimazione passiva dell'amministratore.

(10) Cass. civ. 26 giugno 1968, n. 2163.

(11) Cass. civ. 10 novembre 1976, n. 4132.

legittimazione processuale passiva dell'amministratore del condominio, costituito, a norma dell'art. 1131 c.c., dall'inerenza delle azioni proposte "alle parti comuni" dell'edificio, deve essere inteso in senso estensivo, così da comprendere nel concetto di "parti comuni", da un lato, tutte le parti materiali, comunque destinate all'uso comune dei condomini, anche se appartenenti in proprietà esclusiva ad un solo condomino o ad un terzo e sinanche se ubicate all'esterno dello stabile condominiale (12).

Con specifico riferimento alla negatoria *servitutis*, si è affermato che quando il condomino contesti l'esistenza di una servitù a carico della sua proprietà esclusiva e a vantaggio dell'edificio condominiale, l'azione si intende proposta contro i condomini in quanto tali e non in quanto titolari di altrettante proprietà esclusive, con la conseguenza che trattandosi di azione che riguarda le parti comuni dell'edificio - per cui legittimato passivo è l'amministratore del condominio - sono irrilevanti per la sua decisione gli accertamenti correlativi ad ipotizzabili servitù spettanti ai condomini in relazione alle loro proprietà esclusive (13) oppure che in tema di azioni negatorie e confessorie (*servitutis*) la legittimazione passiva dell'amministratore del condominio sussiste tutte le volte in cui sorga controversia sull'esistenza e sulla estensione di servitù prediali costituite a favore o a carico dello stabile condominiale nel suo complesso o di una parte di esso; invero, le servitù a vantaggio dell'intero edificio in condominio, contraddistinte dal fatto che l'*utilitas* da esse procurate accede all'intero stabile e non ai singoli appartamenti individualmente considerati, vengono esercitate indistintamente da tutti i condomini nel loro comune interesse, e, pertanto, pur appartenendo a costoro e non al condominio in quanto tale, posto che questo è privo di personalità giuridica, integrano un bene comune inerente alla sfera della rappresentanza processuale del suddetto amministratore, a norma del secondo comma dell'art. 1131 c.c. (14).

Tale legittimazione sussisterebbe anche nel caso in cui la domanda di accertamento di una servitù a carico delle parti comuni sia stata formulata in via

riconvenzionale dal convenuto nei confronti dell'amministratore che aveva agito *in negatoria servitutis* sulla base di specifico mandato conferitogli dall'assemblea dei condomini (15).

Per un certo periodo alcune decisioni si sono parzialmente discostate da tale orientamento affermando che la legittimazione (attiva o) passiva dell'amministratore del condominio, ex art. 1131 c.c., in ordine alle controversie che concernono l'esistenza o l'estensione di servitù prediali costituite (a favore od) a carico della cosa comune o di sue parti, non esclude la necessaria partecipazione al giudizio di tutti i condomini, ove il titolare del fondo dominante, oltre a - od invece di - proporre una *confessoria servitutis*, agisca, ex art. 1067, comma 2, c.c., per l'eliminazione di opere eseguite nell'edificio (servente) in regime di condominio, che siano tali da impedire o restringere l'esercizio della servitù, trattandosi di azione che incide - restringendole - sulle facoltà dei contitolari del diritto domenicale di usare della cosa propria *iure domini* (16). Tale orientamento è stato successivamente abbandonato in base alla considerazione che l'art. 1131, secondo comma, c.c. non distingue tra azioni di accertamento ed azioni costitutive o di condanna (17).

Non è ben chiaro il pensiero della decisione secondo la quale ove la domanda del condomino di un edificio, rivolta a negare che la proprietà individuale sia soggetta a servitù in favore degli altri partecipanti, nonché ad ottenere la rimozione di opere comuni attraverso le quali la servitù medesima venga esercitata, sia proposta nei confronti di tutti i condomini, oltre che dell'amministratore, detti condomini assumono la qualità di litisconsorti necessari, a prescindere da ogni questione sulla sussistenza o meno della concorrente legittimazione passiva dell'amministratore (18).

Si sono parzialmente distaccate da tale orientamento anche le decisioni secondo le quali l'art. 1131, comma 2, c.c. prevede la legittimazione passiva dell'amministratore solo in ordine alle liti riguardanti le parti comuni dell'edificio, con la conseguenza che, ove un condomino chieda l'accertamento della proprietà esclusiva di parte del sottotetto, quale proiezione verso l'alto del proprio appartamento, viene

(12) Cass. civ. 6 novembre 1975, n. 3751, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 140; Cass. civ. 19 gennaio 1985, n. 145, in *Riv. giur. edilizia*, 1986, I, 98; Cass. civ. 26 settembre 2018, n. 22911.

(13) Cass. civ. 11 febbraio 1980, n. 954.

(14) Cass. civ. 6 novembre 1975, cit.; Cass. civ. 6 dicembre 1984, n. 6396, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 939; nel senso che in tali ipotesi le servitù vengono esercitate o subite indistintamente da tutti i condomini e non singolarmente da ciascuno di essi cfr. Cass. civ. 29 aprile 1982, n. 2717.

(15) Cass. civ. 17 settembre 2003, n. 13695, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 485.

(16) Cass. civ. 25 febbraio 1987, n. 2010, in *Foro it.*, 1987, I, 2144; in senso sostanzialmente conforme, in precedenza, cfr. Cass. civ. 6 dicembre 1984, cit.

(17) Cass. civ. 26 febbraio 1996, cit.; Cass. civ. 21 gennaio 2004, n. 919.

(18) Cass. civ. 22 aprile 1977, n. 1489.

meno la legittimazione passiva dell'amministratore, dovendo la causa, riguardante l'estensione del diritto dei singoli in dipendenza dei rispettivi acquisti, svolgersi nei confronti di tutti i condomini (19).

Si è, in proposito, sostenuto (20), che l'art. 1131, comma 2, c.c. troverebbe applicazione nel caso di un terzo che agisca nei confronti del condominio per fatti concernenti le parti comuni dell'edificio, ma non quando un condomino rivendichi come propria una parte dell'edificio normalmente di proprietà comune. Se si considera che il solo scioglimento di una comunione deve essere proposto nei confronti di tutti i condomini, a norma dell'art. 784 c.p.c., si dovrebbe ritenere che anche nel caso in cui un condomino rivendichi come propria una parte comune, la relativa domanda non può che essere proposta nei confronti di tutti i condomini in quanto in tal caso si è fuori della sfera di rappresentanza attribuita dall'art. 1131, comma 2, c.c. all'amministratore, concernendo la domanda l'estensione del diritto dei singoli condomini in dipendenza dei rispettivi acquisti.

È facile osservare che: a) l'art. 1131, comma 2, c.c. non distingue tra domande relative alle parti comuni a seconda che siano proposte da terzi o da condomini; b) è difficile comprendere il nesso tra l'art. 1131, comma 2, c.c., e l'art. 784 c.p.c.; ad ogni modo la seconda di tali disposizioni verrebbe derogata dalla prima.

Non si discostano espressamente da tale orientamento le decisioni, le quali, con riferimento ad una domanda di accertamento della natura condominiale di una parte da ritenersi comune in base all'art. 1117 c.c., proposta da uno o più condomini, hanno affermato, che solo ove il convenuto proponga domanda riconvenzionale di accertamento della proprietà esclusiva, senza limitarsi a proporre la relativa eccezione, il contraddittorio va esteso a tutti i condomini in quanto l'azione è diretta a conseguire la dichiarazione di proprietà esclusiva del bene in favore di una parte con effetti di giudicato estesi a tutti i condomini, che, pertanto, ricevono un evidente pregiudizio (21).

Si tratta, infatti, di decisioni le quali hanno ribadito, in via del tutto incidentale, in giudizi proposti da uno

o più condomini, in cui il convenuto aveva semplicemente eccepito la proprietà esclusiva di una parte comune, il principio pacifico che nel caso in cui il convenuto proponga domanda riconvenzionale, sarebbe necessario integrare il contraddittorio nei confronti degli altri condomini, ma non hanno affermato che la domanda avrebbe dovuto essere proposta citando i singoli condomini.

Per le stesse ragioni non si distaccano da tale orientamento le decisioni secondo le quali in tema di condominio degli edifici: a) poiché l'accertamento della proprietà di un bene non può essere effettuato se non nei confronti di tutti i soggetti a vantaggio o verso i quali esso è destinato ad operare, secondo l'effetto di giudicato richiesto con la domanda, ove quest'ultima sia proposta da alcuni condomini per far dichiarare la natura comune di un bene nell'ambito di un edificio condominiale, anche nel caso in cui il convenuto non eccepisca semplicemente di essere proprietario esclusivo, il giudizio deve svolgersi nei confronti di tutti gli altri partecipanti al condominio stesso, i quali, nel caso di esito della lite favorevole agli attori, non potrebbero altrimenti né giovare del giudicato, né restare terzi non proprietari rispetto al convenuto venditore-costruttore (22); b) l'azione di accertamento della proprietà comune, in quanto ha ad oggetto la contitolarità del diritto di proprietà in capo a tutti i condomini, è relativa a un rapporto sostanziale plurisoggettivo unitario, dando luogo a un'ipotesi di litisconsorzio necessario fra tutti i condomini; infatti, il giudicato si forma ed è opponibile nei confronti dei soli soggetti che hanno partecipato al giudizio; d'altra parte, poiché non è applicabile ai rapporti assoluti la disciplina specifica dei rapporti obbligatori, non è estensibile alla specie il criterio dettato in materia di obbligazioni indivisibili dall'art. 1306 c.c., in virtù del richiamo di cui all'art. 1317 c.c., secondo cui gli effetti favorevoli di una sentenza pronunciata nei confronti di uno o di alcuni dei diversi componenti dell'obbligazione solidale o indivisibile si comunicano agli altri (23).

Anche tali decisioni, infatti, non hanno affermato che la partecipazione al giudizio degli altri condomini dovrebbe essere realizzata mediante la notifica personale dell'atto di integrazione del contraddittorio,

(19) Cass. civ. 6 agosto 2001, n. 10828; Cass. civ. 19 maggio 1999, n. 4845, in *Arch. locazioni*, 2000, 265.

(20) Cass. civ. 19 maggio 1999, cit.

(21) Cass. civ. 17 aprile 2019, n. 10745; Cass. civ. 13 novembre 2013, n. 25454, in *Giur. it.*, 2014, 1398; Cass. civ. 22 febbraio 2013, n. 4624; Cass. civ. 3 settembre 2012, n. 14765; Cass. civ. 18 aprile 2019, n. 10934, in via del tutto incidentale, in motivazione, dopo avere ribadito il principio secondo il quale occorre integrare il

contraddittorio nei confronti di tutti i condomini qualora il convenuto eccepisca la proprietà esclusiva formulando un'apposita domanda riconvenzionale, ha affermato in via ugualmente incidentale che altrettanto vale allorché vi sia espressa azione contro il condominio.

(22) Cass. civ. 30 aprile 2012, n. 6607.

(23) Cass. civ. 17 marzo 2006, n. 6056.

non essendo sufficiente la notifica di tale atto all'amministratore, in quanto non troverebbe applicazione l'art. 1131, comma 2, c.c.

Recentemente, invece, la Suprema Corte, ha affermato che con riferimento alla domanda di accertamento della natura comune o alla proprietà esclusiva di una parte dell'edificio condominiale che dovrebbe essere comune ai sensi dell'art. 1117 c.c., occorre integrare il contraddittorio nei confronti dei singoli condomini nel caso in cui la domanda sia proposta da un condomino o da un terzo nei confronti del condominio rappresentato dall'amministratore (24) o dall'amministratore nei confronti di un condomino o di un terzo (25), con rinvio della causa al primo giudice.

Va preliminarmente osservato che l'integrazione del contraddittorio va disposta nell'ipotesi in cui non tutti i potenziali legittimati attivi o passivi siano parti del giudizio. Nel caso in cui si dovesse ritenere che legittimati passivi in ordine alle azioni di natura reale relative alle parti comuni sono i condomini e non l'amministratore, ove quest'ultimo fosse stato invece convenuto in giudizio, si dovrebbe parlare di difetto di legittimazione passiva, con conseguente rigetto della domanda, senza alcuna possibilità di rinvio al primo giudice ai fini di una semplice integrazione del contraddittorio, come invece si è verificato (26).

Nel merito, a sostegno di tale nuovo orientamento si è affermando che non induce a diverse conclusioni la considerazione, svolta da parte della dottrina, secondo cui, a norma dell'art. 1131, comma 2, c.c., l'amministratore può essere convenuto in giudizio per qualunque azione concernente le parti comuni dell'edificio, in quanto, per consolidata interpretazione giurisprudenziale, il potere rappresentativo che spetta all'amministratore di condominio si riflette nella facoltà di agire e di resistere in giudizio unicamente per la tutela dei diritti sui beni comuni, rimanendone perciò escluse le azioni che incidono sulla condizione giuridica dei beni stessi, e, cioè, sul relativo diritto di comproprietà, che rientra nella disponibilità esclusiva dei condomini; in tal modo, si assicura anche la regolare corrispondenza tra le attribuzioni dispositive dell'amministratore e dell'assemblea e la legittimazione a far valere nel processo le rispettive posizioni dominicali (27).

Se con tale ultima espressione si intende sostenere che con l'interpretazione proposta si realizzerebbe la coincidenza tra legittimazione attiva e legittimazione passiva dell'amministratore, è facile invocare la differente formulazione tra il primo comma ("nei limiti delle attribuzione stabilite dall'art. 1130 o dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio o dall'assemblea") e il comma 2 dell'art. 1131 c.c. ("qualunque azione concernente le parti comuni"). Per quanto riguarda l'affermazione che l'art. 1131, comma 2, c.c. non può essere interpretato nel senso che prevede una eccezione al principio secondo il quale le azioni reali vanno proposte nei confronti di tutti i comproprietari della cosa comune, essa risulta in contrasto con la chiara formulazione letterale di tale disposizione ("qualunque azione concernente le parti comuni") e con l'intenzione del legislatore quale risulta dai lavori preparatori del codice civile, in quanto nella Relazione al Re (n. 190) si afferma espressamente che "La rappresentanza passiva è infatti estesa a qualunque azione proposta contro i condomini, e pertanto anche alle azioni di carattere reale, purché in riferimento alle parti comuni dell'edificio". Il legislatore ha semplicemente previsto una diversa modalità di realizzazione del contraddittorio, stabilendo che con la citazione dell'amministratore tutti i condomini sono parti del giudizio.

Una ulteriore conferma del fatto che i condomini non sono necessariamente i diretti destinatari della citazione avente ad oggetto l'accertamento della comproprietà o proprietà esclusiva di parti dell'edificio che in base all'art. 1117 c.c. dovrebbero considerarsi comuni è desumibile indirettamente dall'art. 65, comma 1, disp. att., c.c., il quale prevede "Quando, per qualsiasi causa manchi il legale rappresentante dei condomini, chi intenda iniziare o proseguire una lite contro i partecipanti al condominio può richiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 80 del codice di procedura civile".

Né si può sostenere che le azioni reali relative alle parti comuni incidono sulla condizione giuridica dei beni in comproprietà, in quanto mirano semplicemente ad accertare tale condizione e l'amministratore convenuto ai sensi dell'art. 1131, comma 2, c.c., resistendo alle relative domande, non esercita alcun

(24) Cass. civ. 14 febbraio 2018, n. 3575; Cass. civ. 15 giugno 2018, n. 16679; Cass. civ. 16 ottobre 2019, n. 26208; Cass. civ. 21 febbraio 2020, n. 4697; nel senso peraltro che la legittimazione passiva dell'amministratore del condominio, ex art. 1131, comma 2, c.c. non incontra limiti, trovando ragione nell'esigenza di facilitare l'evocazione in giudizio del condominio, cfr. Cass. civ. 26 settembre 2018, n. 22911.

(25) Cass. civ. 15 marzo 2017, n. 6649; Cass. civ. 16 gennaio 2020, n. 789.

(26) Cass. civ. 14 febbraio 2018, cit.; Cass. civ. 15 giugno 2018, cit.; Cass. civ. 16 ottobre 2019, cit.; Cass. civ. 21 febbraio 2020, cit.

(27) Cass. civ. 16 gennaio 2020, cit.; Cass. civ. 21 febbraio 2020, cit.

potere dispositivo dei diritti spettanti esclusivamente ai condomini.

Ciò a prescindere dalla considerazione che si viene a frustrare la *ratio* di tale norma, imperniata sulla esigenza di rendere più agevole ai terzi la chiamata in giudizio del condominio, ovviando alle difficoltà pratiche di promuovere e di preservare il litisconsorzio passivo nei confronti dei condomini.

Come è stato osservato in dottrina, la rinuncia alla facilitazione di avere come convenuto una sola persona (l'amministratore o il curatore speciale), anziché più persone (i singoli condomini) è configurabile come meramente facoltativa ("può essere convenuto in giudizio") accanto alla legittimazione dei condomini di stare direttamente in giudizio come partecipanti alla comunione (28).

Nello stesso ordine di idee in giurisprudenza si è affermato che il secondo comma dell'art. 1131 c. c., nel prevedere la legittimazione passiva

dell'amministratore in ordine ad ogni lite avente ad oggetto interessi comuni dei condomini, deroga alla disciplina valida per le altre ipotesi di pluralità di soggetti passivi, soccorrendo, così, all'esigenza di rendere più agevole ai terzi la chiamata in giudizio del condominio, senza la necessità di promuovere il litisconsorzio passivo nei confronti dei condomini (29).

Infine, volendo aderire al nuovo orientamento in ordine alla interpretazione dell'art. 1131, comma 2, c.c., rimarrebbe da stabilire quali sarebbero le controversie non reali concernenti le parti comuni, per le quali soltanto legittimato passivo sarebbe l'amministratore del condominio, che non potrebbero essere individuate in quelle relative alla sola gestione delle parti comuni, in quanto si tratterebbe di una interpretazione in contrasto con la chiara formulazione della norma in questione, con la *ratio* della stessa e con l'intenzione del legislatore.

(28) Trocker, *Litisconsorzio necessario e ordine di integrazione del contraddittorio nell'actio negatoria servitutis in materia condominiale*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 942; Cianci, *L'amministratore*, in Bianca (a cura di), *Il condominio*, Torino, 2009, 604; Per Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1982, 597, scopo pratico della norma è quello di rendere più facile e comoda ai terzi la

chiamata in giudizio del condominio, che altrimenti dovrebbero rivolgersi a tutti i condomini, ma la ragione tecnica è un'altra: la personalità (collettiva) del condominio, imponendo l'esistenza di un organo condominiale, fa sì che quest'ultimo, specialmente all'esterno, personifichi il gruppo.

(29) Cass. civ. 26 febbraio 1996, n. 1485, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1972; Cass. civ. 4 maggio 2005, n. 9206.

Estinzione della società

Corte costituzionale 8 luglio 2020, n. 142 - Pres. Cartabia - Red. Modugno

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost, dell'art. 28, comma 4, D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175 (Semplificazione fiscale e dichiarazione dei redditi precompilata), secondo il quale nel disporre che "ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Non sono stati rinvenuti precedenti specifici in quanto questione nuova.

La Corte (*omissis*).

Considerato in diritto

1.- La Commissione tributaria provinciale di Benevento (ordinanza r. o. n. 142 del 2019) censura l'art. 28 del decreto legislativo 21 novembre 2014, n. 175 (Semplificazione fiscale e dichiarazione dei redditi precompilata), sebbene i dubbi di legittimità costituzionale riguardino, invero, il solo comma 4 del citato art. 28, il quale prevede che, "[a]i soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese", e per la sola parte in cui tale disposizione fa riferimento ai tributi, alle sanzioni e agli interessi e non anche ai contributi. È esclusivamente all'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014, nella parte relativa ai tributi (e relativi accessori) che, per ciò, le questioni vanno delimitate.

Secondo il giudice a quo, la disposizione censurata, differendo l'efficacia dell'estinzione delle società cancellate dal registro delle imprese con riguardo ai soli rapporti con l'amministrazione finanziaria e facendo, così, rivivere per un lungo lasso di tempo un soggetto estinto, violerebbe innanzitutto l'art. 3 della Costituzione, poiché determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra l'amministrazione finanziaria e gli altri creditori sociali. Sarebbe del pari violato l'art. 76 Cost., trattandosi di intervento che eccede dal perimetro delle misure finalizzate all'eliminazione degli adempimenti superflui o di scarsa utilità, indicate dalla delega conferita dalle Camere con l'art. 7 della legge 11 marzo 2014, n. 23 (Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita).

2.- Le questioni non sono fondate.

3.- Quanto alla censura di violazione dell'art. 76 Cost. - logicamente prioritaria, poiché incidente sul piano delle fonti - la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il

legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (*ex plurimis*, sentenze n. 96 del 2020 e n. 10 del 2018).

In particolare, l'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo. Di conseguenza, neppure l'assenza di un'espressa previsione del legislatore delegante può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato, trattandosi in tal caso di verificare che le scelte di quest'ultimo non siano in contrasto con gli indirizzi generali della legge delega (sentenze n. 79 del 2019, n. 212 del 2018 e n. 278 del 2016).

La verifica della conformità della norma delegata alla norma delegante postula, in definitiva, un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi (sentenze n. 96 del 2020, n. 170 del 2019 e n. 198 del 2018).

3.1.- Per quanto attiene più specificamente all'odierno *thema decidendum*, coglie nel segno il rimettente quando rileva che l'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014 non può essere considerato come attuazione delle previsioni di cui al comma 1 dell'art. 7 della legge n. 23 del 2014, in quanto la disciplina introdotta dalla norma censurata non può ritenersi volta alla revisione dei regimi fiscali (lettera a) o all'eliminazione degli adempimenti superflui (lettera b), né, tantomeno, alla revisione delle funzioni dei sostituti di imposta, dei centri di assistenza fiscale e degli intermediari fiscali (lettera c), sui quali verte la citata disposizione della legge di delega.

3.2.- Se, alla luce del richiamato orientamento di questa Corte, la verifica di conformità deve essere condotta in riferimento agli indirizzi generali della delega, la circostanza che la norma censurata non trovi copertura in una singola disposizione della legge di delega non è motivo, di per sé sufficiente, per ritenere integrata la violazione

dell'art. 76 Cost. La valutazione di conformità deve essere condotta, infatti, mediante uno scrutinio che tenga conto della delega nella sua globalità e che, pertanto, non deve neppure considerarsi limitato alle sole disposizioni della legge di delega richiamate espressamente nel decreto delegato.

3.3.- Ciò posto, ai fini del presente scrutinio, vengono in rilievo i principi e i criteri direttivi di cui agli artt. 1, comma 1, lettere a) e c), e 3, comma 1, lettera a), della legge n. 23 del 2014, dai quali risulta che il legislatore ha delegato il Governo ad adottare misure volte a uniformare, tendenzialmente, la disciplina delle obbligazioni tributarie (art. 1, comma 1, lettera a), a razionalizzare i poteri dell'amministrazione finanziaria anche con riguardo alla disciplina della efficacia e validità degli atti di accertamento (art. 1, comma 1, lettera c) e a razionalizzare e sistematizzare la disciplina dell'attuazione e dell'accertamento relativa alla generalità dei tributi (art. 3, comma 1, lettera a), al fine di apportare "uniformità e chiarezza nella definizione delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive dei contribuenti e delle funzioni e dei procedimenti amministrativi" (art. 3, comma 1).

Alla luce delle citate disposizioni, fra i contenuti della delega si delinea un obiettivo di generale razionalizzazione dell'azione amministrativa, in materia di attuazione e accertamento dei tributi, al fine di agevolare la definizione delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive dei contribuenti.

3.4.- Così individuati i contenuti della delega, per valutare la conformità ad essi dell'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014, occorre muovere dalla considerazione che tale disposizione - nello stabilire che "[a]i soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'articolo 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese" - si inserisce, derogandola, nella disciplina civilistica della cancellazione delle società dal registro delle imprese.

3.5.- Riguardo a quest'ultima, è necessario brevemente rammentare che, ponendo fine ad un annoso dibattito, l'art. 4 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366) ha riscritto l'art. 2495 c.c., il quale, per ciò che qui rileva, al secondo comma prevede che, "[f]erma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società".

3.6.- Sulla citata disposizione sono intervenute le sezioni unite della Corte di cassazione, le quali, per un verso, hanno chiarito che la cancellazione dal registro delle imprese determina in ogni caso l'estinzione delle società di capitali, ritenendo, peraltro, la norma estensibile anche

alle società di persone (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze 22 febbraio 2010, n. 4060, n. 4061 e n. 4062); per l'altro, che l'estinzione della società si produce anche qualora rimangano debiti insoddisfatti, poiché, in tale evenienza, i creditori potranno far valere, comunque sia, le loro ragioni nei confronti dei soci, considerati successori universali seppur sui generis, e, se in colpa, nei confronti dei liquidatori (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenze 12 marzo 2013, n. 6070, n. 6071 e n. 6072). Si è inoltre affermato, con le medesime pronunce, che, dopo l'estinzione, la società non può agire in giudizio o essere legittimamente convenuta e che, qualora l'estinzione intervenga in pendenza di giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo del processo, con possibile successiva o eventuale prosecuzione o riassunzione del medesimo giudizio da parte o nei confronti dei soci.

3.7.- Come si legge nella relazione governativa al decreto delegato, la disciplina civilistica, sinteticamente richiamata, se, per un verso, risulta "funzionale a garantire tempi brevi e certi della cancellazione e della realizzazione dei conseguenti effetti", per l'altro, "rende di difficile realizzazione i controlli e le azioni di recupero fiscale, regolati da disposizioni che ne prevedono lo sviluppo e, a volte, l'avvio in tempi successivi a quelli previsti dall'articolo 2495 del codice civile per l'estinzione della società".

Sul punto l'Avvocatura generale dello Stato ha messo correttamente in evidenza che la disciplina della cancellazione delle società dal registro delle imprese e la conseguente perdita di capacità e soggettività dell'ente è di ostacolo alle attività svolte dall'amministrazione finanziaria nei confronti di quest'ultimo.

3.8.- Proprio per sopperire alle divergenze tra la disciplina civilistica e la struttura e le finalità specifiche del controllo tributario, è stato introdotto l'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014.

Tale disposizione, anche a fronte dell'estinzione della società di capitali (e di persone, come ha avuto modo di chiarire la Corte di cassazione, sezione quinta civile, sentenza 24 aprile 2015, n. 6743), consente la stabilizzazione degli atti dell'amministrazione finanziaria, potendo, infatti, quest'ultima effettuare le attività di controllo e di accertamento negli ordinari termini previsti dalla disciplina tributaria, nonché notificare i relativi atti direttamente all'originario debitore.

Tale interpretazione trova conferma nella formulazione dello stesso art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014, nel quale il termine quinquennale è stato individuato - si legge ancora nella citata relazione governativa - "avuto riguardo ai termini di cui agli articoli 43, comma 2, del d.P.R. n. 600/73 e 57, comma 2, del d.P.R. n. 633/1972 che disciplinano, rispettivamente, i termini per l'accertamento in ipotesi di omessa dichiarazione I.I.D.D. o IVA".

Così chiarita la *ratio* della norma censurata, la scelta del Governo non è estranea agli obiettivi di razionalizzazione dell'azione amministrativa in materia di attuazione e accertamento dei tributi perseguiti dalla delega e, anzi, si pone in linea di continuità e complementarità rispetto a tali obiettivi. Tale scelta, infatti, consentendo

all'amministrazione finanziaria di compiere le ordinarie attività di accertamento nonostante l'estinzione della società, agevola la definizione delle situazioni giuridiche soggettive passive e attive del contribuente.

3.9.- Occorre considerare, poi, che la possibilità di notificare validamente gli atti intestati ad un soggetto non più esistente si presenta coerente con il sistema tributario complessivamente considerato, in quanto l'art. 65, quarto comma, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), permette, con riguardo alle persone fisiche, che "la notifica degli atti intestati al dante causa [possa] essere effettuata agli eredi impersonalmente e collettivamente nell'ultimo domicilio dello stesso ed è efficace nei confronti degli eredi che, almeno trenta giorni prima, non abbiano effettuato la comunicazione di cui al secondo comma".

4.- Non sussiste neppure la denunciata violazione dell'art. 3 Cost.

4.1.- La disciplina di cui all'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014, nel favorire l'adempimento dell'obbligazione tributaria verso le società cancellate dal registro delle

imprese, non determina l'ingiustificata disparità di trattamento denunciata dal rimettente.

Come ha avuto già modo di affermare questa Corte, non è configurabile una piena equiparazione fra le obbligazioni pecuniarie di diritto comune e quelle tributarie, per la particolarità dei fini e dei presupposti di queste ultime (sentenza n. 291 del 1997), che si giustificano con la "garanzia del regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato" (sentenza n. 281 del 2011), cui è volto il credito tributario.

In definitiva, l'interesse fiscale perseguito dalle obbligazioni tributarie giustifica lo scostamento dalla disciplina ordinaria.

4.2.- Del resto, questa Corte ha già avuto modo di prendere in considerazione le modifiche introdotte dall'art. 28, comma 4, del citato d.lgs. n. 175 del 2014, rilevando come quest'ultimo si annoveri tra quelle disposizioni "orientate a preservare la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni tributarie" e che "segnano lo scostamento dalla disciplina ordinaria quale condizione di maggior favore per l'amministrazione finanziaria" (sentenza n. 90 del 2018).

(*omissis*).

***Ad infera. La Consulta "benedice" l'illogico
"diritto vivente" sull'estinzione postliquidativa delle società,
ma non l'apparente disposta cancellazione
"del" registro delle imprese***
di Cesare Glendi

Nel commentare la sentenza n. 142/2020 Corte Cost., se ne evidenziano le molteplici criticità, che rendono ancora più evidente e grave il persistente stato di incapacità culturale del nostro c.d. diritto vivente (nelle sue componenti tutte, legislative, giurisprudenziali e dottrinali) a fornire un ordinato assetto disciplinare dell'estinzione postliquidativa delle società, tanto a livello civilistico, come su quello tributaristico. Dove la norma "salvata" dal giudice delle leggi ha determinato e determina scompensi logico-sistematici e inconvenienti operativi difficilmente risolvibili per via interpretativa. Tanto da rendere, non solo fortemente auspicabile, ma assolutamente doveroso ed impellente un provvidenziale "coraggioso" ripensamento da parte della stessa Corte o, in ogni caso, e forse anche preferibilmente, un adeguato intervento sostitutivo da parte del legislatore sul doppio versante civilistico e tributaristico, da uniformare, preferibilmente, ad unità.

While commenting on judgment No. 142/2020 of the Constitutional Court, we highlight the many problematic aspects, which make even more evident and severe the persistent cultural inability of the so-called living law (in all its legislative, case-law and doctrinal components) to provide an orderly regulatory structure of the post-liquidation dissolution of companies, both at civil and tax law levels. Where the rule "saved" by the Constitutional Court led and still leads to logical-systematic imbalances and operational drawbacks which are difficult to resolve through interpretation. So much so as to make not only highly desirable, but absolutely necessary and urgent, a providential "courageous" rethinking by the Court itself or, in any case, and probably even preferably, an adequate replacement intervention by the lawmaker on the dual civil and tax law perspective, to be made uniform and preferably more consistent and systematic.

Preambolo

La sentenza Corte cost. n. 142, deliberata il 26 maggio 2020, durante il periodo del *lockdown*, e pubblicata l'8 luglio, sempre in tempo di *coronavirus*, costituisce la consacrazione formale, da parte del nostro supremo organo di legittimità costituzionale, dell'insipienza culturale del nostro diritto vivente (nella totalità delle sue componenti nomopoietiche, di legislazione, dottrina e giurisprudenza *in apicibus*) a risolvere un problema pratico, che, a dire il vero, sarà pur spinoso e difficile, ma non pare poi così davvero impossibile da risolvere. Trattandosi, in definitiva, di comporre in un appropriato inquadramento giuridico la duplice esigenza, da un lato, di spazzar via dal mondo dei traffici giuridici quegli enti collettivi societari che non hanno più ragione di esistere, perché ormai privi di tutte le loro reali componenti (soggettive, oggettive e funzionali), essendo stati ridotti, dopo la messa in liquidazione, a meri catafalchi, che ingombrano il normale andamento della vita giuridica ed economica e, d'altro lato, evitare che questa naturale ed oggettivamente insopprimibile opera di bonifica ordinamentale possa essere impunemente inquinata da fraudolente manovre, da parte degli ultimi reali protagonisti della fase terminale di detti enti, dediti ad illecitamente avvantaggiarsi alle spalle di creditori o altri soggetti titolari di diritti e di pretese nei confronti degli enti stessi al momento della loro estinzione.

Questa doppia esigenza era già stata lucidamente prefigurata e messa a fuoco da uno dei nostri più grandi giuristi, Francesco Carnelutti, che, in un breve, ma illuminante, scritto del 1940 (1), in pieno periodo bellico, nel contrastare le "morbide" prese di posizione di Tullio Ascarelli ed altri (2), in

dottrina, e della giurisprudenza dell'allora Corte di cassazione del Regno (3), aveva bollato come semplicemente "insensata" (4) l'idea di trovare la soluzione a questo problema, con la soddisfazione dell'anzidetta doppia esigenza, nella *fictio iuris*, della c.d. morte apparente della società stessa, onde, pur dopo la chiusura della liquidazione, e la scomparsa dell'ente sociale, senza successori, detta società continuerebbe a vivere finché vi siano in capo ad essa rapporti giuridici, sostanziali e/o processuali, così che "la c.d. chiusura della liquidazione sarebbe pertanto indifferente all'estinzione", incisivamente scrivendo che "questa tesi seducente ha il torto di essere impostata su una inversione logica: logicamente, il rapporto presuppone il soggetto, non il soggetto presuppone il rapporto. Ora, il soggetto, anche quando è una persona giuridica, consiste in una realtà, non in una finzione; perché esista, occorre una combinazione di persone fisiche, scomparsa la quale, il soggetto non c'è più. Ciò che il legislatore può fare, per risolvere il problema, è vietare che la combinazione scompaia, ma non comandare che, sebbene sia scomparsa, il soggetto esista ancora, il quale sarebbe un miracolo fuori dalle sue possibilità; allo stesso modo può vietare di uccidere un uomo, ma non ottenere che, dopo essere stato ucciso, rimanga vivo".

Di questa elementare verità la nostra cultura giuridica si è mostrata incapace di rendersi conto. Ed è così che, da più di cent'anni, ormai, si assiste al protrarsi di una stravagante "historia" dei più strampalati conati *de iure*, a tutti i livelli, via via escogitati per trovare una decente risposta all'anzidetto problema. Che pure non sarebbe tanto difficile. Dovendosi semplicemente prendere atto che, scomparso l'ente collettivo, ciò che nella realtà pur sempre resta è

(1) F. Carnelutti, *In tema d'estinzione della società commerciale*, in *Foro it.*, 1965, parte IV, 25 ss.

(2) Scrive ancora, sarcasticamente, F. Carnelutti, *op. loc. cit.*, 26, a proposito della tesi della protratta esistenza della società sin quando permanga una qualche situazione creditoria o debitoria o una pendenza giudiziale riferibile alla società liquidata: "che pertanto questa tesi abbia sedotto alcuni giovani scrittori non ancora ferrati contro i giuochi d'illusione della dialettica, non reca soverchia meraviglia (alludo, fra gli altri, a Ghidini, *Estinzione e nullità delle società commerciali*, n. 30, 69 e a Stolfi Mario, *La liquidazione delle società commerciali*, n. 70, 233); ma quando vi si lascia cogliere uno strenuo ragionatore come Ascarelli (*Foro italiano*, 1937, I, 1546), bisogna concludere che anche gli atleti sono soggetti a scivolare sulla tradizionale buccia di limone". In effetti, all'epoca, di "banane" non si parlava proprio. Per la precisione, lo scritto di T. Ascarelli, rubricato nell'indice-sommario del vol. LXII, anno 1937, del *Foro it.*, come *Chiusura della liquidazione e diritti di terzi*, recava le osservazioni dell'A. nei riguardi di Cass. Regno, Sez. I, 28 giugno 1937, n. 2147, ove, confermandosi altri precedenti, testualmente si statuiva che "la cessazione dell'ente sociale e quindi della rappresentanza del liquidatore, non ha

luogo fino a che sia in corso il giudizio con un creditore, nonostante che sia stata affrettatamente chiusa la liquidazione e resa pubblica la chiusura; in questo caso la chiusura è fraudolenta, e il creditore conserva integro il diritto di portare a termine il giudizio contro la società rappresentata dal liquidatore".

(3) Oltre alla sentenza di cui alla nota precedente, nella quale, come già detto, vengono fatti espliciti richiami anche ad altre precedenti conformi della Corte, si segnalano, in epoca di poco successiva, Cass. Regno, Sez. II, 15 giugno 1939, n. 2034, in *Foro it.*, 1939, I, 1320, con nota di G. Ferri, *Chiusura della liquidazione ed estinzione delle società*.

(4) Queste per la verità le parole conclusive di F. Carnelutti, *op. loc. cit.*, 27: "la tesi che il soggetto sociale non si estingua fino a che non sia trasferito o estinto l'ultimo rapporto sociale è dunque uno sproposito; e non c'è nulla da aggiungere. In particolare è superfluo ogni rilievo intorno alla intollerabile situazione che sarebbe in tal modo creata agli effetti della certezza giuridica non potendosi mai escludere che un debito sociale esista; questa è una ragione pratica superflua quando la ragione logica è insuperabile".

l'eventuale responsabilità di tutti coloro che si siano fraudolentemente "infricciati" nel decesso societario, avvantaggiandosene indebitamente a danno di pur solerti titolari di crediti e pretese nei confronti della società estinta. Da far valere ed azionare *quo citius* contro detti responsabili. Magari potenziandosene il concreto attivarsi mediante veloci misure cautelari. Al limite, prevedendosi, da parte di un legislatore, severo, ma *compos*, un'appropriate figura di reato per siffatti faccendieri, guarenteggiandone la concreta sanzionabilità, pure sul piano patrimoniale, mediante adeguate misure preventive e confiscatorie, come quelle oggi previste dal codice di procedura penale. Senza cadere, invece, come purtroppo si è fatto, nella sterile pantomima di enti defunti che continuano a vivere, in eterno, o per tempi più o meno insensatamente predeterminati, con il solo risultato di rendere sempre più complicato e lontano un qualsivoglia risultato utile per i creditori o altri soggetti realmente lesi dagli illeciti perpetrati a loro danno dai responsabili viventi, grazie al fallace miraggio di una finta sopravvivenza di ectoplasmi larvali, che servono soltanto a confondere, quali futili fantasmi, il mondo giuridico, alimentando anche l'inutile spreco di costose attività giurisdizionali.

A dimostrazione di quanto sopra, e per meglio comprendere la novissima improvvida pronuncia della Corte costituzionale, occorre ripercorrere, dunque, soltanto *in nuce*, ben inteso (5), ma un po' meglio di quanto non abbia fatto la Consulta (6), tutto questo inutile travaglio, al solo limitato fine, ovviamente, di evidenziarne a grandi linee il paradossale decorso.

Dallo stereotipo della societaria morte apparente all'immaginifica "successione sui generis" dei soci alla società estinta

In primis, come si è visto, e per molti anni, si è continuato a ripetere, con impavida testardaggine, che le società non si estinguono se non con l'estinzione di ogni rapporto, sostanziale e/o processuale, ad

esse correlabile (7). Con il che, a tacer d'altro, si è vanificata *in radice* proprio la prioritaria esigenza di liberare il mondo giuridico dall'ingombrante presenza di veri e propri "zombie" societari, lasciati in questo stato per l'incapacità di darsi pace che chi è morto non può essere vivo, "per la contraddizione che nol consente" (8).

Questa esigenza, così a lungo negletta, *contra tenorem rationis*, ebbe a trovare timido ingresso nel nostro diritto vivente con la legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 e il successivo D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il cui art. 4 modificava l'art. 2495 c.c., stabilendo che, "approvato il bilancio di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione delle società dal registro delle imprese", e prevedendo, inoltre, al comma 2, che, "ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori societari non soddisfatti possono far valere i propri crediti nei confronti dei soci fino alla concorrenza delle somme da questi incassate in base al bilancio finale di liquidazione e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi", con l'ulteriore specificazione, contenuta nell'ultimo periodo, che "la domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società".

Nell'immediato, l'interpretazione del nuovo dato normativo fornita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte era stata esemplare (9). Essendosi preso atto che la cancellazione della società dal registro delle imprese ne comporta in ogni caso l'estinzione ed essendosi altresì correttamente statuito che il novellato art. 2945 c.c., sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata, deve trovare applicazione anche per le società di persone.

Come cantava il Sommo Poeta (10), "noi ci allegrammo e tosto tornò in pianto". Poiché l'incapacità del nostro diritto vivente a parametrare la propria esperienza nel dare concretamente applicazione al nuovo dato normativo, *ut supra* correttamente interpretato, sfociò ben presto in un'altra surrettizia

(5) Dacché la letteratura in argomento può dirsi ormai pressoché sterminata e oltremodo ricca di risvolti, distorsioni e sfaccettature, di cui peraltro si può qui certamente fare a meno, pur non potendosi trascurare il *fil-rouge* che li collega a ciò che si è tracciato nel testo per spiegarne criticamente l'evoluzione.

(6) V. *infra*.

(7) In aggiunta ai richiami fatti a nt. 3, si ricordano le indicazioni esposte rispettivamente per la giurisprudenza della Suprema Corte e dei giudici di merito alle nt. 4 e 5 in calce ad un risalente scritto di chi scrive, *In tema di accertamenti notificati dopo la liquidazione e la cancellazione delle società*, in *Dir. prat. trib.*, 1975, II, 593 ss.

(8) D. Alighieri, *La Divina Commedia, Inferno*, Canto XXVII, v. 120.

(9) Le tre "storiche" sentenze delle SS.UU. alle quali si allude nel testo sono precisamente le sentenze 22 febbraio 2010, n. 4060; 22 febbraio 2010, n. 4061 e 22 febbraio 2010, n. 4062. Cass. civ. n. 4062/2010 può leggersi in questa *Rivista*, 2010, 8, 1006 ss. con il commento di M. Padoja, *Fine della "immortalità": per le Sezioni Unite la cancellazione delle società dal registro delle imprese determina la sua liquidazione*. Su questa trilogia di pronunce v., inoltre, tra gli altri, B. Briante, *Effetti e decorrenze della cancellazione dal Registro delle imprese di tutte le società*, in *G.T. - Riv. giur. trib.*, 2010, 5, 390 e M. Bruzzone, in *Corr. trib.*, 2010, 16, 1295.

(10) D. Alighieri, *La Divina Commedia, Inferno*, Canto XXVI, v. 136.

ipostatizzazione, qual è quella d'immaginare che l'estinzione della società comporti necessariamente una successione, sia pure (molto!) *sui generis*, dei soci alla società estinta (11). Nel che si annida, invero, una nuova inversione logica, o, meglio, una vera e propria petizione di principio. Poiché una successione presuppone l'estinzione. Ma l'estinzione non postula, necessariamente, una successione. Tant'è che, nel caso, la legge riconnette all'estinzione della società una eventuale responsabilità, degli *ex* soci e/o degli *ex* amministratori e/o degli *ex* liquidatori, e cioè una effettualità giuridica specularmente antitetica all'effettualità successoria, dato che, se questa c'è, rende perciò solo superflua e inoperante la responsabilità dei successori, in quanto costoro, proprio perché tali, già subentrano *tout court* nella titolarità, attiva o passiva, dei rapporti facenti capo al succeduto estinto.

Tutto ciò è stato, talvolta, ma non spesso, avvertito anche *in apicibus*, dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione (12) e dalla Corte costituzionale (13) e, qualche volta, financo, in dottrina (14). Senza, peraltro, impedire una ben presto generalizzata supina acquiescenza al "falso idolo" della successione *sui generis*, divenuto assai presto un vero e proprio "stereotipo", imposto, *ratione imperii*, e opportunisticamente accolto nella comoda culla del c.d. diritto vivente. Sin quando, almeno, ecco apparire, quale folgore a ciel (quasi) sereno, il comma 4 dell'art. 28, D.Lgs. n. 175/2014, testualmente dicente che, "Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi, contributi, sanzioni ed interessi, l'estinzione della società di cui all'art. 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del registro delle imprese".

Alla generalizzata successione *sui generis* si affianca, in difficile connubio, il fantasma della società sopravvissuta per cinque anni ai soli fini fiscali

Nel mentre, da più parti, ci si sforzava di metabolizzare il pur indigesto boccone della generalizzata successione *sui generis* dei soci alla società estinta, e così dunque in ambito civile e tributario *aequo pede* allineati, ecco dunque germogliare improvviso, il sommo "capolavoro" della nostra "cultura giuridica", o, meglio, della palese idiozia giuridica dei nostri tempi, secondo cui le società cancellate, muoiono sì, ma solo per il diritto civile, mentre per il diritto tributario sopravvivono, non per sempre, però, ma per soli cinque anni.

Per Sua fortuna, Francesco Carnelutti non c'è più. Perché, se ci fosse, avrebbe dovuto sopportare un ulteriore oltraggio alla logica. In quanto, se già Gli era parso illogico ed impossibile che la legge ordinasse di vivere ad un morto, è facile immaginare quanto Gli sarebbe parso, quanto meno, bizzarro che la legge, che dovrebbe davvero essere "una", potesse comandare, al contempo, alla società estinta di essere (totalmente) morta, oltre che nella realtà, anche ai fini civili, e di essere però (ancora un po') viva (o, se si vuole, un po' meno morta) (15) per un qualche tempo (e ai soli fini fiscali).

Le cronache hanno già raccontato come siffatta pseudonorma è stata partorita. E, per pudore, anzi pubblica decenza, se ne tace qui una rinnovata rimembranza. Omettendo anche di altro aggiungere a quanto al riguardo già è stato scritto in dottrina (16).

Passando, invece, direttamente, al recente responso della Corte costituzionale.

(11) La "teorizzazione" della successione *sui generis* di soci alla società estinta è stata, com'è noto, "sposata" dalle tre sentenze delle SS.UU. n. 6070, 6072 e 6072. I testi di queste pronunce sono tutti consultabili in www.ipsoa.it/le/società. La sentenza n. 6070/2013 è leggibile in questa *Rivista*, 2013, 5, 691 ss. con il commento di C. Consolo - F. Godio, *Le Sezioni Unite sull'estinzione di società: la tutela creditoria "ritrovata" (o quasi)*. La sentenza n. 6071/2013 trovasi pubblicata in *Giur. it.*, 2013, 4, 858 ss. con nota di G. Cottino, *La difficile estinzione delle società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni Unite*.

(12) V., in specie, Cass. civ., SS.UU., 4 luglio 2014, n. 15295, in *Foro it.*, 2014, I, 2785 ss. con osservazioni di O. Desiato e in questa *Rivista*, 2015, 10, 1289 ss., con nostro commento, *Ultrattività del mandato e venir meno della parte nel processo ed ivi specialmente*, 1311 ss.

(13) Corte cost., ord., 17 luglio 2013, n. 198, in questa *Rivista*, 2013, 10, 1265, con nostro commento, *Corte costituzionale, sezioni unite della Cassazione ed estinzione delle società cancellate dal registro delle imprese*.

(14) A parte quanto (vanamente) predicato in tutti i nostri scritti sopra citati, cui *adde*, sempre criticamente, C. Glendi, *Verso una*

nuova stagione di società "zombie", in *G.T. - Riv. giur. trib.*, 2013, 7, 557, v. il lucido saggio di S. Tagliapietra, *La pretesa successione dei soci alle società cancellate*, in AA.VV., *Estinzione degli enti collettivi dai registri - Saggi di attualità fiscale*, Milano, 2017, 19 ss., ed in *Dir. prat. trib.*, 2016, 4, I, 1474 ss., *ivi*, 2015, 1, I, 1 ss., nonché, solo parzialmente condividendo, N. Bianchi, *Società di capitali cancellate: tra successione e responsabilità (tributaria) dei soci*.

(15) Secondo l'indubbiamente felice dicitura di G. Fransonì, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società a poco morta e di altre amenità*, in *Rass. trib.*, 2015, 1, 47 ss. Nello stesso senso D. Deotto, *Non si può essere "un po' morto": quindi una società estinta non può mai stare in giudizio, in Il fisco*, 2015, 18, 1751 ss.

(16) Oltre allo scritto di G. Fransonì, ricordato alla nt. precedente, si vedano in senso critico, tra gli altri, M. Busico, *La cancellazione delle società dal registro delle imprese: estinzione dell'ente, e del processo*, in AA.VV., *Estinzione degli enti cancellati dai registri - Saggi di attualità fiscale*, cit., 4 ss.; A. Carinci, *L'estinzione delle società e la responsabilità tributaria di liquidatori, amministratori e soci*, in *Il fisco*, 2015, 29, 2843 ss.; D. Deotto, *L'"inferno fiscale quinquennale" delle società estinte*, in *Il fisco*,

La pronuncia della corte costituzionale

I non manifestamente infondati dubbi d'incostituzionalità dell'art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014, erano già apparsi chiari alla Corte di cassazione, che, tuttavia, con la sentenza n. 6743/2015 (17) se n'era facilmente sbarazzata, ritenendo non applicabile detto disposto normativo alla causa in decisione, in quanto innovativo e quindi estraneo ad una fattispecie pregressa.

Di questo *escamotage*, non si erano, invece, potuti avvalere i giudici della Commissione tributaria provinciale di Benevento (18), in quanto, nel caso ad essi demandato, l'atto impugnato era stato notificato dopo la cancellazione della società e dopo l'entrata in vigore della norma in questione. Secondo il giudice rimettente, dunque, il legislatore sarebbe incorso in eccesso di delega, in quanto la scelta di rendere temporaneamente inefficace nei confronti dell'amministrazione finanziaria l'intervenuta estinzione di un soggetto giuridico non si sarebbe potuta far rientrare tra le misure finalizzate all'eliminazione degli adempimenti superflui o di scarsa utilità ai quali faceva propriamente riferimento la delega contenuta nell'art. 7, L. n. 23 del 2014, in base alla quale era poi stato emesso il D.Lgs. n. 175 del 2014. Sotto altro profilo, il legislatore delegato, facendo rivivere per un lungo periodo di tempo un rapporto estinto solo limitatamente ai crediti e alle pretese dell'amministrazione finanziaria avrebbe determinato un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a tutti gli altri soggetti titolari di crediti o altre pretese nei confronti della società estinta.

Di entrambe le questioni, così come sollevate dal giudice *a quo*, la Corte costituzionale si è liberata piuttosto sbrigativamente.

Quanto alla prima, l'eccesso di delega, pur non potendo negare la difformità nel caso della norma delegata (art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014) rispetto all'art. 7, L. n. 23/2014, non potendosi, infatti, la norma delegata "ritenersi volta alla

revisione dei regimi fiscali (lettera a) o all'eliminazione degli adempimenti superflui (lettera b), né, tanto meno, alla revisione delle funzioni dei sostituti di imposta, dei centri di consulenza fiscale e degli intermediari fiscali (lettera c), sui quali verte la citata disposizione della legge di delega", la Corte non ha incontrato soverchie difficoltà nel dilatare, ancora un po', le già larghe maglie della sua propensione clemenziale filogovernativa (19), affermando che l'ampiezza della delega, non solo può essere ricompresa entro gli allentati gradi di specificità dei criteri espressamente previsti dalla delega, ma può essere anche ricercata oltre questi, bastando a salvare il mantra della discrezionalità legislativa pur anche la sola non contrarietà della norma delegata ad una *ratio* della delega stessa, globalmente intesa e così qui facilmente rinvenuta, con un tanto abile, quanto insignificante gioco di parole, nella finalità di "uniformare tendenzialmente la disciplina delle obbligazioni tributarie (art. 1, comma 1, lettera a), a razionalizzare i poteri dell'amministrazione finanziaria anche con riguardo alla disciplina dell'efficacia e validità degli atti di accertamento (art. 1, comma 1, lettera c), e a razionalizzare e sistematizzare la disciplina dell'attuazione e dell'accertamento relativa alla generalità dei tributi (art. 3, comma 1, lettera a), al fine di apportare 'uniformità e chiarezza nella definizione delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive dei contribuenti e delle funzioni e dei procedimenti amministrativi' (art. 3, comma 1)", così che, in definitiva "fra i contenuti della delega si delinea un obiettivo di generale razionalizzazione dell'azione amministrativa, in materia di attuazione ed accertamento dei tributi, al fine di agevolare la definizione delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive dei contribuenti".

Quanto alla seconda questione di legittimità costituzionale, essenzialmente focalizzata sulla disparità di trattamento tra la creditrice amministrazione finanziaria, da un lato, e la totalità degli altri creditori

2015, 1, 37 ss.; C. Glendi, *E intanto prosegue l'infinita "historia" dell'estinzione delle società cancellate dal Registro delle imprese (sul versante tributaristico, ma non solo)*, in *G.T. - Riv. giur. trib.*, 2015, 10, 775 ss.; L.P. Murciano, *Differimento, ai fini fiscali, degli effetti dell'estinzione delle società: brevi riflessioni*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 1, I, 165 ss.; L. Nicotina, *La natura giuridica atipica della responsabilità fiscale dei liquidatori, tra problemi e incertezze "vecchie e nuove"*, *ivi*, 2016, 1, I, 139 ss. Altrimenti orientati, pur con ammirevoli eccessi d'intelligenza interpretativa *extra moenia*, gli scritti di A. Guidara, *Sull'asserita agonia fiscale delle società di capitali estinte: una (diversa) interpretazione dell'intervento legislativo di fine 2014*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, 1, 375 ss.; *Id.*, *La successione nelle situazioni soggettive tributarie*, Milano, 2018, 109 ss.; G. Porcaro, *La cancellazione della società dopo il c.d. decreto "semplificazioni": profili tributari*, in *Le nuove leggi*

civ. comm., 2015, 6, 1050 ss.; M. Speranzin, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto "semplificazioni": profili societari*, *ivi*, 2015, 6, 1040 ss.

(17) In *Corr. trib.*, 2015, 1631, con il commento di G. Ragucci, *Le nuove regole sulla cancellazione delle società dal registro delle imprese valgono solo "pro futuro"*.

(18) L'ordinanza della prima sezione della Commissione tributaria beneventana, 13 marzo 2019, è pubblicata in *G.U.* n. 39, prima serie speciale, dell'anno 2019.

(19) V., *explurimis*, Corte cost. n. 481/2005; Corte cost. n. 198/2018; Corte cost. n. 170/2019; Corte cost. n. 96/2020. Sull'argomento cfr., esaustivamente, (a cura di) L. Iannuccilli, *La delega legislativa*, parte II, *L'evoluzione "politipica" della delega legislativa*, sul sito www.cortecostituzionale.it, 54 ss.

sociali, dall'altro, la Consulta ha lapidariamente sentenziato che "l'interesse fiscale perseguito dalle obbligazioni tributarie giustifica lo scostamento dalla disciplina ordinaria".

Oltre a ciò, nella parte centrale della sentenza, la Consulta, nel tentativo di trovare una qualche plausibilità razionale alla normativa oggetto di censura, si è anche avventurata in una serie di considerazioni, che meritano di essere poste in evidenza, per constatare *de plano* la loro fondamentale inconsistenza. *De minimis*, per avvalorare la statuita "possibilità di notificare validamente gli atti intestati ad un soggetto non più esistente", contemplata per l'appunto dall'art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014, si afferma, ad es., che essa "si presenta coerente con il sistema tributario complessivamente considerato, in quanto l'art. 65, comma 4, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi), permette, con riguardo alle persone fisiche, che 'la notifica degli atti intestati al dante causa [possa] essere effettuata agli eredi impersonalmente e collettivamente nell'ultimo domicilio dello stesso ed è efficace nei confronti degli eredi che, almeno trenta giorni prima, non abbiano effettuato la comunicazione di cui al secondo comma'". L'inconferenza dell'assunto è davvero clamorosa. L'art. 65, d. P.R. n. 600/1973 si riferisce, infatti, ad una notifica effettuata, non ad un soggetto inesistente, ma a soggetti ben esistenti (gli eredi del *de cuius*), sia pure impersonalmente e collettivamente, mentre l'art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014 si riferisce ad una notifica direttamente effettuata ad un soggetto inesistente (ancorché ritenuto vivo per *factio legis*).

E ancora. Nella sentenza n. 142/2020 viene fatto riferimento agli interventi delle Sezioni Unite sul novellato testo dell'art. 2945 c.c., richiamandosi, in particolare, le tre sentenze del 22 febbraio 2010, n. 4060; 4061 e 4062, e le tre pronunce del 12 marzo 2013, n. 6070, 6071 e 6072, con le quali si è ritenuto che, per effetto dell'estinzione della società si determinerebbe una successione universale, "sia pure *sui*

generis", dei soci alla società estinta con la conseguenza che, "dopo l'estinzione, la società non può agire in giudizio o essere legittimamente convenuta e che, qualora l'estinzione intervenga in pendenza di giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo del processo, con possibile successione o eventuale prosecuzione o riassunzione del relativo giudizio da parte o nei confronti dei soci". Fa specie, però, che la Consulta si sia, di proposito (?), dimenticata della pur molto significativa sentenza 4 luglio 2014, n. 15295 (20), ove, in meditato dissenso e superamento, rispetto alle tre sentenze del 2013, da parte delle Sezioni Unite, veniva, piuttosto, sancita l'ultrattività del mandato pur oltre il primo grado di giudizio.

È ancor più sorprendente appare come la Corte costituzionale, nella sua *weltanschauung* pseudorazionalizzatrice, non si sia neppure in minima parte resa conto dell'assai più radicale ingorgo antinomico che, nell'ambito complessivamente ordinamentale, si è venuto a creare con l'art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014, dove legislativamente si riscontra ben più che un'ultrattività del mandato, prevedendosi, addirittura, una totale ultrattività del soggetto estinto per un periodo di cinque anni, peraltro, in verticale contrasto con quanto statuito dalle tre pronunce delle Sezioni Unite nel 2013. In quanto il dire che l'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni ed interessi si ha trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione della società sta per l'appunto a dire che non v'era e non v'è una successione dei soci alla società. Non solo, per la ragione che, secondo l'art. 2495 c.c., gli effetti derivanti dall'estinzione sono costruiti in termini di responsabilità e non di successione. Ma perché, del tutto irrazionalmente, il nostro legislatore pretende di "comandare" che l'ente societario, ancorché realmente, e persino *de iure civili* definitivamente morto, sia però anche, al contempo, fiscalmente vivo per ancora cinque anni dalla richiesta di cancellazione della società (21).

(20) V. *retro* nt. 12.

(21) Mostrando una qualche lacuna conoscitiva del diritto tributario, la Corte (punto 2.1. della motivazione) sembra supinamente aderire all'assunto difensivo svolto dall'Avvocatura erariale, la quale "ricorda come il termine previsto per la presentazione delle dichiarazioni ai fini delle imposte dirette, pari all'ultimo giorno del nono mese successivo alla chiusura della liquidazione stessa, o, nel caso sia prescritto in via telematica, al deposito del bilancio finale di liquidazione, va di là dal termine previsto dalla normativa civilistica per la cancellazione dal registro delle imprese. In assenza della norma censurata, pertanto, l'amministrazione finanziaria avrebbe un lasso di tempo ridotto per effettuare nei tempi prescritti i necessari controlli, e tali attività

ricadrebbero, comunque sia, 'in un momento successivo alla presentazione della dichiarazione, e quindi a società presumibilmente ormai estinta'". Con la conseguenza che, sempre secondo l'assunto della difesa erariale, riportato dalla Corte, la norma censurata avrebbe "uniformemente disciplinato situazioni simili, poiché ha equiparato l'attività amministrativa di controllo dell'operato delle imprese in stato di liquidazione a quella riguardante le altre società, così rimuovendo - come, del resto, risulterebbe anche dalla relazione illustrativa al decreto semplificazioni - la disparità di trattamento che era invece determinata dall'applicazione della disciplina civilistica". Sembra non si sia considerato quanto già era stato fatto notare da L.P. Murciano, *op. loc. cit.*, 173, e cioè che i termini di sopravvivenza quinquennale delle società estinte

Così che, a rigore, in tutto questo tempo, neppure possono essere attivate le procedure, amministrative e giudiziali, nei confronti degli ex amministratori, soci, liquidatori, posto che la comandata ultrattività della società estinta, ma tributaristicamente viva, rende automaticamente improponibili siffatte attivazioni che postulano imprescindibilmente una piena effettualità estintiva della società stessa.

E infine. La Corte individua fundamentalmente la razionalità (?) dell'art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014 nel consentire detta norma all'amministrazione finanziaria di compiere le ordinarie attività di accertamento, nonostante l'estinzione della società, agevolando così la definizione delle situazioni giuridiche soggettive attive o passive dei contribuenti (22). Dimenticandosi, però, di avvertire che, se il contribuente è estinto, e quindi non c'è più, l'agevolazione delle definizioni delle situazioni giuridiche soggettive, attive o passive, in realtà non riguarda il soggetto estinto, ma, se mai, qualcun altro che è vivo - come, in effetti, chi ha gestito la liquidazione (ex liquidatori, appunto, e/o ex amministratori e/o ex soci della società estinta) - e senza tener conto che la definizione delle situazioni *olim* facenti capo al soggetto estinto avrebbe potuto essere agevolmente curata, provvedendo a completare tutte le verifiche e gli accertamenti del caso, in via incidentale, nei procedimenti amministrativi e giudiziali rivolti, non verso chi non c'è più, ma nei confronti di soggetti esistenti. Che non dovrebbero essere in tal modo esonerati dal (ma dovrebbero invece essere giuridicamente costretti a) rispondere, finendosi, in tal modo, per agevolare soltanto tutti costoro, lasciandoli tranquillamente disperdersi e latitare.

L'art. 3 Cost. è vulnerato, non sotto il profilo di una discutibile disparità di trattamento, ma per l'intrinseca irrazionalità della norma che ne occupa (23).

previsto dal comma 4 dell'art. 28, D.Lgs. n. 175/2014, come già puntualmente rilevato, possano *de lege lata* "essere molto più brevi" rispetto "a quelli di accertamento dell'ultimo periodo d'imposta antecedente la liquidazione", "ove quel periodo si sia chiuso il 31 dicembre, o molto più lunghi, ove sussistano violazioni penalmente rilevanti, né, a ben vedere a quelli di prescrizione dei crediti contributivi evasi, il cui *dies a quo* non è costituito dalla cancellazione dal registro delle imprese". Onde, esattamente all'opposto di quanto ventilato dall'Avvocatura erariale e dalla Corte costituzionale, il termine di cinque anni dalla cancellazione della società dal registro delle imprese, "proprio per la sua arbitrarietà, è suscettibile di ingenerare ingiuste disegualianze fra situazioni invece assimilabili".

(22) Così testualmente al punto 3.3. della motivazione della sentenza in commento.

(23) Cfr., per cenni, G.P. Dolso, *Commento all'art. 3 Cost.*, in S. Bartole - R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 28 ss. ed *ivi* altri essenziali richiami.

E ora?

Potrebbe consolare (ma non consola) la realistica constatazione, che la nostra Corte costituzionale, specie in materia tributaria, è talvolta pervenuta, pur dopo infruttuosi precedenti arresti, a virtuose statuizioni d'incostituzionalità (24).

Sta di fatto che intanto i poveri cc.dd. operatori pratici del diritto vivente, grazie alle nostre supreme corti e al nostro legislatore *non compos*, per quanto ne occupa, dovranno fare i conti, per un po' d'anni almeno, con un guazzabuglio giuridico che, relativamente semplice da dipanare, sta però diventando veramente intricato, se non addirittura pressoché insolubile.

Di cui la prima vittima, è bene precisare, forse a ragione, peraltro (25), rischia di risultare proprio l'Amministrazione finanziaria. Se è vero, com'è vero, che i suoi funzionari erano stati da ultimo tutti orientati, proprio dalle SS.UU., ad indirizzare la manifestazione dei loro poteri, non più verso le società defunte, ma direttamente nei confronti dei soci, quali successori *sui generis* delle società estinte, ma che ora, in base al nuovo art. 28, comma 4, D.Lgs. n. 175/2014, voluto proprio dall'Agenzia delle Entrate, ancor prima di essere benedetto dalla Corte costituzionale, se seguissero quanto statuito dalle Sezioni Unite, per almeno un quinquennio, rischierebbero un macello giudiziario, dato che i soci possono essere considerati quali successori della società se la società sia del tutto estinta, mentre, se la stessa, e sia pure solo temporaneamente vive, ai fini fiscali, tutti gli atti fiscali, di accertamento, e di riscossione, sostanziali e processuali logicamente debbono essere diretti nei confronti del soggetto tributariamente vivo per *factio iuris*, anche se, oltre che realmente, è civilisticamente morto, con tutte le difficoltà che ciò inevitabilmente comporta, come

(24) Emblematico quanto accaduto con riferimento alla *vexata quaestio* circa la costituzionalità o meno delle norme inibitorie delle opposizioni esecutive di cui agli artt. 615 ss. c.p.c. in materia di esecuzione forzata c.d. esattoriale, su cui vedasi diacronicamente S. Chiarloni, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 83 ss.; S. Dalla Bontà, *La Corte costituzionale rivede i limiti all'opposizione all'esecuzione nella riscossione tributaria. La felice risposta ad un lungo assedio*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, II, 2687 ss.; D. Longo, *La Corte costituzionale ridisegna il confine tra il ricorso al giudice tributario e opposizione all'esecuzione*, in *Il giusto processo civile*, 2018, 4, 1065 ss. e C. Glendi, *La Consulta schiude le porte alle opposizioni nell'esecuzione forzata tributaria*, in questa *Rivista*, 2018, 11, 1425 ss.

(25) Se è vero, come si usa generalmente dire, con il qui mutato parametro di riferimento, che chi di demenzialità ferisce, di demenzialità perisce.

poeticamente rappresentato nell'episodio, di Virgiliana memoria (26) del mitico Enea che, inavvedutamente, tenta di abbracciare il defunto padre Anchise nell'Ade. Scendendo dai richiami poetici alla cruda prosaicità dei processi, questi, dunque, proseguiranno senz'alcuna interruzione (contrariamente a quanto hanno insegnato le Sezioni Unite), e saranno gestiti da e contro una "parte" (la società estinta, solo apparentemente viva, ma in realtà defunta) o comunque da o contro soggetti (gli *ex liquidatori resuscitati ope legis* per un quinquennio ai soli fini fiscali), che, in concreto avranno ben poco interesse ai loro esiti, alimentando così la fallace persistenza di processi fantasma, che andranno comunque avanti senza un sostanziale contraddittorio, alla faccia, e con buona pace, dell'art. 24 Cost. e dell'art. 111 Cost. della nostra Carta fondamentale. Tutto ciò è piuttosto kafkiano. Al punto da rendere disarmato e oblomovista chiunque, rendendo così più o meno vano e sicuramente sterile anche tutto ciò che si sta scrivendo e ancora si scriverà in argomento. Se non fosse, per l'appunto, che, col silenzio, si coprirebbe definitivamente l'infamia di ciò che accadrà sicuramente, ovvero che gli unici soggetti a cui tutto ciò gioverà saranno, ancor più che adesso, soltanto coloro che hanno dato vita a liquidazioni e cancellazioni fasulle, non più facilmente rintracciabili, neppure da parte del Fisco. Sin quando, almeno, quest'ultimo non avrà imparato a servirsi degli strumenti che il legislatore, in pur molteplici momenti di lucido intervallo (art. 45, R.D. n. 1601/1932; art. 65 T.U.I.D. del 1958; art.

36, d.P.R. n. 602/1973), si era premurato di mettergli a disposizione, onde consentirgli di fruttuosamente provvedere all'esercizio delle sue funzioni e alla tutela dell'interesse generale. In forte, consapevole, autonomia, come accadeva una volta, quando l'Amministrazione finanziaria, non era male orientata da pronunce di supreme corti che, nonostante i non indifferenti costi dei loro funzionamenti, a carico dei contribuenti, spesso ignorano, o almeno mostrano di negligerare, il diritto tributario e, soprattutto, il buon senso.

Chiosa finale sul dispositivo

Di solito, nelle pronunce della Consulta, viene fedelmente riportato il testo normativo sottoposto a controllo di costituzionalità.

Nella sentenza n. 142/2020 il testo normativo non è stato riportato, né in motivazione, né, soprattutto, nel dispositivo finale.

Nel caso, l'omessa riproduzione del testo legislativo non è forse casuale.

Si è così, discretamente, scongiurato che il giudizio di legittimità costituzionale venisse rappresentato con troppa evidenza nei riguardi di un disposto normativo, che, per mera svista, sia ben chiaro, ma comunque con significativa dimostrazione d'intollerabile incuria e degrado nomopoietico, sgrammaticalmente sancisce la cancellazione "del" registro delle imprese. Bene ha fatto certamente la Corte, ad evitare, così, almeno, l'indecenza di un'altrimenti troppo disdicevole "benedizione" costituzionale.

(26) V. Marone, *Eneide*, Libro VI, vv. 1307 - 1040.

Onere della prova e aiuti di Stato

Tribunale UE, Sez. VII ampliata, 15 luglio 2020, cause riunite T-778/16 e T-892/16 - Pres. Van der Woude - Rel. Tomljenović - Irlanda c. Commissione europea

La Commissione può qualificare una decisione fiscale anticipata (*advance tax ruling*) emanata da uno Stato membro in termini di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, laddove la stessa abbia determinato in concreto una riduzione della base imponibile della impresa beneficiaria facente parte di un gruppo di imprese, rispetto a quella che ne sarebbe derivata in capo ad una impresa autonoma in situazioni di fatto e di diritto comparabili, laddove si fosse applicata la normativa fiscale ordinaria nazionale in luogo della misura fiscale derogatoria.

Nel processo avente ad oggetto l'impugnazione della decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato, la Commissione ha l'onere di provare gli elementi costitutivi del vantaggio e della selettività, di cui all'art. 107 TFUE; a tal fine non può ricorrere a presunzioni "di secondo grado".

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sul tema dell'onere della prova del vantaggio selettivo nell'ambito dei <i>ruling</i> fiscali non constano precedenti specifici. Parzialmente conforme, seppure in un contesto affatto diverso, Trib. UE 20 settembre 2012, <i>Francia c. Commissione</i> , T-154/10 (confermata da Corte di Giustizia UE 3 aprile 2014, <i>Francia c. Commissione</i> , C-559/12 P). In tema di <i>ruling</i> fiscali e aiuti di Stato, hanno annullato le decisioni della Commissione Trib. UE, sent., 14 febbraio 2019, cause T-131/16 e T-263/16, <i>Excess Profit c. Commissione</i> ; Trib. UE, sent., 24 settembre 2019, cause T-760/15 e T-636/16, <i>Starbucks c. Commissione</i> .
Difforme	In tema di <i>ruling</i> fiscali e aiuti di Stato, ha confermato la decisione della Commissione Trib. UE, sent., 24 settembre 2019, causa T-755/15, <i>Fiat CFE c. Commissione</i> .

Il Tribunale (Settima sezione ampliata) (*omissis*). (1)

I. Fatti

A. Storia del Gruppo Apple

1. Il Gruppo Apple

1. Il Gruppo Apple, fondato nel 1976 e con sede a Cupertino, California (Stati Uniti), è composto da *Apple Inc.* e da tutte le società controllate da *Apple Inc.* (nell'insieme, "il Gruppo Apple"). Il Gruppo Apple progetta, produce e commercializza, tra l'altro, dispositivi di comunicazione mobile e multimediali, personal computer e lettori musicali digitali portatili, e vende *software*, altri servizi, soluzioni di rete e contenuti e applicazioni digitali di terze parti. Il Gruppo Apple commercializza i propri prodotti e servizi ai consumatori, alle imprese ed ai governi di tutto il mondo, attraverso i suoi negozi al dettaglio, i negozi *online* e la forza vendita diretta, nonché attraverso operatori di rete cellulare, grossisti, dettaglianti e rivenditori di terze parti. Il *business* globale del Gruppo Apple è strutturato intorno ad aree funzionali chiave gestite e dirette centralmente dagli Stati Uniti da dirigenti con sede a Cupertino.

2. La Decisione della Commissione (UE) 2017/1283 del 30 Agosto 2016 sull'Aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (*ex* 2014/NN) (*ex* 2014/CP) cui l'Irlanda ha dato esecuzione nei confronti di Apple (OJ 2017 L 187, pag. 1) (in prosieguo: la "decisione impugnata"), riguarda due

decisioni fiscali anticipate adottate dalle autorità fiscali irlandesi in relazione a due società facenti parte del Gruppo Apple.

2. ASI e AOE

(a) Struttura societaria

3. All'interno del Gruppo Apple, *Apple Operations International* è una società interamente controllata da *Apple Inc.* *Apple Operations International* possiede al 100% la *Apple Operations Europe* (AOE), che a sua volta possiede al 100% la *Apple Sales International* (ASI). ASI e AOE sono entrambe società costituite in Irlanda, ma non sono fiscalmente residenti in Irlanda.

4. Come indicato ai considerando 113-115 della decisione impugnata, un numero significativo di membri dei consigli di amministrazione di AOE e di ASI erano amministratori dipendenti della *Apple Inc.* ed erano stabiliti a Cupertino. Estratti delle delibere e dei verbali delle assemblee generali annuali e delle riunioni del consiglio di amministrazione di ASI ed AOE sono riprodotti nel considerando 115 (Tabelle 4 e 5) di tale decisione. Le delibere dei consigli di amministrazione riguardavano, regolarmente, la distribuzione di dividendi, l'approvazione delle relazioni degli amministratori, la nomina e le dimissioni degli amministratori. Meno frequentemente, tali delibere riguardavano la costituzione di società controllate e le procure che autorizzano alcuni amministratori a svolgere disparate

(1) Si riportano qui di seguito alcuni stralci della sentenza, il cui testo integrale è consultabile *online* in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-778/16>, in lingue inglese e francese. La traduzione in italiano degli stralci non è ufficiale ed è stata curata

dall'Autore. Nel testo del commento si è invece preferito mantenere le citazioni della sentenza in lingua inglese, in quanto dotate ad avviso di chi scrive - di maggiore carica semantica.

attività quali la gestione bancaria, i rapporti con i governi statali ed altri uffici pubblici, la revisione contabile, l'assicurazione, la locazione, l'acquisto e la vendita di beni, la presa in consegna di beni ed i contratti commerciali.

(b) L'accordo di condivisione dei costi

5. *Apple Inc.*, da un lato, e ASI e AOE, dall'altro, erano vincolate da un accordo di condivisione dei costi ("l'accordo di condivisione dei costi"). I costi condivisi riguardavano, tra l'altro, la ricerca e lo sviluppo (R&S) della tecnologia incorporata nei prodotti del gruppo Apple. (*omissis*).

6. Alla stregua di siffatto accordo, le parti concordavano di condividere i costi ed i rischi legati alla ricerca ed allo sviluppo relativi ai beni immateriali per le attività di sviluppo connesse ai prodotti e ai servizi del Gruppo Apple. Le parti stabilivano inoltre che Apple Inc. rimanesse formalmente proprietaria dei beni immateriali i cui costi erano condivisi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale ("IP") del Gruppo Apple. Inoltre, Apple Inc. concedeva ad ASI ed AOE licenze d'uso, esenti da *royalty*, che consentono a tali società, tra l'altro, di produrre e vendere i prodotti in questione nel territorio che era stato loro assegnato, vale a dire il mondo intero a parte il Nord e il Sud America. Inoltre, le parti dell'accordo erano tenute a sostenere i rischi derivanti dallo stesso, individuandosi il rischio principale nell'obbligo di pagare i costi di sviluppo relativi ai diritti di proprietà intellettuale del Gruppo Apple.

7. (*omissis*).

3. Le succursali irlandesi

8. ASI e AOE hanno creato delle succursali irlandesi. AOE aveva anche una succursale a Singapore, che ha cessato la sua attività nel 2009.

9-10. (*omissis*).

B. Le decisioni fiscali contestate

11. Le autorità fiscali irlandesi hanno adottato decisioni fiscali anticipate, note come "*tax rulings*", in relazione ad alcuni contribuenti che ne avevano fatto richiesta. Con le lettere del 29 gennaio 1991 e del 23 maggio 2007 (contestualmente considerate, "le decisioni fiscali contestate"), le autorità fiscali irlandesi hanno espresso il loro consenso alle proposte avanzate dai rappresentanti del Gruppo Apple in merito agli utili imponibili di ASI ed AOE in Irlanda. Tali decisioni sono descritte nei considerando 59-62 della decisione impugnata.

12-87. (*omissis*).

III. Diritto

(*omissis*).

B. Motivi dedotti e quadro di riferimento per l'analisi dei presenti ricorsi

88. Con i loro ricorsi, l'Irlanda, nella causa T-778/16, e ASI e AOE, nella causa T-892/16, chiedono l'annullamento della decisione impugnata nella parte in cui afferma che le decisioni fiscali contestate costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE e ordina il recupero delle somme che l'Irlanda non avrebbe riscosso da tali società a titolo di imposta sui redditi di impresa.

89. A sostegno dei loro ricorsi, Irlanda (da una parte), ASI e AOE (dall'altra) deducono rispettivamente 9 e 14 motivi, che si sovrappongono tra loro per la maggior parte.

90. In primo luogo, tali motivi sono diretti, in sostanza, a contestare la principale linea argomentativa della Commissione, in particolare a causa di errori nella valutazione dell'esistenza di un vantaggio selettivo (*omissis*) nonché nella valutazione relativa alla nozione di intervento statale (*omissis*).

91. Più specificamente, nell'ambito della contestazione della principale linea argomentativa della Commissione, in primo luogo, si afferma che la Commissione ha effettuato una valutazione congiunta della nozione di vantaggio e della nozione di selettività (parte del secondo motivo di ricorso nella causa T-778/16). In secondo luogo, si afferma che la Commissione ha erroneamente individuato il quadro normativo di riferimento, tra l'altro sulla base di valutazioni errate del diritto irlandese (parte del primo e del secondo motivo di ricorso nella causa T-778/16 e del primo motivo nella causa T-892/16), ha applicato erroneamente il principio di libera concorrenza (parte del primo e del terzo motivo nella causa T-778/16 e parte del primo e del secondo motivo nella causa T-892/16) e ha applicato in modo inappropriato le linee guida dell'OCSE (parte del secondo motivo nella causa T-778/16 e quinto motivo nella causa T-892/16). In terzo luogo, l'Irlanda e ASI e AOE contestano le valutazioni della Commissione relative alle attività all'interno del gruppo Apple (parte del primo motivo nella causa T-778/16 e dal terzo al quinto motivo nella causa T-892/16). In quarto luogo, esse contestano gli accertamenti relativi al carattere selettivo delle decisioni fiscali contestate (parte del secondo motivo nella causa T-778/16 e sesto motivo nella causa T-892/16).

92-99. (*omissis*).

100. In via preliminare ed ai fini della successiva valutazione della legittimità della decisione impugnata, occorre tener presente che, nell'ambito della procedura di controllo degli aiuti di Stato, al fine di valutare se le decisioni fiscali contestate costituissero o meno un aiuto di Stato, spettava alla Commissione dimostrare che sussistevano i presupposti per dichiarare l'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Sebbene la Commissione possa qualificare una misura fiscale come aiuto di Stato (cfr., in tal senso, sentenze del 2 luglio 1974, *Italia/Commissione*, 173/73, EU:C:1974:71, punto 28, e del 22 giugno 2006, *Belgio e Forum 187/Commissione*, C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416, punto 81), essa può farlo solo nella misura in cui siano soddisfatte le condizioni per tale qualificazione (cfr., in tal senso, sentenza del 22 giugno 2006, *Belgio e Forum 187/Commissione*, C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416, punto 84).

101. Pertanto, spettava, in linea di principio, alla Commissione fornire la prova, nella decisione impugnata, dell'esistenza di tale aiuto (v., in tal senso, sentenze 12 settembre 2007, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissione*, T-68/03, EU:T:2007:253, punto 34, e 25 giugno 2015, *SACE e Sace BT/Commissione*, T-305/13, EU:T:2015:435, punto 95). Di conseguenza, spettava alla Commissione dimostrare, in particolare, l'esistenza di un vantaggio selettivo derivante dall'emissione delle decisioni fiscali contestate.

102. (*omissis*).

C. Motivi dedotti secondo cui la Commissione ha ecceduto le sue competenze e ha invaso quelle degli Stati membri in violazione, in particolare, del principio dell'autonomia fiscale (8° motivo nella causa T-778/16 e 14° motivo nella causa T-892/16).

103. Essenzialmente, Irlanda, ASI e AOE sostengono che la decisione impugnata costituisce una violazione dei principi costituzionali fondamentali dell'ordinamento giuridico dell'UE che disciplinano la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, come stabilito, tra l'altro, dagli artt. 4 e 5 TUE, nonché del principio dell'autonomia fiscale degli Stati membri che ne deriva. Essi sostengono che, secondo l'ordinamento giuridico dell'UE nella sua forma attuale, il settore delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri.

104. La Commissione contesta siffatti argomenti. Sostanzialmente, essa ricorda che, mentre gli Stati Membri godono della sovranità fiscale, qualsiasi misura fiscale adottata da uno Stato Membro deve rispettare le norme dell'UE in materia di aiuti di Stato. Pertanto, gli Stati membri non possono, mediante misure fiscali, discriminare tra operatori economici che si trovano in una situazione simile senza che ciò dia luogo ad aiuti di Stato che creano distorsioni del libero mercato. Nondimeno, le decisioni fiscali contestate hanno consentito ad ASI e AOE di ridurre il loro utile imponibile rispetto all'utile imponibile di altri soggetti passivi che rientrano nel campo di applicazione del sistema generale irlandese di tassazione delle imprese, dando così luogo ad aiuti di Stato illegali e incompatibili con il diritto dell'UE.

105. Alla stregua di una giurisprudenza consolidata, mentre la tassazione diretta, allo stato attuale di evoluzione del diritto dell'UE, rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono comunque esercitare tale competenza in modo coerente con il diritto dell'UE (cfr. sentenza del 12 luglio 2012, *Commissione/Spagna*, C-269/09, EU:C:2012:439, paragrafo 47 e la giurisprudenza ivi citata). Pertanto, i casi di intervento degli Stati membri in materia di fiscalità diretta, pur riguardando materie non armonizzate all'interno dell'UE, non sono esclusi dal campo di applicazione delle norme sul controllo degli aiuti di Stato.

106. Conseguentemente, la Commissione può qualificare una misura fiscale in termini di aiuto di Stato purché siano soddisfatte le condizioni per siffatta qualificazione (cfr., in tal senso, sentenze del 2 luglio 1974, *Italia/Commissione*, 173/73, EU:C:1974:71, punto 28, e del 22 giugno 2006, *Belgio e Forum 187/Commissione*, C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416, punti 81 e 84). Gli Stati membri devono esercitare la loro competenza in materia fiscale in modo coerente con il diritto comunitario (sentenza del 3 giugno 2010, *Commissione/Spagna*, C-487/08, EU:C:2010:310, punto 37). Di conseguenza, essi devono astenersi dall'adottare, in tale contesto, qualsiasi misura che possa costituire un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno.

107. (*omissis*).

108. In particolare, una misura mediante la quale le autorità pubbliche concedono a determinate imprese un

trattamento fiscale favorevole che, pur non comportando un trasferimento di risorse statali, pone i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri contribuenti, costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (sentenza del 15 marzo 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, UE): C:1994:100, punto 14; cfr. anche sentenza dell'8 settembre 2011, *Paint Graphos e altri*, da C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, punto 46 e la giurisprudenza citata).

109. Da quanto osservato consegue che, essendo la Commissione competente a garantire il rispetto dell'articolo 107 TFUE, non si può affermare che abbia ecceduto le sue competenze nel valutare se, nell'emanare le decisioni fiscali contestate, le autorità fiscali irlandesi abbiano concesso ad ASI e AOE un trattamento fiscale favorevole, consentendo loro di ridurre l'utile imponibile rispetto all'utile imponibile di altri contribuenti aziendali in una situazione analoga.

110-124. (*omissis*).

D. Motivi riguardanti gli errori commessi nella prima linea argomentativa della Commissione

125. Si ricordi che, nella sua linea argomentativa principale, la Commissione ha sostenuto, in sostanza, che, nella misura in cui le sedi centrali di ASI e di AOE non erano in grado di controllare o gestire le licenze IP del Gruppo Apple, a tali sedi centrali non avrebbero dovuto essere assegnate, in un contesto di libera concorrenza, i profitti derivanti dall'utilizzo di tali licenze. Di conseguenza, tali utili avrebbero dovuto essere assegnati alle loro succursali, che da sole sarebbero state in grado di svolgere efficacemente le funzioni correlate alla proprietà intellettuale del Gruppo Apple che erano cruciali per l'attività commerciale di ASI e AOE.

126-137. (*omissis*).

138. Nella misura in cui la Commissione ha di fatto esaminato sia la condizione del vantaggio che quella della selettività, è irrilevante che tale esame abbia riguardato entrambe le condizioni contestualmente. Non si può quindi ritenere che la Commissione abbia commesso un errore di diritto per il solo fatto di averle esaminate insieme.

139. (*omissis*).

2. Individuazione del quadro normativo di riferimento e degli accertamenti relativi alla normale imposizione fiscale ai sensi del diritto irlandese (parte del primo e del secondo motivo nella causa T-778/16 e del primo, secondo e quinto motivo nella causa T-892/16).

140-144. (*omissis*).

145. Come è stato osservato *supra* al p. 110, nella fattispecie delle misure fiscali, l'esistenza stessa di un vantaggio può essere stabilita solo in relazione alla cosiddetta tassazione "normale". È proprio la cosiddetta tassazione "normale" che viene stabilita dal quadro di riferimento.

146-158. (*omissis*).

159. Ai sensi dell'art. 25 (1) del TCA 97, le società non residenti non devono essere tassate in Irlanda a meno che non vi svolgano un'attività commerciale attraverso una succursale o un'agenzia; in tal caso, devono pagare l'imposta sulle società su tutti i loro utili imponibili. L'art. 25 (2)

(a) del TCA 97 definisce gli utili imponibili come qualsiasi reddito commerciale derivante direttamente o indirettamente da o attraverso la succursale o l'agenzia, e qualsiasi reddito derivante da proprietà o diritti utilizzati da, o detenuti da o per la succursale o l'agenzia.

160-162. (*omissis*).

163. In tali circostanze, è opportuno considerare che la Commissione non ha commesso un errore quando ha concluso che il quadro normativo di riferimento nel caso di specie fosse costituito dalle norme ordinarie di tassazione degli utili societari in Irlanda, il cui obiettivo intrinseco è la tassazione degli utili di tutte le società soggette a tassazione in tale Stato membro e, di conseguenza, che tale quadro comprendesse le disposizioni applicabili alle società non residenti di cui all'art. 25 del TCA 97.

164-185. (*omissis*).

186. Ne consegue che, quando ha ritenuto che le licenze IP del Gruppo Apple avrebbero dovuto essere attribuite alle filiali irlandesi poiché si riteneva che ASI e AOE non avessero né i dipendenti né la presenza fisica per gestirle, la Commissione ha attribuito gli utili utilizzando un approccio "per esclusione", che non è compatibile con l'art. 25 del TCA 97. Nella sua linea argomentativa principale, la Commissione non ha cercato di dimostrare che le succursali irlandesi di ASI e AOE avevano effettivamente controllato le licenze IP del Gruppo Apple quando ha concluso che le autorità fiscali irlandesi avrebbero dovuto attribuire le licenze IP del Gruppo a tali succursali e che, di conseguenza, ai sensi dell'art. 25 TCA 97, tutti i redditi commerciali di ASI e di AOE avrebbero dovuto essere considerati come derivanti dalle attività delle succursali stesse.

187. In siffatte circostanze, si deve ritenere che, come giustamente sostengono l'Irlanda, ASI e AOE nelle loro censure nel secondo motivo di ricorso nella causa T-778/16 e nel primo motivo nella causa T-892/16, la Commissione ha errato, nella sua principale linea argomentativa, nella valutazione delle disposizioni della legge fiscale irlandese relative alla tassazione degli utili di società che non sono residenti in Irlanda ma che ivi svolgono un'attività commerciale attraverso una succursale.

188-203. (*omissis*).

204. In primo luogo, va tenuto presente che la presente controversia è incentrata sulla tassazione delle società che non sono fiscalmente residenti in Irlanda e che svolgono un'attività commerciale in tale Stato attraverso le loro succursali irlandesi. La questione consiste, quindi, nel determinare quali utili debbano essere destinati a tali succursali ai fini dell'imposta sulle società nell'ambito della tassazione "normale", tenendo conto delle normali regole di tassazione applicabili nel caso di specie, come indicato al precedente punto 200, che includono le disposizioni che si applicano alle società non residenti di cui all'art. 25 della TCA 97.

205. Pertanto, la questione rilevante nella fattispecie considerata non è legata ai prezzi delle operazioni infragruppo nel contesto di un gruppo di imprese, come nel caso che ha originato la sentenza del 24 settembre 2019, *Paesi*

Bassi e altri/Commissione (T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669).

206. È vero che la attribuzione degli utili ad una succursale di una società può prestarsi all'applicazione per analogia dei principi applicabili ai prezzi delle operazioni infragruppo. Così come i prezzi delle operazioni infragruppo tra società integrate in un unico gruppo di imprese non sono determinati a condizioni di mercato, anche l'allocatione degli utili ad una succursale di una singola società non è effettuata a condizioni di mercato.

207. Tuttavia, affinché tali principi siano applicabili analogicamente, deve emergere chiaramente dalla legislazione fiscale nazionale che gli utili derivanti dalle attività delle succursali di imprese non residenti debbano essere tassati come se derivassero dalle attività economiche di imprese autonome che operano a condizioni di mercato.

208-210. (*omissis*).

211. Di conseguenza, ai sensi della legislazione fiscale irlandese, l'utile derivante dall'attività commerciale di tale succursale deve essere tassato come se fosse determinato a condizioni di mercato.

212-213. (*omissis*).

214. Pertanto, sebbene, attraverso la misura fiscale relativa agli utili imponibili di una società non residente che svolge un'attività commerciale in Irlanda attraverso una succursale, le autorità nazionali abbiano accettato un certo livello di utili attribuibili a tale succursale, l'articolo 107, par. 1, TFUE consente alla Commissione di verificare se tale livello di utili corrisponda a quello che si sarebbe ottenuto svolgendo tale attività commerciale a condizioni di mercato, al fine di determinare se vi sia, di conseguenza, un'attenuazione degli oneri normalmente inclusi nel bilancio dell'impresa interessata, conferendo così a tale impresa un vantaggio ai sensi del Trattato. Il principio di piena concorrenza, quale descritto dalla Commissione nella decisione impugnata, è quindi uno strumento che consente alla Commissione di statuire in tal senso, nell'esercizio dei suoi poteri, ai sensi dell'articolo 107, par. 1, TFUE.

215-221. (*omissis*).

222. In assenza di norme UE che disciplinino la materia, ricade nella competenza degli Stati membri determinare le basi imponibili e ripartire l'onere dell'imposizione fiscale tra i diversi fattori produttivi e settori economici (cfr., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2011, *Commissione e Spagna/Governo di Gibilterra e Regno Unito*, C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, punto 97).

223. Sebbene ciò non significhi che ogni misura fiscale che incide, tra l'altro, sulla base imponibile presa in considerazione dalle autorità fiscali sia esente dall'applicazione dell'articolo 107 TFUE (cfr., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2011, *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom*, C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732, punti 103 e 104), resta il fatto che, allo stadio attuale di sviluppo del diritto dell'UE, la Commissione non ha il potere di determinare in via autonoma ciò che costituisce la tassazione "normale" di un'impresa integrata, non tenendo conto delle norme fiscali nazionali.

224. Ciononostante, sebbene la cosiddetta tassazione “normale” debba essere determinata in base alle norme fiscali nazionali e nonostante il fatto che tali norme debbano essere utilizzate come punto di riferimento per stabilire l’effettiva esistenza di un vantaggio, resta il fatto che, se tali norme nazionali prevedono che le succursali di società non residenti, per quanto riguarda gli utili derivanti dall’attività commerciale di tali succursali in Irlanda, e le società residenti siano soggette alle stesse condizioni di imposizione fiscale, l’articolo 107, par. 1, TFUE conferisce alla Commissione il diritto di verificare se il livello di utile assegnato alle succursali che è stato accettato dalle autorità nazionali ai fini della determinazione degli utili imponibili di tali società non residenti corrisponda al livello di utile che sarebbe stato ottenuto se tale attività fosse stata esercitata a condizioni di mercato.

225-242. (omissis).

243. Nella sua linea argomentativa principale la Commissione ha ritenuto, in sostanza, che gli utili di ASI e AOE relativi alla proprietà dei diritti IP del gruppo Apple (che, secondo l’argomentazione della Commissione, rappresentavano una parte molto significativa dell’utile totale di queste due società) dovessero essere assegnati alle succursali irlandesi nella misura in cui le sedi centrali di ASI e AOE non avevano dipendenti in grado di gestire siffatta proprietà intellettuale al di fuori delle succursali, senza tuttavia provare che le succursali irlandesi avessero svolto in concreto tali funzioni di gestione.

244. Di conseguenza, come giustamente sostengono Irlanda, ASI e AOE, l’approccio seguito dalla Commissione nel suo ragionamento principale non è coerente con l’Approccio Autorizzato OCSE.

245. In tali circostanze, come giustamente sostenuto dalle ricorrenti nelle loro censure di cui al secondo e quarto motivo nella causa T-778/16 e al quinto motivo nella causa T-892/16, si deve constatare che la Commissione ha commesso un errore nella applicazione, all’interno della sua linea argomentativa principale, dell’analisi funzionale e fattuale delle attività svolte dalle succursali di ASI e AOE, su cui si basa l’applicazione dell’art. 25 del TCA 97 da parte delle autorità fiscali irlandesi e che corrisponde, in sostanza, all’analisi prevista dall’Approccio Autorizzato OCSE.

246-263. (omissis).

264. Inoltre, per quanto riguarda tali funzioni e rischi, la Commissione sostiene che è “chiaro” che, senza dipendenti al di fuori delle loro succursali irlandesi, ASI e AOE non sarebbero state in grado di monitorare tali rischi. Tuttavia, la Commissione non fornisce alcuna prova che dimostri che il personale delle succursali in questione abbia effettivamente svolto tali funzioni e gestito tali rischi.

265. (omissis).

266-283. (omissis).

284. Alla stregua di tutto ciò, occorre concludere, come sostenuto dall’Irlanda e da ASI ed AOE, che la Commissione ha errato nel ritenere che le funzioni e le attività svolte dalla succursale irlandese di ASI giustificassero la

attribuzione a tale filiale delle licenze IP del Gruppo Apple e dei ricavi derivanti da tali licenze.

285-296. (omissis).

297. È necessario esaminare le argomentazioni avanzate dall’Irlanda e da ASI e AOE, ove si contesta la tesi della Commissione e si sostiene, in sostanza, che il processo decisionale strategico del Gruppo Apple era tutto centralizzato a Cupertino e ASI e AOE attuavano tali decisioni attraverso i loro organi di gestione senza che le succursali irlandesi abbiano partecipato attivamente a tale processo decisionale.

298. L’Irlanda, ASI e AOE sostengono che il “centro di gravità” delle attività del Gruppo Apple si trovava a Cupertino e non in Irlanda. Tutte le decisioni strategiche, in particolare quelle relative alla progettazione e allo sviluppo dei prodotti del Gruppo Apple, venivano prese a Cupertino, secondo una strategia di *business* globale che riguardava il Gruppo nella sua unitarietà. Tale strategia, decisa a livello centrale, era attuata dalle società del gruppo, tra cui ASI e AOE, che agivano attraverso i loro organi direttivi, come qualsiasi altra società, secondo le regole di diritto societario applicabili a ciascuna di esse.

299. A tal proposito, si noti che, in particolare, ASI e AOE hanno prodotto prove, nel procedimento amministrativo ed a sostegno delle loro difese nella presente causa, sulla natura centralizzata delle decisioni strategiche all’interno del Gruppo Apple prese dagli amministratori di Cupertino e poi attuate successivamente dalle varie entità del gruppo, quali ASI e AOE. Tali processi decisionali centralizzati riguardano, tra l’altro, i prezzi, le decisioni contabili, i finanziamenti e la tesoreria e coprono tutte le attività internazionali del Gruppo Apple che sarebbero state decise a livello centrale sotto la direzione della società madre, Apple Inc.

(omissis).

302. Di conseguenza, nella misura in cui è stato stabilito che le decisioni strategiche - in particolare quelle relative allo sviluppo dei prodotti del Gruppo Apple - sono state prese a Cupertino per conto del Gruppo Apple nel suo complesso, la Commissione ha erroneamente concluso che la PI del Gruppo Apple era necessariamente gestita dalle succursali irlandesi di ASI ed AOE, che detenevano le licenze per tale PI.

(omissis).

309. Di conseguenza, la Commissione ha errato nel ritenere che ASI e AOE, attraverso i loro organi di gestione, in particolare i loro consigli di amministrazione, non avessero la capacità di svolgere le funzioni essenziali delle società in questione, delegando, se del caso, i loro poteri a singoli dirigenti che non erano membri del personale delle succursali irlandesi.

(d) Conclusioni relative alle attività nel Gruppo Apple

310. Dalle considerazioni che precedono emerge che, nella presente controversia, la Commissione non è riuscita a dimostrare che, alla luce, da un lato, delle attività e delle funzioni effettivamente svolte dalle succursali irlandesi di ASI e AOE e, dall’altro, delle decisioni strategiche adottate ed attuate al di fuori di tali succursali, le licenze IP del gruppo Apple avrebbero dovuto essere attribuite a tali

succursali irlandesi al fine di determinare gli utili annuali imponibili delle due società in Irlanda.

(*omissis*).

315. In relazione alla sua linea argomentativa sussidiaria sostenuta nella decisione impugnata (considerando da 325 a 360), la Commissione ha affermato che, anche se si ritiene che le autorità fiscali irlandesi avessero potuto correttamente accettare che le licenze IP del Gruppo Apple detenute da ASI e da AOE non dovevano essere assegnate alle loro succursali irlandesi, i metodi di allocazione degli utili approvati nelle decisioni fiscali contestate avevano comunque portato ad un risultato che si discostava da un'approssimazione affidabile di un risultato basato sul mercato in linea con il principio di libera concorrenza, in quanto tali metodi sottostimavano gli utili annuali imponibili di ASI e AOE in Irlanda.

(*omissis*).

317. Secondo la prospettazione della Commissione, i metodi di attribuzione degli utili approvati dalle decisioni fiscali contestate erano viziati da errori derivanti: i) dalla scelta delle succursali irlandesi di ASI ed AOE come punto di riferimento o "parte testata" nei metodi unilaterali di ripartizione degli utili (considerando da 328 a 333 della decisione impugnata), ii) dalla scelta dei costi operativi come indicatore del livello degli utili (considerando da 334 a 345 della decisione impugnata) e iii) dai livelli di rendimento accettati (considerando da 346 a 359 della decisione impugnata). Secondo la Commissione, ciascuno di questi errori ha comportato una riduzione del debito fiscale di tali società in Irlanda rispetto alle società non integrate i cui utili imponibili riflettevano prezzi negoziati a condizioni di mercato (considerando 360 della decisione impugnata).

318. Pertanto, si deve ritenere che tutte le valutazioni effettuate dalla Commissione in relazione alla sua linea argomentativa sussidiaria mirano a provare l'esistenza di un vantaggio che è stato concesso ad ASI ed AOE poiché i metodi di ripartizione degli utili approvati dalle decisioni fiscali contestate non avrebbero condotto a profitti "in condizioni di mercato".

319. A tal riguardo, occorre segnalare che la mera inosservanza dei requisiti metodologici, in particolare in relazione alle linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento, non è un motivo sufficiente per concludere che l'utile calcolato non è un'approssimazione affidabile di un risultato basato sul mercato, e tanto meno per affermare che l'utile calcolato è inferiore all'utile che si sarebbe dovuto ottenere se il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento fosse stato applicato correttamente. Pertanto, la semplice constatazione di un errore metodologico non è sufficiente, di per sé, a dimostrare che le misure fiscali in questione hanno conferito un vantaggio ai beneficiari di tali misure. Infatti, la Commissione deve anche dimostrare che gli errori metodologici individuati hanno comportato una riduzione dell'utile imponibile e quindi del carico fiscale in capo ai beneficiari, alla luce dell'onere fiscale che essi avrebbero sostenuto in base alle normali regole di tassazione previste dal diritto nazionale, laddove non fossero state adottate le misure fiscali in questione.

(*omissis*).

333. Di conseguenza, la mera affermazione della Commissione che vi è un errore metodologico derivante dalla scelta del soggetto sottoposto a verifica in relazione ai metodi di attribuzione degli utili utilizzati per le succursali irlandesi di ASI e di AOE approvati dalle decisioni fiscali contestate, anche supponendo che l'errore sia accertato, non è di per sé sufficiente a dimostrare che tali decisioni fiscali abbiano conferito un vantaggio ad ASI e AOE. In effetti, la Commissione avrebbe anche dovuto dimostrare che tale errore ha portato ad una riduzione dell'utile imponibile di queste due società, riduzione che non avrebbero ottenuto se tali decisioni non fossero state emesse. Tuttavia, nella presente controversia, la Commissione non ha prodotto prove che dimostrino che la scelta delle succursali irlandesi di ASI e AOE quali parti soggette a verifica abbia comportato una riduzione dell'utile imponibile di tali società.

(*omissis*).

350. Tuttavia, la Commissione non ha prodotto alcuna prova in relazione alla sua linea argomentativa sussidiaria al fine di dimostrare che tale difetto metodologico, derivante dalla mancanza di informazioni presentate alle autorità fiscali irlandesi, ha portato ad una riduzione della base imponibile di ASI e AOE in virtù della applicazione delle decisioni fiscali contestate.

(*omissis*).

360. In primo luogo, va notato che la Commissione basa le sue dichiarazioni, in sostanza, sulla circostanza per la quale la succursale irlandese di ASI deve essere considerata come se avesse assunto rischi e svolto funzioni correlate alle operazioni della società, nella misura in cui la stessa non sarebbe stata in grado di farlo da sola, data la mancanza di personale e di presenza fisica che la caratterizzano.

361. A tal proposito, occorre tener presente le considerazioni espresse, in relazione alla valutazione del ragionamento principale della Commissione, al precedente punto 259, secondo cui l'attribuzione di funzioni, e quindi di utili, ad una succursale con un approccio per "esclusione" non è in linea né con la legge irlandese né con l'Approccio Autorizzato OCSE, nella misura in cui tale analisi non consente di dimostrare che tali funzioni siano state effettivamente svolte dalle succursali irlandesi.

362. Di conseguenza, al fine di dimostrare che la scelta dei costi operativi della succursale irlandese di ASI come indicatore del livello di profitto per tale succursale non era corretta, la Commissione non poteva attribuire le funzioni svolte e i rischi assunti da ASI alla sua succursale irlandese, senza prima dimostrare che tale succursale aveva effettivamente svolto tali funzioni e assunto tali rischi.

(*omissis*).

413. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre concludere che la Commissione non è riuscita a dimostrare, nella decisione impugnata, che la scelta dei costi operativi delle succursali irlandesi di ASI e AOE come indicatore del livello di profitto nell'applicazione di un metodo unilaterale di attribuzione degli utili fosse inappropriata.

414. Inoltre ed in ogni caso, la Commissione non ha neppure prodotto prove che dimostrino che tale scelta, di per sé, doveva necessariamente portare alla conclusione che le controverse decisioni fiscali avevano ridotto l'onere fiscale di ASI e AOE in Irlanda.

(*omissis*).

505. Alla luce delle conclusioni di cui ai precedenti punti 312, 481 e 504, in cui la Corte dichiara che i motivi dedotti dall'Irlanda e da ASI e AOE contro le valutazioni effettuate dalla Commissione in relazione alle sue linee argomentative primaria, sussidiaria ed alternativa, devono essere accolti, si deve concludere che la Commissione non è riuscita a dimostrare, nel caso di specie, che, emettendo le decisioni fiscali contestate, le autorità fiscali irlandesi avevano

concesso ad ASI ed AOE un vantaggio selettivo ai sensi dell'articolo 107, par. 1, TFUE.

506. A tal riguardo, occorre ricordare che, sebbene, secondo la giurisprudenza costante citata *supra* al punto 100, la Commissione possa qualificare una misura fiscale in termini di aiuto di Stato, essa può farlo solo nella misura in cui siano soddisfatte le condizioni per tale qualificazione.

507. Nel caso di specie, poiché la Commissione non è riuscita a dimostrare in modo giuridicamente corretto l'esistenza di un vantaggio selettivo ai sensi dell'articolo 107, par. 1, TFUE, la decisione impugnata deve essere annullata nella sua interezza senza che sia necessario esaminare gli altri motivi dedotti dall'Irlanda e da ASI e AOE.

(*omissis*).

L'onere della prova del vantaggio selettivo ex art. 107 TFUE in materia di *ruling* fiscale di Vincenzo De Carolis (*)

Con la interessante ed articolata sentenza in commento, il Tribunale di prima istanza dell'UE ha annullato la decisione con la quale la Commissione aveva accertato la violazione, da parte di Apple e della Repubblica d'Irlanda, dell'art. 107 TFUE mediante *ruling* fiscale. L'Autore, nell'analizzare la pronuncia, parte da un preliminare ed approfondito inquadramento della vicenda sostanziale oggetto della controversia (la applicazione della disciplina degli aiuti di Stato ex art. 107 TFUE al peculiare caso dei c.d. *ruling* fiscali) per poi concentrarsi sul più specifico tema dell'onere della prova della selettività del vantaggio fiscale gravante in capo alla Commissione, tentandone una comparazione con le (ed un inquadramento nelle) nostrane categorie processuali.

With these judgement, as interesting as it is complex, the EU Court of First Instance annulled the decision by which the EU Commission had found that Apple and the Republic of Ireland had infringed Article 107 TFEU by means of a tax ruling. The author, in his analysis of the judgement, starts from a preliminary and in-depth analysis of the substantive issue at stake (the application of the State aid rules pursuant to Article 107 TFEU to the peculiar case of the so-called tax rulings) and then focuses on the more specific issue of the burden of proof of the selectivity advantage provided by the tax measure, attempting to compare it with (and classify it in) Italian civil procedural law categories.

La interessante pronuncia del Tribunale UE origina da una nota vicenda, cui è stata data notevole risonanza mediatica, tale per cui potrebbe apparire addirittura superflua una sua ricostruzione in premessa. Tuttavia, le cose non sono così semplici come appaiono, e la pronuncia richiede un adeguato approfondimento al fine di comprenderne al meglio ragioni ed effetti.

Apple e la Repubblica d'Irlanda impugnano avanti al giudice euro-unitario di prime cure la decisione, del 30 agosto 2016 (1), con cui la

Commissione aveva qualificato in termini di aiuti di stato ex art. 107, par. 1, TFUE due *Tax rulings* - datati 1991 e 2007 - mediante i quali le due società - specificamente ASI (*Apple Sales International*) e AOE (*Apple Operations Europe*) - facenti parte del gruppo *Apple* avrebbero beneficiato di un trattamento fiscale privilegiato, concretantesi - secondo la prospettazione della Commissione - in un "vantaggio selettivo", incompatibile con il mercato interno.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Decisione (UE) 2017/1283 del 30 agosto 2016.

I fatti, le norme applicabili e la contestazione della Commissione

Anzitutto occorre tentare di chiarire la complessa situazione fattuale oggetto della contestazione della Commissione, prima, e della decisione del Tribunale, poi. ASI e AOE sono due società facenti parte del Gruppo Apple e controllate dalla Capogruppo *Apple Inc.*, costituite in Irlanda (e, pertanto, “di diritto irlandese”), ma non ivi residenti fiscalmente, ed anzi fiscalmente non residenti in alcuno Stato (2). Tuttavia, esse hanno istituito delle succursali in Irlanda, responsabili, rispettivamente, della vendita - a parti correlate ed a clienti terzi - e distribuzione dei prodotti Apple (ASI) e della produzione e assemblaggio di prodotti Apple (AOE), in tutto il mondo al di fuori del Nord e Sud America (regioni c.d. EMEA: *Europe, Middle East, India and Africa*).

Vi è inoltre da considerare che ASI e AOE, da un lato, e la capogruppo *Apple Inc.*, dall'altro, sono legati da un accordo denominato “*cost-sharing agreement*”, alla stregua del quale le parti pattuivano che la capogruppo rimanesse titolare dei beni immateriali e, segnatamente, dei diritti di proprietà intellettuale del Gruppo Apple (diritti IP), mentre le controllate ASI e AOE divenissero titolari dei relativi diritti d'uso senza pagamento di *royalties* (“*royalty-free*”), idonei a consentire alle stesse la produzione e la vendita dei prodotti Apple nelle regioni di loro competenza (ossia tutto il mondo, al di fuori di Nord e Sud America) (3). Contestualmente, si stabiliva nell'accordo la condivisione tra le parti dei costi correlati alla ricerca e allo sviluppo tecnologico dei prodotti e dei servizi Apple (R&D, ossia *Research and development*).

La peculiarità di questi enti risiede, tra l'altro, come si accennava in premessa, nell'essere le due società,

controllate da *Apple Inc.*, “incorporate” in Irlanda ma non ivi residenti fiscalmente. La c.d. “apolidia” fiscale delle sedi centrali di ASI e AOE si spiega in virtù di una complessa “combinazione” di normative: mentre per la normativa statunitense (ove ha sede la società capogruppo) ai fini della residenza fiscale è rilevante il luogo di incorporazione della società (che per ASI e AOE è l'Irlanda), per quella irlandese è rilevante il luogo di gestione effettiva e di controllo della società (da verificarsi mediante i c.d. *central management and control tests*), e le due società di diritto irlandese risultano gestite completamente dai *managers* di Cupertino (4).

Pertanto, ai fini fiscali, i due enti (*recte*: le sedi centrali di ASI e AOE), pur essendo società di diritto irlandese, sono considerati come “non residenti fiscalmente” in Irlanda. In virtù di questa qualificazione (corretta e non oggetto di contestazione nel giudizio avanti al Trib. UE), la norma nazionale applicabile alla loro fattispecie è l'art. 25 del *Taxes Consolidation Act* del 1997 (5), ai sensi del quale le società non residenti in Irlanda, che tuttavia ivi operano mediante loro succursali, sono soggette alla tassazione nella giurisdizione irlandese di tutti i profitti derivanti direttamente o indirettamente dalla attività svolta dalle rispettive succursali.

In questo contesto si inseriscono i *tax rulings* oggetto delle censure della Commissione: si tratta, come noto, di “accordi fiscali” o, meglio, di “decisioni fiscali anticipate vincolanti” (*binding advance tax decisions*) adottate dalle Amministrazioni finanziarie nazionali su proposta dei contribuenti, al dichiarato fine di stabilire una univoca e certa applicazione della norma fiscale generale ad una fattispecie concreta (6).

(2) Vengono financo definite dalla Commissione come *stateless*. Cfr., in particolare, il punto 173 della Sentenza, ove si legge che “In the present case it is not in dispute that: - ASI and AOE are companies that are incorporated in Ireland but which are not considered to be tax resident in Ireland, as the Commission acknowledged in recital 50 of the contested decision”.

(3) Che siffatti accordi di *cost-sharing* rivestano un ruolo chiave nel contesto della pianificazione fiscale dei grandi gruppi di società multinazionali è cosa risaputa: si veda, sul tema, la interessante analisi di S. Cipollina, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. dir. finanz. e sc. delle fin.*, 2014, 1, 51 ss., la quale evidenzia come “all'interno dei gruppi multinazionali, la allocazione dei costi e dei profitti relativi allo sviluppo dei beni immateriali spesso non è in linea con il reale processo di creazione del valore” e come il *cost-sharing agreement* rappresenti uno dei metodi mediante i quali viene perseguita una delocalizzazione strategica dei beni immateriali da parte delle multinazionali, da paesi “ad alta fiscalità” a paesi “a bassa fiscalità”.

(4) Si veda la chiara ricostruzione della struttura societaria di Apple e di altri gruppi multinazionali (quali *Google*) offerta da S.

Cipollina, *I redditi “nomadi”*, cit., 49 ss., la quale sottolinea come, in virtù di questi meccanismi, la società capogruppo ha collocato “idealmente [le società figlie] in uno spazio di apolidia fiscale, con una combinazione normativa che crea la doppia non-imposizione internazionale”, rendendo così questi enti derivati non residenti fiscalmente in alcuno stato (*tax resident nowhere*, o, come si esprime la Commissione, *stateless*).

(5) Da qui in avanti “TCA 97”.

(6) Cfr. sul tema, anche per un inquadramento storico del fenomeno dei *tax rulings*, Romano, *Tax Rulings and Principles of Law*, Amsterdam, 2007, *passim*, il quale, oltre ad indagarne la natura giuridica, analizza in chiave comparatistica i sistemi nazionali di vari Paesi, anche in coordinamento con il diritto dell'UE (387 ss.). Quanto al nostro ordinamento nazionale, il diritto di interpellare è regolato in generale dalla L. 27 luglio 2000, n. 212 (il c.d. “Statuto del contribuente”), ove si prevedono diverse tipologie di interpellare; vi sono poi strumenti speciali, quali gli “accordi preventivi per le imprese con attività internazionale”, istituiti mediante il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (che ha modificato a tal fine il d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 inserendovi l'art. 31-ter) e che sono per l'appunto attivabili da imprese che esercitino “attività

Alla stregua dei *tax rulings* contestati nel caso di specie (7), adottati dalla Amministrazione finanziaria irlandese su proposta delle società interessate, si era stabilita una attribuzione dei profitti tassabili (*chargeable profits*) in capo alle suddette società (*recte*: alle loro succursali irlandesi, unici soggetti fiscalmente rilevanti ai fini della imposizione fiscale “gestita” dalla amministrazione finanziaria irlandese) determinati a partire da coefficienti di redditività parametrati ai “costi operativi” (*operating costs*) sostenuti dalle società stesse (8). Nella prospettazione della Commissione, siffatta attribuzione dei profitti tassabili alle succursali irlandesi di ASI e AOE conduceva ad una violazione dell’art. 107, par. 1, TFUE, in quanto si risolveva in una consistente riduzione della base imponibile, riduzione di cui avrebbero goduto le sole società beneficiarie dei *tax rulings*, verificandosi così un “vantaggio selettivo” in loro favore, vantaggio che non avrebbe potuto realizzarsi in assenza delle misure fiscali adottate e che dava quindi luogo ad un illegittimo aiuto di Stato.

La suscettibilità di tali decisioni fiscali anticipate - rese dalle Amministrazioni finanziarie degli Stati membri in favore di imprese che ne fanno espressa richiesta mediante formali interpelli - di formare oggetto di una valutazione negativa da parte della Commissione perché violative della disciplina sugli aiuti di Stato non è certo una novità: infatti, la Istituzione UE ha espressamente definito le “prassi discrezionali di alcune amministrazioni fiscali” come suscettibili di “configurare misure che rientrano nel campo di applicazione dell’art. 92 [oggi art. 107 TFUE]” in un testo ufficiale già nel 1998, segnatamente nella “Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese” (9). Peraltro, tale dato risulta acquisito anche da risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia (10).

Ciononostante, questa decisione della Commissione in particolare, insieme ad altre similari e più o meno coeve (11), si inserisce in un nuovo “corso” di attività di controllo e sanzionatoria della DG Concorrenza in

internazionale”. Cfr., sul punto, Morri - Guarino, *Il ruling italiano, la certezza del diritto e ... il terzo incomodo: la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Corr. trib.*, 2017, 13, 1031 ss.

(7) I quali si sostanziano, concretamente, in uno scambio di lettere: da un lato la proposta fatta da *Apple* sui profitti ritenuti tassabili, dall’altro la risposta positiva da parte delle Autorità fiscali irlandesi. Un *tax ruling* è del 1991, l’altro del 2007, ma sono contestualmente presi in considerazione ed analizzati nella decisione impugnata e nella sentenza qui annotata sotto la voce onnicomprensiva “*contested Tax rulings*”.

(8) Il metodo unilaterale di attribuzione degli utili adottato a tal fine dai *tax rulings* è simile al c.d. metodo TNMM (*Transactional net margin method*), ossia uno dei metodi approvati dalle Linee Guida OCSE del 2010, rientrante tra i “metodi indiretti” utilizzati per ottenere un’approssimazione dei prezzi di libera concorrenza per le operazioni e l’attribuzione degli utili fra società di uno stesso gruppo” (cfr. Decisione della Commissione 2017/1283, par. 93). Le modalità di attribuzione dei profitti ad opera dei *tax rulings* contestati sono ben compendiate ai punti 59-60 (per quanto concerne ASI) e 61-62 (per quanto riguarda AOE) della Decisione da ultimo citata.

(9) Cfr. Comunicazione del 10 dicembre 1998, in *G.U.* 98/C 384/03, ove così si statuiva, al punto 22: “Se è vero che nella prassi quotidiana le norme fiscali hanno bisogno di essere interpretate, esse non devono peraltro permettere un trattamento discrezionale delle imprese. In linea di principio, qualsiasi decisione amministrativa che si discosti dalle norme fiscali generalmente applicabili per favorire singole imprese comporta una presunzione di esistenza di un aiuto di Stato e deve essere esaminata in dettaglio. Le ‘*administrative rulings*’, in quanto procedure destinate a fornire una semplice interpretazione delle regole generali, non danno luogo, di massima, ad una presunzione di aiuto. Tuttavia, la scarsa trasparenza delle decisioni adottate dalle amministrazioni e il margine di manovra di cui talvolta dispongono possono motivare la presunzione che tali pratiche abbiano questo tipo di effetto per lo meno in alcuni casi. Ciò non limita comunque le possibilità per gli Stati membri di fornire ai propri contribuenti certezza e prevedibilità del diritto in ordine all’applicazione delle norme fiscali generali”.

(10) Come ricorda Arena, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di stato, un*

passo in avanti verso l’unione fiscale?, in *Dir. comm. int.*, 2017, 4, 926, “l’estensione delle norme del TFUE sugli aiuti di Stato alle misure nazionali di natura fiscale è un dato acquisito” anche nella giurisprudenza della CGUE “fin dal 1974”, citandosi, a tal proposito, la nota sentenza della Corte di Giustizia UE 2 luglio 1974, *Italia c. Commissione (Industrie tessili)*, C-173/73, spec. punti 27-28, ove si è statuito che la disciplina sugli aiuti di stato di cui al Trattato (l’allora art. 92, oggi art. 107 TFUE) si applica alle misure adottate dagli Stati membri a prescindere dalle loro “cause” o dai loro “scopi”, dovendosi avere riguardo invece ai loro “effetti”: “di conseguenza, né il carattere fiscale, né il fine sociale del provvedimento in questione sarebbero comunque sufficienti a sottrarlo all’applicazione dell’art. 92”. Sulla ampiezza del concetto di “aiuto di natura fiscale” (che si configura come una *species* del più ampio *genus* di aiuto di stato) e sulle diverse forme che in concreto l’aiuto fiscale può assumere, cfr. A. La Scala, *Aiuti di stato (dir. trib.)*, in *Enc. Treccani online*, 2014, il quale evidenzia che “anche la prassi seguita dall’Amministrazione finanziaria può configurare misure che rientrano nel campo di applicazione dell’art. 107, ove possano ravvisarsi spazi di discrezionalità nell’applicazione delle norme, tali da condurre all’adozione di comportamenti selettivi a favore di talune categorie di contribuenti, ad esempio, con riguardo alle procedure di *administrative rulings*”. Cfr. altresì Corte di Giustizia UE, sent., 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione (Kimberly Clark Sopalin)*.

(11) Ci si riferisce alle decisioni, oltre al caso *Apple* qui esaminato, sui casi *Starbucks*, *FIAT*, *Excess profit*, *Amazon*, *Mc Donald’s*, *GDF Suez*. Le impugnazioni di queste decisioni sono, ad oggi, sfociate in quattro sentenze del Tribunale UE, tra le quali tre di annullamento delle stesse (Trib. UE, sent., 14 febbraio 2019, cause T-131/16 e T-263/16, *Excess Profit c. Commissione*; Trib. UE, sent., 24 settembre 2019, cause T-760/15 e T-636/16, *Starbucks c. Commissione*; Trib. UE, sent., 15 luglio 2020, *Apple c. Commissione* cause T-778/16 e T-892/16, qui annotata), una di rigetto dei ricorsi e contestuale conferma della decisione (Trib. UE, sent., 24 settembre 2019, causa T-755/15, *Fiat CFE c. Commissione*, impugnata innanzi alla Corte di Giustizia ed ivi pendente C-885/19P). Si segnala che le impugnazioni delle decisioni *Amazon* e *GDF Suez-Engie* sono attualmente pendenti in primo grado (rispettivamente T-318/18 e T-525/18), mentre la decisione *Mc Donald’s* non ha riscontrato la presenza di aiuti di Stato.

materia di aiuti di Stato, caratterizzato da una più intensa attività di analisi (sotto la “lente” dell’art. 107 TFUE) delle prassi degli Stati membri in materia fiscale; infatti, come è stato efficacemente notato in dottrina, la Commissione ha iniziato, a partire dal 2013/2014, ad intensificare la sua attività di controllo delle prassi adottate dagli Stati membri in materia di *tax rulings* (12). Una esplicazione di siffatta attività e delle modalità utilizzate la si può trovare nella nuova “Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’art. 107, par. 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea” (13), ove vi è uno specifico paragrafo (5.4.4) rubricato “*Ruling* fiscali e transazioni”, in cui la Commissione descrive nel dettaglio i presupposti considerati al fine di valutare la compatibilità di una decisione fiscale anticipata con la disciplina sugli aiuti di Stato.

Nella decisione *Apple*, oggetto della Sentenza del Tribunale qui commentata, la Commissione si è servita di più argomentazioni al fine di sanzionare i *tax rulings* contestati e di qualificarli in termini di aiuti di Stato. La posizione della Commissione - utilizzando la medesima prospettazione fornita dal Tribunale nella sentenza - si dipana lungo tre “linee argomentative” (*three lines of reasoning*) le quali appaiono così sintetizzabili: i) la errata premessa, accettata dalle Autorità fiscali irlandesi con i *tax rulings* contestati, secondo la quale i profitti derivanti dai diritti di proprietà intellettuale detenuti da ASI e AOE non venivano attribuiti alle (e, quindi, tassati a carico delle) succursali irlandesi, avrebbe portato ad una considerevole diminuzione della base imponibile, non in linea con il principio di libera concorrenza (*arm’s length principle*). Infatti, secondo la Commissione, i vertici amministrativi di ASI e AOE non avrebbero potuto essere considerati i soli referenti di tutte le funzioni riconducibili alle due società, attesa la assenza di impiegati e di alcuna sede materialmente rilevante (sotto il profilo delle funzioni esercitate) dei due enti al di fuori delle succursali operanti in Irlanda; ii) in base ad una ulteriore argomentazione (definita “*subsidiary*” dal Trib. UE) la Commissione evidenziava come, anche a voler

considerare corretta la premessa per cui i profitti derivanti dai diritti di proprietà intellettuale detenuti da ASI e AOE non erano attribuibili alle succursali irlandesi, sarebbero comunque stati errati i metodi di attribuzione dei profitti tassabili utilizzati dai *tax rulings*; iii) in virtù di una residuale ed “alternativa” linea di argomentazione (*alternative line of reasoning*), anche laddove la applicazione delle norme fiscali nazionali (art. 25 TCA 97) non fosse stata perpetrata alla luce dell’*arm’s length principle*, si sarebbe dovuto comunque considerare che i *tax rulings* erano espressione di un ampio potere discrezionale della Amministrazione finanziaria irlandese, esercitato in assenza, peraltro, di criteri oggettivi fissati dalla normativa fiscale, conferendosi in tal modo un inaccettabile vantaggio selettivo alle imprese beneficiarie.

La sentenza del Tribunale: *arm’s length principle* e *reference framework*. La correttezza degli strumenti utilizzati dalla Commissione

La sentenza del Tribunale (14) prende analiticamente in considerazione le tre “linee argomentative” su cui si basa la decisione della Commissione impugnata e, per ciascuna, si premura di verificare se la Istituzione UE abbia o meno raggiunto uno standard probatorio idoneo a fondare la decisione stessa. Occorre preliminarmente osservare come i giudici di Bruxelles si premurino di sgomberare il campo dalle contestazioni con le quali Irlanda, ASI e AOE deducevano la illegittimità della decisione adottata sotto alcuni profili che si potrebbero definire in termini di “metodo di analisi”. Infatti, i giudici UE chiariscono come non possa mettersi in discussione la astratta titolarità, da parte della Commissione, del potere di accertare la presenza di un aiuto di Stato determinato dal vantaggioso trattamento fiscale di una società da parte di uno Stato membro mediante un *tax ruling*. E, a tal riguardo, appare importante la conferma della possibilità, per la Commissione, dell’utilizzo dell’*arm’s length principle* (15) al fine di valutare

(12) Cfr. Valente, *Le indagini della Commissione europea in materia di tax rulings e aiuti di Stato*, in *Corr. trib.*, 2014, 32, 2452 ss., il quale colloca questa attività della Commissione nel contesto di una più ampia attività di “contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva” perpetrata dalle imprese multinazionali, le quali si avvantaggiano, a tal fine, degli strumenti normativi messi a disposizione dalle legislazioni nazionali e, segnatamente, dalle *tax practices* adottate dalle Amministrazioni finanziarie.

(13) Cfr. Comunicazione della Commissione 2016/C 262/01.

(14) Da qui in avanti, per comodità espositiva, la “Sentenza”.

(15) Si tratta del “principio di libera concorrenza” (ovvero, se si preferisce, “a condizioni di mercato”). È un principio che affonda le sue origini, come ricorda M. Boccaccio, *L’evoluzione della*

politica della Commissione su aiuti di Stato e ruling fiscali, in *Riv. dir. finanz. e sc. delle fin.*, 2017, 2, 204 ss., spec. 223, addirittura negli anni Venti del secolo scorso, e “assieme al principio delle entità separate e a quello del *permanent establishment*, fa parte di un insieme di principi elaborati in sede di Lega delle Nazioni al fine di evitare la doppia tassazione delle imprese multinazionali”; oggi, oltre ad essere consacrato nell’art. 9 del Modello di Convenzione dell’OCSE, è alla base dei criteri di calcolo dei prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo descritti dalle Linee Guida dell’Ocse del 2010. L’art. 9 del Modello di Conv. OCSE, come si legge nell’allegato Commentario “*deals with adjustments to profits that may be made for tax purposes where transactions have been entered into between associated*

l'esistenza di un vantaggio selettivo conferito da una misura fiscale emanata da uno Stato membro. Pari-menti rilevante è la conferma, da parte dei giudici di Lussemburgo, della possibilità - particolarmente controversa in dottrina - di esaminare contestualmente le condizioni del vantaggio e della selettività, ossia i due elementi costitutivi della fattispecie descritta dall'art. 107, par. 1, TFUE. A tal riguardo, il Trib. afferma che, nonostante il vantaggio economico concesso all'impresa mediante il *ruling* fiscale e la sua selettività siano due condizioni "distinte", la Commissione non ha errato nell'esaminarle contestualmente ("*simultaneously*"), in quanto la sua analisi si è incentrata sulla dimostrazione della riduzione della tasse pagate dalle imprese in virtù dei *tax rulings* dei quali erano destinatarie (ecco il vantaggio economico), *tax rulings* che, individuate quale normativa di riferimento (*reference framework*) le ordinarie norme sulla tassazione dei profitti d'impresa in Irlanda, avrebbero derogato al normale regime di tassazione di imprese in eguali condizioni di fatto e di diritto, presentando così una caratteristica di selettività *in re ipsa* (16).

Quindi, il Tribunale rigetta le censure dedotte da Irlanda e ASI e AOE in ordine alla corretta individuazione del quadro normativo di riferimento, in comparazione con il quale andava verificata la compatibilità della misura contestata con l'art. 107, par. 1, TFUE: bene ha operato la Commissione nell'individuare, quale *reference framework* rilevante per la sua analisi (in particolare per verificare l'esistenza di un vantaggio economico selettivo), le norme di diritto irlandese sulla tassazione dei profitti di impresa, in quanto le stesse non distinguono tra imprese facenti parte di un gruppo multinazionale ed imprese "indipendenti", e la cui *ratio* risiede nella volontà di tassare

i profitti delle società soggette a tassazione nello Stato Membro. Vi è quindi un espresso avallo, da parte del Tribunale, del metodo di analisi della selettività della misura fiscale adottato dalla Commissione, e fondato sulla scelta di un quadro normativo di riferimento che comprenda tutte le norme generalmente applicabili alle imprese residenti e non residenti in Irlanda, facenti parte o meno di un gruppo multinazionale. In particolare, secondo i giudici, la norma applicabile alle imprese non residenti in Irlanda, ossia l'art. 25 del TCA 97, non può considerarsi derogatoria rispetto al regime ordinario di tassazione delle imprese residenti in Irlanda, in quanto prevede che i profitti conseguiti dalle prime non siano soggetti a tassazione solamente se queste non abbiano una succursale attiva in Irlanda: in quest'ultima ipotesi, invece, anche le imprese non residenti saranno soggette a tassazione, nella misura dei profitti "direttamente o indirettamente" derivanti dalle attività effettivamente svolte dalla succursale attiva nello Stato. Pertanto, proseguono i giudici, le situazioni di imprese residenti e non residenti sono perfettamente comparabili ai sensi della normativa nazionale sulla tassazione dei profitti di impresa, in quanto entrambe ricadono nell'ambito applicativo di un sistema normativo nazionale che ha come obiettivo (unitario) quello di tassare i profitti delle società soggette a tassazione in Irlanda (17).

Occorre soffermarsi brevemente su alcune di queste valutazioni positive operate dal Tribunale in relazione alla impostazione di analisi adottata dalla Commissione. Ci si riferisce, in particolare, al riconoscimento, da parte dei giudici, della possibilità che la Commissione ha di utilizzare l'*arm's length principle* anche nel caso di specie (18), ossia qualora si tratti di valutare la corretta quantificazione

enterprises (parent and subsidiary companies and companies under common control) on other than arm's length terms" (cfr. OECD (2019), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*, OECD Publishing, in <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>); nel nostro ordinamento, il principio trova formale riconoscimento agli artt. 152 (attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni di società non residenti che svolgono attività nel territorio dello Stato) e 110, comma 7, (valorizzazione delle operazioni infragruppo) T.U.I.R. (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917); in particolare su quest'ultima disposizione, come risultante dalle modifiche apportate dall'art. 59, D.L. 24 aprile 2017, n. 50 (convertito, con modificazioni, dalla L. 21 giugno 2017, n. 96), si veda M. Miscali, *Il Transfer price tra abuso del diritto e riparto del potere impositivo tra gli stati*, in *Boll. trib.*, 2017, 13, 993 ss.

(16) Cfr. punti 133-139 della Sentenza.

(17) Cfr. punti 140-165 della Sentenza, spec. punto 163, ove si afferma che la Commissione "did not err when it concluded that the reference framework in the present instance was the ordinary rules of taxation of corporate profit in Ireland, the intrinsic objective of which was the taxation of profit of all companies subject to

tax in that Member State, and, consequently, that that framework included the provisions applicable to non-resident companies laid down in section 25 of the TCA 97".

(18) Il principio ha trovato - notoriamente - il suo campo elettivo di applicazione nella diversa ipotesi delle operazioni infragruppo al fine di determinare la correttezza dei prezzi di trasferimento. In questo ambito la Corte di Giustizia aveva già avallato l'utilizzo del principio di libera concorrenza da parte della Commissione nella valutazione della compatibilità di un *tax ruling* con l'art. 107, par. 1, TFUE: cfr. Sentenza della Corte di Giustizia UE 22 giugno 2006, *Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cause riunite C-182/03 e C-217/03, ove, in una fattispecie differente ma contigua perché involgente accordi fiscali sui prezzi di trasferimento, la Corte ha espressamente riconosciuto la possibilità che la Commissione si serva del principio di libera concorrenza al fine di accertare se un regime fiscale derogatorio rispetto alle regole generalmente applicabili determini un vantaggio fiscale laddove consenta una riduzione della base imponibile a partire dalla definizione di prezzi di trasferimento non in linea con il principio di libera concorrenza (cfr. spec. punti 95-97 della sentenza da ultimo citata).

(operata nel *tax ruling*) dei profitti tassabili conseguiti dall'impresa non residente ma attiva mediante una *branch* irlandese: la Commissione può comparare il livello di tassazione della succursale derivante dalla misura fiscale con il livello di tassazione che risulterebbe dalla applicazione delle ordinarie norme fiscali ad un'impresa residente, a condizioni di mercato (o in regime di libera concorrenza, *at arm's length*). Emerge qui il problematico utilizzo da parte della Commissione dell'*arm's length principle* nell'analisi circa la compatibilità di un *tax ruling* con l'art. 107, par. 1, TFUE; la questione è stata recentemente trattata dal Tribunale nella sentenza pronunciata sul caso *Starbucks* (19) ove si è affrontato espressamente - tra i diversi argomenti trattati - il problema dell'utilizzo da parte della Commissione dell'*arm's length principle* al fine di valutare se la determinazione operata da un *tax ruling* dei prezzi di trasferimento nel contesto di una certa operazione infragruppo fosse compatibile con la disciplina in materia di aiuti di stato; ebbene, in quel caso il Tribunale ha statuito che l'analisi della Commissione può fondarsi sull'*arm's length principle* nella misura in cui questo le serva da "strumento" per verificare l'eventuale presenza di un vantaggio economico in favore del beneficiario dell'accordo fiscale derogatorio rispetto alle disposizioni generali, senza che ciò possa considerarsi un *vulnus* alla autonomia di cui godono gli Stati Membri in materia fiscale, poiché rientra nelle competenze della Commissione quella di "controllare se il livello dei prezzi delle operazioni infragruppo, accettato dalle autorità nazionali per la determinazione della base imponibile di una società integrata, corrisponda al livello di prezzo di un'operazione negoziata a condizioni di mercato" (20).

Nel caso *Apple*, tuttavia, la questione controversa risulta essere parzialmente diversa, poiché si tratta di verificare il metodo di allocazione dei profitti utilizzato dal *tax ruling* al fine di determinare la base imponibile per la tassazione degli utili conseguiti dalla *branch* irlandese di una società facente parte di un gruppo multinazionale, e non di analizzare il metodo di determinazione dei prezzi nelle operazioni infragruppo tra

due società collegate o sottoposte a comune controllo. Di ciò il Tribunale è perfettamente consapevole, tanto da ritenere di dover giustificare una "applicazione analogica" dei principi già consacrati nella sentenza *Starbucks*, dovendosi preventivamente accertare se, ai sensi della normativa fiscale nazionale, i profitti derivanti dalle attività delle succursali di un'impresa non residente, debbano essere tassati come se fossero profitti attribuibili ad un'impresa indipendente operante a condizioni di mercato (ossia in un contesto di libera concorrenza) (21). Ebbene, questa condizione, secondo i giudici, sussiste nel caso di specie in quanto: i) la normativa tributaria irlandese tratta allo stesso modo - da punto di vista dell'obiettivo perseguito, ossia la tassazione dei loro profitti - imprese residenti e succursali attive di imprese non residenti, le quali vengono quindi a trovarsi in situazioni tra loro comparabili; ii) la analisi rilevante per l'applicazione dalla norma tributaria (art. 25 TCA 97) irlandese deve prendere in considerazione le attività effettivamente esercitate dalla succursale ed il loro valore, e, come confermato dalla stessa Irlanda in udienza ed in risposta ad una espressa richiesta scritta da parte del Tribunale, il valore delle suddette attività deve essere determinato, alla stregua della stessa normativa, conformemente al valore di mercato della tipologia di attività considerata (22). Ecco che, pertanto, si giustifica anche in questo caso l'utilizzo da parte della Commissione dello strumento dell'*arm's length principle* nell'esercizio del suo potere di controllo conferito dall'art. 107, par. 1, TFUE, che le consente di operare un confronto, nel caso di specie, tra il livello di tassazione dei profitti di una succursale di un'impresa non residente derivante dall'applicazione dell'accordo fiscale, con il livello della tassazione dei profitti derivante dalla applicazione delle normali regole di tassazione di cui alla normativa nazionale ad un'impresa residente, posta in eguali condizioni di fatto, che eserciti la sua attività in condizioni di mercato (23). Appare così confermato, pertanto, l'indirizzo del Tribunale volto a legittimare l'operato della Commissione sotto il profilo dell'utilizzo del principio di

(19) Sentenza del Trib. UE 24 settembre 2019, *Paesi Bassi e Starbucks c. Commissione*, cause riunite T-760/15 e T-636/16.

(20) Così espressamente Trib. UE 24 settembre 2019, cit., punto 159.

(21) Cfr. punto 207 della Sentenza.

(22) Cfr. punti 209-210 e 218 della Sentenza, ove si precisa che "even though that principle had not been formally incorporated into Irish law, as has been stated in paragraphs 210 above, Ireland confirmed that the application of section 25 of the TCA 97 by the Irish tax authorities required the actual activities of the Irish branches in question to be identified and the value of those activities to be determined according to the market value of that type of activity".

(23) La Commissione, da parte sua, non nasconde di certo l'utilizzo dell'*arms length principle* nell'ambito delle indagini sulle prassi fiscali degli Stati membri, come emerge chiaramente dall'ultima versione della Comunicazione 2016/C 262/01, ove si precisa, al punto 172, che "il principio di libera concorrenza rientra necessariamente nella valutazione che la Commissione compie delle misure fiscali concesse alle società appartenenti a un gruppo ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, indipendentemente dal fatto che e dalla forma in cui lo Stato membro abbia recepito tale principio nel suo ordinamento nazionale. Tale principio è utilizzato per stabilire se l'utile imponibile di una società del gruppo ai fini dell'imposizione del reddito delle società è stato determinato sulla base di un metodo che produca

libera concorrenza nelle sue valutazioni, come strumento (“*as a tool*”) (24) nel contesto della verifica della compatibilità di un accordo fiscale con l’art. 107, par. 1, TFUE (25).

(Segue) La sentenza del Tribunale: la mancata prova del vantaggio selettivo da parte della Commissione mediante le sue “*lines of reasoning*”

I Giudici affermano, pertanto, che la Commissione non ha errato nell’individuare il quadro normativo di riferimento al fine di valutare il vantaggio selettivo, nell’utilizzare l’*arm’s length principle* come strumento di verifica nella comparazione del profitto tassato con il profitto che avrebbe dovuto essere tassato se realizzato a condizioni di mercato, ed infine, che si è correttamente basata sull’Approccio Autorizzato OCSE (*Authorized OECD Approach*) (26) al fine di stabilire la corretta allocazione dei profitti in capo alla succursale di un’impresa non residente, tenendo conto cioè della allocazione dei beni, delle funzioni e dei rischi tra la *branch* e la sede centrale.

Tuttavia, gli errori si annidano tutti nella applicazione di questi strumenti da parte della Commissione, e, specificamente, nelle valutazioni fattuali poste a base della loro applicazione.

Segue, così, un’ampia disamina delle tre linee argomentative individuate *supra*, ove il Tribunale sostanzialmente non ritiene raggiunto, da parte della Commissione, lo standard probatorio idoneo a

fondare una decisione che accerti l’esistenza di un aiuto di stato ai sensi dell’art. 107, par. 1, TFUE. Più nel dettaglio, viene criticato il metodo utilizzato dalla Commissione al fine di giungere alla affermazione per cui alcune funzioni chiave esercitate da ASI ed AOE (quali il controllo della qualità dei prodotti Apple, la gestione delle strutture deputate alla ricerca ed allo sviluppo, la gestione di rischi di mercato) andavano imputate direttamente alle succursali irlandesi, in quanto al di fuori di queste succursali le due entità non avevano *staff* e presenza “fisica” idonee a svolgere simili funzioni. Ebbene, questo modo di ragionare della Commissione, qualificato dal Tribunale come “*exclusion approach to allocation*”, oltre a non essere coerente né con la normativa fiscale irlandese né con l’Approccio Autorizzato OCSE, non è idoneo a provare che queste funzioni fossero effettivamente esercitate dalle succursali irlandesi. In buona sostanza il Tribunale non ritiene sufficiente il ragionamento presuntivo operato dalla Commissione, al fine di provare che quei profitti andassero effettivamente allocati sulle *branches* irlandesi, poiché la Commissione avrebbe dovuto provare in via positiva (e non mediante presunzioni “negative”) il contenuto delle attività effettivamente poste in essere dalle succursali irlandesi. A tal riguardo, ad esempio, la Commissione aveva addotto come prova il fatto che in una tabella contenuta in un Allegato del *Cost sharing agreement*, si individuassero la gran parte delle funzioni maggiormente rilevanti legate ai beni immateriali oggetto dell’accordo ed i relativi rischi sostenuti, associandole mediante una “X” a

un’ approssimazione attendibile del risultato rispondente alle condizioni di mercato”.

(24) La qualificazione del principio in termini di mero strumento utilizzabile dalla Commissione per verificare se il livello di profitti della succursale tassabili determinato nel *tax ruling* corrisponda ad un livello di profitti tassabili di un’impresa che svolga quella stessa attività a condizioni di mercato, consente ai Giudici di superare le contestazioni interposte dai ricorrenti in ordine alla circostanza del mancato formale recepimento del principio dell’*arms length* da parte dell’ordinamento irlandese all’epoca della emanazione dei *ruling* fiscali; infatti per il Tribunale, nonostante non vi sia una “freestanding obligation to apply the arm’s length principle arising from Article 107 TFEU obliging Member States to apply that principle horizontally and in all areas of their national tax law”, tuttavia, se dalla stessa normativa nazionale risulta che le situazioni sono astrattamente “comparabili”, allora la Commissione può operare una siffatta comparazione anche servendosi dell’*arm’s length principle*.

(25) È chiaro come in questi casi i giudici debbano operare un difficile bilanciamento tra opposte esigenze, che vanno oltre la decisione del caso concreto, e finiscono per coinvolgere questioni di politica del diritto dell’UE: si tratta infatti di contemperare, da un lato, l’autonomia degli Stati membri in materia fiscale (che in astratto precluderebbe alla Commissione di valutare la normativa nazionale in materia fiscale e quindi il carico fiscale che lo Stato Membro può decidere in autonomia di distribuire tra i vari settori

del mercato e i fattori della produzione) con, dall’altro lato, la possibilità, per la Commissione, di valutare la compatibilità di un accordo fiscale che determini una base imponibile con l’art. 107, par. 1, TFUE; controllo che - come si è già evidenziato *supra* - è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ebbene, nel caso di specie questa “tensione” viene risolta dai giudici con una soluzione di compromesso, statuendosi che nonostante la “tassazione normale” da prendere quale punto di riferimento per stabilire se vi sia un vantaggio selettivo, debba essere determinata “*according to the national tax rules*”, resta il fatto che se - come nella fattispecie considerata - le norme fiscali nazionali irlandesi prevedono le medesime condizioni di tassazione per le imprese residenti e per le succursali di quelle non residenti (quanto ai profitti derivanti dalle stesse), allora l’art. 107 consente alla Commissione di verificare se “the level of profit allocated to the branches that has been accepted by the national authorities for the purpose of determining the chargeable profits of those non-resident companies corresponds to the level of profit that would have been obtained if that activity had been carried on under market conditions” (punto 224 della Sentenza).

(26) Si tratta del metodo elaborato in sede OCSE per uniformare a livello internazionale l’interpretazione e l’applicazione dell’art. 7 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni, contenuto nel Rapporto sull’Attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione, approvato dal Comitato degli Affari Fiscali il 22 giugno 2010 e dal Consiglio dell’OCSE il 22 luglio 2010.

tutte le parti dell'accordo, ossia Apple inc. ed ASI e AOE (eccezion fatta per la voce "IP registration and defence", associata alla sola Apple Inc.) (27): da ciò si voleva desumere, insieme alla ulteriore considerazione per cui i consigli di amministrazione delle sedi centrali non avrebbero potuto da soli, senza il supporto delle succursali irlandesi e mediante "sporadiche" riunioni, svolgere tutte le funzioni previamente individuate, che tutte queste funzioni ed i relativi rischi andavano allocati direttamente in capo alle succursali irlandesi. Per il Tribunale, tuttavia, la Commissione "provides no evidence that demonstrates that the staff of the branches in question actually performed those functions and managed those risks" (28). Sono inoltre importanti, al fine di demolire le assunzioni della Commissione, le prove fornite da ASI ed AOE dalle quali emerge che le decisioni strategiche relative al design ed allo sviluppo dei prodotti del Gruppo Apple vengono prese a Cupertino, negli Stati Uniti, dalla Capogruppo Apple Inc., laddove le società "figlie" (tra cui ASI e AOE) non fanno altro che applicarle mediante i loro organi amministrativi.

La seconda linea argomentativa su cui si fonda la decisione della Commissione, appare sintetizzabile in termini di contestazione del metodo di allocazione dei profitti utilizzato dal *tax ruling*. L'analisi da parte del Tribunale di questa seconda e "subsidiary" linea argomentativa rappresenta senz'altro la parte tecnicamente più complessa della Sentenza. Tre sono i punti su cui si soffermano i giudici e per i quali ritengono non "provati" gli assunti su cui si fondano le valutazioni della Commissione. In primo luogo, la scelta delle succursali irlandesi di ASI e AOE come "tested parties", ossia come imprese di riferimento nella applicazione del metodo TNMM di determinazione dei prezzi di trasferimento, secondo la Commissione sarebbe scorretto in quanto l'applicazione delle Linee Guida OCSE del 2010 avrebbe portato a scegliere come impresa di riferimento quella che, all'interno del Gruppo, svolge le funzioni meno

complesse, laddove invece le succursali irlandesi sono considerate dalla DG Concorrenza come centri nevralgici della costruzione della notorietà e del riconoscimento del marchio Apple nelle regioni EMEA. Tuttavia, per il Tribunale, la contestazione di un mero errore metodologico nel metodo di allocazione dei profitti, anche ammesso che l'errore vi sia, non basta, di per sé, a dimostrare che i *tax ruling*, che sullo stesso si fondino, abbiano conferito un vantaggio alle imprese beneficiarie: la Commissione avrebbe dovuto, secondo i giudici, dimostrare che un simile errore abbia in concreto determinato una riduzione della base imponibile delle imprese beneficiarie, che altrimenti - ossia in assenza del *tax ruling* - non si sarebbe verificata. Inoltre, osservano i giudici sempre su questo profilo, le linee Guida OCSE non impongono di scegliere come impresa di riferimento quella che svolge le funzioni meno complesse, ma semplicemente raccomandano di scegliere quella per la quale esistono dati affidabili relativi alle operazioni infragruppo maggiormente comparabili tra loro. Ciò non significa necessariamente che si debbano scegliere le entità meno complesse, bensì quelle in relazione alle quali esiste la quantità di dati affidabili maggiore. È quindi irrilevante, una volta che si siano correttamente individuate le funzioni della impresa *tested* e si sia correttamente calcolato il tasso di remunerazione delle funzioni stesse, che sia scelta una ovvero un'altra impresa come *tested party* (29). In secondo luogo, si è contestato dalla Commissione il fatto che, al fine di calcolare i profitti tassabili delle succursali irlandesi, si fosse scelto di prendere come riferimento i costi operativi, atteso che l'indicatore del livello di profitto, in un metodo unilaterale di allocazione dei profitti, deve essere coerente con le funzioni svolte dall'impresa di riferimento; pertanto, secondo la Commissione, non i costi operativi avrebbero dovuto essere presi in considerazione, bensì le vendite, per quanto riguarda ASI (30), ovvero i costi totali ("total costs"), per

(27) Si tratta, evidentemente, di funzioni chiave legate alla gestione dei diritti IP di Apple, tra le quali vengono elencate: "R&D, quality control, forecasting, financial planning and analysis in relation to development activities, R&D facilities management, contracting with related parties or third parties in relation to development activities, contract administration in relation to development activities, selection, hiring and supervision of employees, contractors and subcontractors to perform development activities, IP registration and defence, and market development".

(28) Così si legge al punto 264 della Sentenza. In particolare, la produzione dei verbali dei consigli di amministrazione di ASI e AOE, mediante i quali la Commissione intendeva provare la inadeguatezza degli stessi a svolgere le funzioni riconducibili alle società amministrate, non fa altro che confermare ai giudici la

normale attività dei *boards of directors*, anche perché rilevanti funzioni erano delegate a singoli amministratori. Pertanto, anche sotto questo profilo, per i giudici, "the Commission erred when it considered that ASI and AOE, through their management bodies, in particular their boards of directors, did not have the ability to perform the essential functions of the companies in question by, where appropriate, delegating their powers to individual executives who were not members of the Irish branches' staff" (punto 309).

(29) Cfr. punti 333-337 della Sentenza.

(30) Poiché, nella prospettazione della Commissione, la succursale di ASI non si occupava solo di distribuzione, ma assumeva su di sé i rischi connessi al fatturato, alle garanzie e alla contrattazione con parti terze.

quanto riguarda AOE (31). Tuttavia, per il Tribunale queste asserzioni della Commissione sono inficiate dagli stessi errori relativi all'utilizzo del già citato "exclusion approach": la Commissione ha solo presunto che le funzioni svolte dalle succursali giustificassero la scelta di un diverso "profit level indicator", senza dimostrare positivamente che le funzioni asseritamente attribuite alle succursali (e l'assunzione dei relativi rischi, quali quelli legati alle vendite ed alle garanzie connesse) fossero dalle stesse effettivamente svolte (32).

Pertanto, anche sulla scelta dei costi operativi quale criterio di riferimento per il calcolo dei profitti tassabili, la Commissione non ha provato che questa scelta fosse inappropriata e - tantomeno - che avesse condotto, di per sé ad una riduzione del carico fiscale sopportato da ASI ed AOE in Irlanda. Nonostante i giudici rilevano delle mancanze e delle incongruenze nei *tax rulings* contestati, soprattutto concernenti il calcolo dei costi operativi su cui parametrare i profitti tassabili, tuttavia ciò non esime la Commissione dal suo onere di provare che gli errori riscontrati abbiano effettivamente condotto ad un vantaggio selettivo, nella misura in cui lo stesso errore abbia determinato una riduzione del carico fiscale delle imprese considerate, se comparato con il carico fiscale che avrebbe dovuto essere sopportato mediante l'applicazione delle ordinarie norme fiscali (33).

La terza contestazione analizzata riguarda tanto i livelli di profitto accettati nei due *tax rulings*, quanto la scarsa (se non assente) documentazione tecnica (*reports*) prodotta da Apple a supporto delle istanze che hanno dato poi origine ai *tax rulings*.

Per la Commissione, oltre al fatto che i livelli di profitto delle succursali irlandesi di ASI e AOE accettati dalle autorità fiscali irlandesi mediante gli accordi non sarebbero stati supportati (al tempo della

loro conclusione) da appositi *report* che dovevano essere forniti dal Gruppo Apple, vi è da considerare l'ulteriore circostanza per cui siffatti livelli di profitto sarebbero comunque basati su margini di profitto talmente bassi, che un'impresa operante quale operatore economico razionale non avrebbe accettato. In particolare, la Commissione non condivide l'analisi *ex post facto* fornita dai consulenti fiscali di Apple e dell'Irlanda, nella quale la correttezza dei profitti allocati veniva giustificata mediante uno studio comparativo con altre imprese: secondo la Commissione queste altre imprese non avrebbero potuto essere comparate con il gruppo Apple, per la diversa qualità dei prodotti offerti (essendo quelli trattati da Apple "high-quality products") e, conseguentemente, per i (diversi) rischi connessi alle garanzie prestate sulla qualità dei prodotti venduti. La DG concorrenza ha quindi operato una sua valutazione dei livelli di profitto che avrebbero dovuto essere correttamente allocati in capo ad ASI ed AOE, utilizzando le medesime imprese del *report* di controparte come termini di paragone, ma applicando diversi *profit level indicators* (ossia il fatturato delle vendite, per ASI, e i costi totali, per AOE). Il risultato di questa analisi "controfattuale" operata dalla Commissione, l'ha portata a concludere che gli accordi fiscali hanno determinato una remunerazione che le succursali irlandesi non avrebbero accettato, dal punto di vista della loro redditività, se fossero state imprese indipendenti che esercitano le medesime attività in condizioni simili. Anche sotto questo profilo, tuttavia, il Tribunale ritiene non provato l'assunto su cui si basano le contestazioni della Commissione, che sarebbe lo stesso utilizzato per contestare la scelta degli *operating costs* come *profit level indicator*, ossia il fatto che le succursali fossero effettivamente responsabili di attività assai più rilevanti e rischiose rispetto a quelle

(31) In quanto, secondo la Commissione, la succursale di AOE era responsabile dei rischi connessi agli inventari, attesa altresì la assenza di impiegati e di strutture al di fuori dell'Irlanda.

(32) In particolare, per ASI, il Tribunale ritiene che la Commissione non abbia provato che la succursale sopportasse in concreto i rischi legati alle vendite ed al fatturato, risultando invece da accordi quadro stipulati con acquirenti di prodotti Apple nelle regioni EMEA e prodotti in giudizio dalla Apple Inc. e da ASI, che la succursale irlandese non prendeva parte in alcun modo alle negoziazioni di tali accordi quadro, i quali venivano negoziati interamente negli Stati Uniti. Pertanto, i giudici affermano che "as is correctly argued by ASI and AOE, the Irish branch of ASI cannot be allocated the risks inherent in products remaining unsold or a drop in demand, in so far as both supply and demand are determined centrally, outside that branch". Non risulta nemmeno provata la circostanza per cui la succursale di ASI sarebbe stata responsabile delle garanzie connesse ai prodotti venduti nelle regioni EMEA, non essendo la stessa economicamente responsabile a fronte delle azioni con cui siffatte garanzie venivano attivate: nonostante

fosse non contestata la gestione da parte di ASI del servizio *AppleCare post vendita* (servizio relativo alla garanzia dei prodotti Apple), risulta provata esclusivamente una funzione meramente ancillare ("of an ancillary nature") in relazione alle garanzie stesse.

(33) Cfr. punto 416 della Sentenza: "However, even where there are inconsistencies which show defects in the methodology used to calculate the chargeable profits in the contested tax rulings, it is necessary to recall the considerations set out in paragraph 348 above, from which it follows that the Commission cannot confine itself to invoking a methodological error but must prove that an advantage has actually been granted, inasmuch as such an error has actually led to a reduction in the tax burden of the companies in question as compared to the burden which they would have borne had the normal rules of taxation been applied. However, it must also be specified that the Commission did not argue in the contested decision that the exclusion of certain categories of operating costs used as a basis for calculating the profit allocated to the branches of ASI and AOE had given rise to an advantage for the purposes of Article 107(1) TFEU".

esercitate dalle società scelte per l'analisi comparativa. Inoltre, non potrebbero ritenersi viziati gli *ad hoc reports* prodotti in giudizio da Apple al fine di provare che i livelli di profitto attribuiti alle succursali di ASI e AOE rientrassero in margini a condizioni di mercato (34). Più nel dettaglio, la Commissione contestava l'analisi comparativa posta a base di *siffatti reports*, argomentando la non comparabilità delle imprese di riferimento con imprese del Gruppo Apple, a causa della elevata qualità dei prodotti venduti da queste ultime, nonché in quanto 3 delle 52 imprese scelte per la comparazione sono in liquidazione. Entrambe le censure vengono respinte dal Tribunale: la prima perché fondata su argomenti inconsistenti, non incidendo la elevata qualità dei prodotti venduti sui costi operativi, prescelti quale *profit level indicator*; la seconda poiché la procedura di liquidazione coatta delle società in questione era stata aperta in anni di imposta successivi a quelli considerati ai fini dell'analisi. Peraltro, non è stato dimostrato dalla Commissione la inappropriatezza della scelta degli *operating costs* quale *profit level indicator* e, tantomeno, la maggiore appropriatezza dell'alternativo criterio delle vendite ("*use of sales*").

Inoltre, secondo i giudici, l'intera analisi condotta dalla Commissione nel contesto della sua "linea sussidiaria di argomentazione", è sostanzialmente fondata sulla premessa che le funzioni della succursale irlandese di ASI fossero di natura complessa nonché decisive per il successo del marchio Apple e, conseguentemente, per l'attività commerciale di ASI stessa, con conseguente assunzione in capo alla succursale di significativi rischi connessi alle suddette attività. Tuttavia, tale premessa non è ritenuta provata in giudizio, non essendo riuscita la Commissione a dimostrare che la succursale irlandese esercitasse effettivamente funzioni di natura complessa, assumendosi i connessi significativi rischi (35).

Infine, la terza linea argomentativa della Commissione - che il tribunale qualifica come "alternativa" - è fondata su ulteriori due contestazioni

dei *tax rulings*: i) la deroga, da parte degli accordi, dell'art. 25 TCA 97, letto alla luce dell'*arm's length principle* ("*on the ground that the arm's length principle was inherent in that section*"), in quanto gli stessi non avrebbero consentito di addivenire al calcolo di una affidabile approssimazione del risultato basato su condizioni di mercato, in linea con l'*arm's length principle*, così determinando un vantaggio selettivo in favore di ASI e AOE; ii) la mancanza di criteri oggettivi nella normativa fiscale nazionale ai fini della allocazione dei profitti tra le varie parti di una impresa non residente, mancanza che sarebbe stata colmata mediante l'esercizio di un potere discrezionale da parte della Amministrazione finanziaria, tale da potersi presumere la selettività del vantaggio. A conforto di quest'ultima deduzione la Commissione ha prodotto e confrontato 11 diversi *tax rulings* adottati dall'Irlanda, evidenziando forti incoerenze tra gli stessi, così dovendosi presumere che nessun criterio oggettivo sia stato utilizzato al fine di determinare discrezionalmente la allocazione dei profitti in capo alle succursali irlandesi. Anche queste ultime due contestazioni vengono disattese dal Tribunale, che osserva: quanto alla prima, che è fondata sulle stesse valutazioni poste a base della linea sussidiaria di argomentazione e che quindi la Commissione non ha provato i suoi assunti; quanto alla seconda, che non è sufficiente affermare la esistenza di un potere discrezionale esercitato dall'Amministrazione finanziaria nell'emissione del *tax ruling* al fine di provare la selettività del vantaggio, in uno con la assenza di un criterio oggettivo nella normativa fiscale. Nonostante il Tribunale riconosca - ancora una volta - che vi sia stata una insufficienza di documentazione alla base dei *tax rulings* contestati e che questa mancanza di analisi documentata rappresenti un "*regrettable methodological defect in the calculation of ASI and AOE chargeable profits, endorsed in the contested tax rulings*", ricorda tuttavia come questo non sia sufficiente, di per sé, al fine di dimostrare che gli accordi siano il frutto di un'ampia ed arbitraria

(34) A proposito degli *ad hoc reports* è altresì importante la precisazione operata dal Tribunale, per cui la produzione degli stessi non è idonea a sovvertire l'onere della prova relativo alla esistenza di un vantaggio selettivo, onere che grava tutto in capo alla Commissione: cfr. punto 453 della Sentenza ("*The submission of those ad hoc reports by Ireland and Apple Inc. cannot alter the burden of proof concerning the existence of an advantage in the present instance, which rests with the Commission*").

(35) Questa statuizione ricorre spesso - seppure in relazione ai diversi profili presi in considerazione in giudizio, che si è cercato di sintetizzare nel testo - nella Sentenza: cfr. punto 348 ("*the Commission, in carrying out its State aid control under Article 107 TFEU, cannot, for its part, confine itself to stating that the choice of*

ASI and AOEs Irish branches as the tested parties when applying the profit allocation method was incorrect, without proving that the functions actually performed by those branches constituted particularly complex or unique functions, or functions that were difficult to identify, so that the comparables for such a one-sided profit allocation method would not have been identifiable or reliable and, consequently, the resulting allocation would necessarily have been incorrect"), 407 ("*the Commission did not succeed in demonstrating that the risks identified in recitals 336, 337 and 339 of the contested decision had actually been borne by the Irish branch of ASI*") e 471 ("*the Commission did not succeed in demonstrating that the Irish branch of ASI had performed complex functions and assumed those significant risks*").

discrezionalità da parte dell'Amministrazione finanziaria nazionale (36).

L'onere della prova gravante sulla Commissione in materia di aiuti di Stato: una breve digressione sulla ripartizione dei carichi probatori nel processo tributario e nei processi di impugnazione delle sanzioni amministrative

Dall'analisi della Sentenza condotta nei paragrafi precedenti, emerge chiaramente come il Tribunale si sia concentrato, al fine di accogliere le doglianze dei ricorrenti, sull'onere della prova del vantaggio selettivo gravante in capo alla Commissione, che la stessa non avrebbe soddisfatto sotto diversi profili.

Quando si discorre di "onere della prova" nel processo, è gioco forza fare riferimento alla regola di giudizio, consacrata nel nostro ordinamento all'art. 2697 c.c., e ben compendiata dal brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit*; come noto, il concetto di

onere della prova può intendersi nella duplice accezione di criterio di allocazione del carico probatorio tra le parti del processo e di "regola di giudizio" alla stregua della quale si distribuisce il rischio della mancata prova dei fatti rilevanti, e, dalla prospettiva del giudice, gli si impone di considerare non esistenti i fatti dei quali è mancata la prova (37). Pur essendo del tutto peculiare il contesto del processo avanti al Tribunale UE, attesa la struttura *lato sensu* impugnatoria dello stesso (38), è convinzione diffusa in dottrina che anche lì sia vigente il principio *onus probandi incumbit ei qui dicit*, intendendosi l'onere della prova "in senso materiale, collegato dal diritto europeo alle situazioni sostanziali dedotte in causa" (39). Più specificamente, riguardo ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, vi è una costante giurisprudenza la quale ritiene che incomba sulla Commissione stessa l'onere di provare gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 107, par. 1, TFUE (40): l'Istituzione, pertanto, deve

(36) Così il Tribunale ai punti 500-502 della Sentenza, ove peraltro si evidenzia come gli altri *tax rulings* adottati dalla Amm. Fin. irlandese siano relativi ad imprese assai diverse quanto ad attività esercitata, giustificandosi così diversi metodi di allocazione dei profitti utilizzati da ciascuno di essi.

(37) Così C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*¹², I, Torino, 2019, 145. Occorre ricordare, senza che alcuna pretesa di completezza possa essere avanzata in tale sede su di un tema tanto complesso, la classica nozione *stricto sensu* processuale della locuzione "onere della prova", laddove si intende indicare, con la stessa, l'esistenza di una regola di giudizio, "in virtù della quale il giudice è posto nella condizione di pronunciare in ogni caso, anche quando egli non sia in grado di formarsi il proprio convincimento circa l'esistenza di fatti rilevanti" per la decisione: così, espressamente, G.A. Micheli, *L'onere della prova*, rist., Padova, 1966, 177. Cfr. altresì, per una analisi critica della costruzione concettuale di onere della prova inteso come regola di giudizio che avrebbe come presupposto il divieto per il giudice di pronunciare un *non liquet*, la altrettanto fondamentale opera di G. Verde, *L'onere della prova*, Camerino, 1974, *passim*, nonché Id., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss., spec. 628 ss.

(38) È constatazione abbastanza ovvia quella per cui il processo di impugnazione degli atti delle Istituzioni dell'UE avanti al giudice euro-unitario ricorda, da un punto di vista funzionale e strutturale, il processo di impugnazione degli atti della P.A. avanti al giudice amministrativo. Cfr., a tal proposito, G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, a cura di P. De Pasquale - F. Ferraro, Napoli, 2018, 301, ove si chiarisce che i vizi deducibili con il ricorso per annullamento ex art. 263 TFUE sono quelli "tradizionali del contenzioso amministrativo", ossia incompetenza, violazione di forme sostanziali che regolano l'adozione degli atti, violazione dei Trattati o di norme relative alla loro applicazione, sviamento di potere.

(39) Così P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*⁵, Milano, 2015, 217 ss., il quale precisa come il procedimento di individuazione della parte processuale onerata di provare i fatti vada condotto a partire dalle norme di diritto sostanziale dell'UE che vengono in considerazione nella fattispecie considerata e come nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado sia stata in più occasioni affermata la esistenza della

regola dell'onere della prova, anche in assenza di una norma di diritto dell'UE che ne disciplini il contenuto; a tal proposito cfr., seppure in contesti processuali eterogenei ed a fronte di azioni diverse, per la affermazione un "principio processuale", peraltro definito come "comune agli stati membri", alle stregua del quale *onus [probandi] incumbit ei qui dicit.*, Corte di Giustizia UE 5 dicembre 1979, *Amylum e Tunnel Refineries c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-116-124/77, nonché Trib. 18 settembre 2012, *Schröder c. UCVV*, T-133/08, e Corte di Giustizia UE 22 novembre 2012, *E.ON Energie AG c. Commissione*, C-89/11 P, spec. punti 71 ss.

Come ricorda significativamente M. Taruffo, *Onere della prova* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, 1995, 66, in tutti gli ordinamenti sono rintracciabili regole relative all'onere della prova che servono a fornire al giudice un criterio di decisione nel caso in cui la norma di diritto sostanziale che astrattamente disciplina la fattispecie non sia applicabile poiché non è stata fornita (o raggiunta) la prova del fatto giuridicamente rilevante ai sensi della stessa norma sostanziale. Lo stesso A. ricorda come, tuttavia, ciascun ordinamento presenti le proprie peculiarità in ordine alle modalità di individuazione di una regola generale che consenta al giudice di decidere il caso concreto laddove sia mancata la prova di un fatto rilevante, così attribuendo all'una ovvero all'altra parte la conseguenza negativa che discende da siffatta mancata prova (cfr., per una efficace sintesi delle soluzioni accolte dai vari ordinamenti, tra le quali è comunque apprezzabile la *summa divisio* tra ordinamenti di *Common law* e di *Civil law*, sempre M. Taruffo, *op. ult. cit.*, 67 ss.).

(40) Cfr., in tal senso, Trib. UE 12 settembre 2007, *Italia c. Commissione*, T-239/04 e T-323/04, punto 119, sent. del Trib. UE 11 settembre 2014, T-4245/11, *Grecia c. Commissione*, punto 42, poi confermato in appello dalla ord. della Corte di Giustizia UE 22 ottobre 2015, C-530/14 P; Trib. UE 26 maggio 2016, cause riunite T-479/11 e T-157/12, *Francia et alii c. Commissione*, ove, al punto 71, si statuisce che "spetta alla Commissione fornire la prova dell'esistenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (v., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2007, *Olympiaki Aeroporoi Ypiresies c. Commissione*, T-68/03, EU: T:2007:253, punto 34)".

In dottrina, cfr. K. Bacon, *European Union Law of State Aid*³, Oxford, 2017, 38 ss., ove l'A. ricorda, in tema di onere della

dimostrare - tanto nei procedimenti di accertamento dell'esistenza dell'aiuto, quanto, conseguentemente, nel giudizio avente ad oggetto la legittimità della decisione - la riconducibilità *lato sensu* della misura allo Stato (nella duplice accezione dell'impiego di risorse statali e della imputabilità soggettiva della misura allo Stato o ad una sua articolazione), il vantaggio economico cagionato dalla misura contestata all'impresa beneficiaria, la sua selettività, gli effetti (anche solo potenzialmente) distorsivi della concorrenza (41). Inoltre, siffatto onere di dimostrare gli elementi costitutivi dell'aiuto di Stato, si specifica ulteriormente nella giurisprudenza UE, nel senso che l'analisi su cui si fonda la decisione della Commissione deve essere completa di tutti gli elementi rilevanti dell'operazione controversa e del suo contesto, compresa la situazione dell'impresa beneficiaria e del mercato considerato, così che la Istituzione deve disporre di elementi il più possibile "completi ed affidabili" su cui fondare la sua decisione (42).

Per comprendere meglio l'atteggiarsi dell'onere della prova nel caso di specie, e prima di vedere come il Tribunale abbia applicato il principio alla fattispecie sottoposta alla sua analisi, può essere utile, a nostro avviso, una breve digressione sull'atteggiarsi dell'onere della prova nel contesto di un processo che presenta numerosi punti di contatto (pur

mantenendo delle strutturali differenze, non foss'altro per le caratteristiche "sovranzionali" del contenzioso UE) con la fattispecie qui considerata: il nostrano processo tributario.

A ben vedere, infatti, anche in quel contesto processuale il giudizio origina dalla impugnazione di un atto della Amministrazione finanziaria che accerta la violazione di norme tributarie ed esercita conseguentemente la pretesa impositiva; anche lì il momento giurisdizionale ha alle spalle un procedimento amministrativo con la relativa istruttoria compiuta dalla Amministrazione finanziaria, volta all'accertamento dei presupposti di fatto e di diritto che giustificano l'accertamento e la pretesa impositiva che ne discende. Come è stato affermato dalla dottrina tributaristica, il problema dell'onere della prova investe, prima ancora del processo, il suddetto procedimento amministrativo, in cui l'Amministrazione deve acquisire la prova dei fatti materiali su cui si basa il provvedimento; poi "questa realtà procedimentale (o sostanziale, in quanto pre-processuale) si proietta nel processo, ove la distribuzione dell'onere (o degli oneri) di prova dipende dal diritto sostanziale, non dalla posizione in giudizio dei litiganti" (43). Così, l'Amministrazione finanziaria ha l'onere, nel processo tributario, di provare i fatti materiali posti a fondamento della propria pretesa "fiscale" (44), senza che possa assumere rilievo, al

prova, che "as with the other elements of the definition of aid under Article 107(1), the burden of proof is on the Commission to demonstrate that the measure in question gives rise to an economic advantage".

(41) Si veda per tutti, sulle condizioni che debbono essere soddisfatte per la qualificazione di una misura in termini di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE, G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*⁷, Milano, 2012, 812 ss., spec. 828, ove l'A. chiarisce, (con precipuo riguardo al requisito della selettività), che "condizione della rilevanza dell'aiuto è che esso favorisca *talune* imprese ovvero *talune* produzioni rispetto ad altre che si trovino nella stessa situazione di fatto e giuridica, circostanza che si riassume nel presupposto della *selettività*".

(42) Cfr. Trib. 6 marzo 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Commissione*, T-228/99 e T-233/99, EU:T:2003:57, punto 251, e Trib. 3 marzo 2010, *Bundesverband deutscher Banken/Commissione*, T-163/05, EU:T:2010:59, punto 37; si veda inoltre, specificamente sulla completezza ed imparzialità che devono caratterizzare l'analisi delle misure da parte della Commissione si da fondare le sue decisioni su elementi "completi ed affidabili", Corte di Giustizia UE 2 settembre 2010, *Commissione c. Scott*, C-290/07 P, punto 90, nonché Corte di Giustizia UE 3 aprile 2014, *Francia c. Commissione*, C-559/12, punto 63.

(43) Così, espressamente, F. Tesaurò, *Prova (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, 893.

(44) Nonostante le peculiarità dell'atteggiarsi dell'onere della prova nel processo tributario e l'evoluzione che dottrina e giurisprudenza hanno apportato al concetto nel corso degli anni richiederebbero un serio approfondimento del tema, basti qui ricordare come oggi sia principio abbastanza consolidato quello per cui è

l'Amministrazione finanziaria onerata di provare i fatti materiali su cui si fonda la sua pretesa impositiva. E ciò anche a prescindere dal fatto che il giudizio è introdotto dal ricorrente, il quale sarebbe quindi astrattamente onerato - ai sensi dell'art. 2697 c.c. - della prova dei fatti costitutivi del diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto. In tal senso sembrano ancora decisive le riflessioni di E. Allorio, *Diritto processuale tributario*⁵, Torino, 1969, 120, 383 ss., spec. 389 ss., il quale ha dimostrato, partendo dalla attenta analisi delle norme che stabiliscono presunzioni legali relative a favore della Amministrazione finanziaria ed argomentando *a contrariis*, come la "prova nel processo tributario incombe sulla finanza", non potendosi peraltro riscontrare un legame diretto tra la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo e le regole sull'incombenza della prova; secondo l'illustre A. la spiegazione sistematica dell'esistenza di un siffatto onere in capo all'Amm. finanziaria va rintracciata nel principio per cui "a nessun atto la pubblica amministrazione [può] accingersi, senza aver procurato a se stessa la prova dei fatti che determinano la sua potestà di dar vita a quell'atto" e perciò "nel caso dell'atto di imposizione, la prova che la finanza deve possedere è quella dell'esistenza della situazione base del tributo". Cfr. altresì F. Tesaurò, *op. ult. cit.*, 893, ove si osserva che "nel processo tributario di impugnazione sono in discussione i fatti sui quali si fonda e dai quali trae legittimità l'atto impugnato; la mancata prova di quei fatti equivale alla prova negativa; e perciò sull'amministrazione finanziaria grava l'onere di provarli, vale a dire l'onere di provare il presupposto del tributo, gli elementi in base ai quali ha operato la quantificazione, etc. L'onere della prova grava invece sul ricorrente quando questi allega elementi che riducono o elidono il tributo: costi, debiti, fatti da cui consegue una riduzione dell'imponibile o dell'imposta, e simili. Nei processi di rimborso, il ricorrente ha l'onere

riguardo, la circostanza per la quale è il contribuente ad agire in giudizio mediante il proprio ricorso che si rivolge avverso un atto impositivo (45): questa concezione è tanto più vera oggi, dopo che attenta dottrina e giurisprudenza hanno consentito di superare il c.d. principio di presunzione di legittimità dell'atto impositivo impugnato (riflesso di analogo principio le cui radici affondano in una risalente dottrina amministrativistica), che, insieme ad altre risalenti concezioni dottrinarie, facevano gravare sul contribuente-ricorrente l'onere di provare in giudizio la insussistenza della pretesa impositiva (46). Analoghe considerazioni possono essere svolte, invero, in tema di sanzioni amministrative e di loro

impugnazione in sede giurisdizionale; ci si intende riferire, ad esempio, alla impugnazione delle sanzioni irrogate dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato in tema di intese restrittive della concorrenza (47), nonché - più in generale - al giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative, ove anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di affermare che, nel giudizio di opposizione, in capo alla Amministrazione che ha emesso la ordinanza-ingiunzione sanzionatoria incombe l'onere di provare gli elementi costitutivi della sua pretesa (48). Ebbene, operate queste brevi precisazioni e tornando al caso che ci occupa, è interessante notare come anche gli atti della Commissione che accertano la

di dimostrare, come già nel procedimento amministrativo, che sussistono i presupposti del diritto di credito che deduce in giudizio".

(45) È stato efficacemente e sufficientemente dimostrato da autorevole dottrina processualistica come la provenienza della iniziativa processuale non sia un criterio discrezionale univoco e decisivo al fine di individuare la ripartizione dei carichi probatori in capo alle parti nel giudizio: cfr. G. Verde, *L'onere della prova*, cit., 447 ss., per il quale "neppure la struttura del processo o il modulo tecnico, secondo il quale esso è organizzato dall'interno, influiscono sulla ripartizione degli oneri probatori". Seppure in un diverso contesto, si veda C. Consolo, *Nuove verifiche sulle misure di cautela di cui all'art. 26 L. N. 4/1929*, in *Dal contenzioso al processo tributario. Studi e casi*, Milano, 1992, 746 ss., nt. 14.

(46) Si veda sul tema, senza pretese di completezza ed oltre alle fondamentali pagine di Allorio già citate, l'approfondito saggio di G.M. Cipolla, *Riflessioni sull'onere della prova nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 1998, 3, 671 ss. ove l'A. analizza l'evoluzione delle teorie sull'onere della prova nel processo tributario, dando conto del superamento dei principi di presunzione di legittimità dell'atto impugnato e del principio del c.d. *solve et repete*, sino ad affermare che oggi è tendenzialmente ammessa l'operatività anche nel processo tributario della regola di cui all'art. 2697 c.c., e che "l'ufficio ha l'onere di dimostrare i fatti costitutivi della propria pretesa, mentre grava sul contribuente l'onere della prova dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi di essa" (683). In giurisprudenza (per quella più risalente si rinvia alla ampia elencazione fornita Cipolla, *op. ult. cit.*, 688, nt. 50) si veda, in tema di avviso di rettifica, Cass. civ. 20 gennaio 2016, n. 955, in *cortedicassazione.it* ove si afferma significativamente che "è ormai *jus receptum* nella giurisprudenza di questa Corte che, anche nel processo tributario, vale la regola generale in tema di distribuzione dell'onere della prova dettata dall'art. 2697 c.c. e che, pertanto, in applicazione della stessa, l'amministrazione finanziaria che vanti un credito nei confronti del contribuente, è tenuta a fornire la prova dei fatti costitutivi della propria pretesa, essendosi ormai da tempo chiarito che la c.d. presunzione di legittimità degli atti amministrativi (un tempo evocata per giustificare la loro idoneità ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui) non opera nei confronti del giudice ordinario"; nello stesso senso Cass. civ. 5 dicembre 2001, n. 13665, *ivi*. In dottrina si veda altresì A. Marcheselli, *Onere della prova e diritto tributario: una catena di errori pericolosi e un case study in materia di transfer pricing*, in *Riv. dir. trib., suppl. online* del 10 febbraio 2020. Si prescinde, in questa sede, dalle complesse questioni relative alla istruttoria nel processo tributario ed ai poteri officiosi esercitabili (in funzione "integrativa") dal giudice tributario, di cui all'art. 7, D.Lgs. n. 546/1992.

(47) Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2020, n. 4736, ove i giudici amministrativi, pur non affermandolo esplicitamente, presuppongono che l'onere della prova degli elementi

costitutivi dell'illecito anticoncorrenziale - nel caso di specie una "complessa e continuata intesa orizzontale avente per oggetto il coordinamento del comportamento commerciale di vendita del calcestruzzo nel mercato rilevante costituito dall'area geografica Venezia Mare", in violazione dell'art. 2, L. n. 287/1990 - incomba sulla AGCM, quando ritiene sufficiente ai fini della suddetta prova (nella specie, dell'elemento costitutivo rappresentato dalla intesa restrittiva, nella forma della pratica concordata) anche elementi indiziari, purché gli stessi siano "gravi, precisi e concordanti". Assai complesso è il tema dell'onere della prova nel processo amministrativo. Basti qui ricordare come si affermi la tendenziale operatività, anche *ivi*, della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., ancor più dopo la emanazione del c.p.a., il cui art. 64, comma 1, dispone che "spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni". Tuttavia, il principio sulla ripartizione dei carichi probatori è in quel contesto processuale assai "temperato" dal c.d. metodo acquisitivo e così dagli ampi poteri istruttori officiosi di cui dispone il giudice amministrativo: si vedano, per tutti, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁸, Milano, 2016, 920 ss., cui *adde* l'interessante analisi di G. Tropea, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 722 ss. Giova ricordare, peraltro, come anche nel processo dell'UE il giudice sia dotato di ampi poteri istruttori officiosi: cfr. diffusamente, anche sui singoli mezzi di prova costituenda previsti dal Regolamento procedurale del Tribunale e della Corte di Giustizia, P. Biavati, *Diritto processuale*, cit., 221 ss., il quale ricorda come la ampia libertà di valutazione del materiale probatorio di cui fa largamente uso il giudice UE sia in fin dei conti "coerente con l'esistenza di ampi poteri istruttori officiosi" (222).

(48) Cfr. Cass. civ. 3 marzo 2011, n. 5122, in *Diritto e giur. agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2012, fasc. 7-8, pt. 2, 474, con nota di P. Mazza, ove, nell'ambito di un giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa per il trasporto di animali malati, la S.C. ha affermato espressamente che "anche nel procedimento di opposizione all'ordinanza ingiunzione si applicano le regole ordinarie in tema di onere probatorio e pertanto mentre spetta all'autorità che ha emesso il provvedimento sanzionatorio provare gli elementi costitutivi della sua pretesa, spetta all'ingiunto provare i fatti impeditivi o estintivi"; nello stesso senso Cass. civ. 7 marzo 2007, n. 5277, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, 3. Sul tema si veda G. Severini, *Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 1005 ss., il quale ricorda come "l'opponente assume formalmente la veste di attore, ma sostanzialmente ha quella di convenuto, mentre attore sostanziale, anche ai fini dell'onere della prova, è l'amministrazione", nonché A. Panzarola, *I giudizi instaurati contro le c.d. Autorità indipendenti che agiscono per l'esecuzione di sanzioni amministrative: il processo di opposizione e l'interruzione della prescrizione*, in *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, Milano, 2014, 1318, nt. 35.

violazione dell'art. 107 TFUE siano fondati su fatti materiali dei quali la Commissione deve dimostrare l'esistenza al fine di fondare da un punto vista fattuale il proprio provvedimento. Pertanto, anche nel contesto del giudizio di impugnazione delle decisioni della Commissione il ricorrente è attore solo in senso "formale", mentre la Commissione è definibile come attore in senso sostanziale, in quanto sulla stessa incombe l'onere di provare la sua pretesa *lato sensu* "sanzionatoria" (49).

Riguardo a questo specifico profilo dell'onere della prova, dunque, la sentenza in commento non si discosta dall'orientamento tradizionale adottato dalla giurisprudenza UE, ed anzi contribuisce ad ulteriormente consolidarlo.

Non deve nemmeno stupire la circostanza che, pur trattandosi tendenzialmente di un giudizio avente ad oggetto la legittimità di un atto (l'oggetto del processo è, in fin dei conti ed in prima battuta, delimitato dalla decisione della Commissione impugnata ai fini del suo annullamento (50)), via sia un esteso contraddittorio circa l'accertamento dei fatti rilevanti ai fini della qualificazione della misura contestata in termini di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE (51). Infatti, il sindacato giurisdizionale del giudice dell'Ue, come ricorda la dottrina europeista, si concreta in un controllo "completo" dell'atto impugnato e, specialmente in materie di concorrenza o aiuti di Stato le quali presuppongono valutazioni economiche complesse ed articolate, pur essendo il suddetto controllo astrattamente limitato dalla discrezionalità tecnica della Amministrazione europea, lo stesso resta concretamente esteso alla verifica della "esattezza materiale degli elementi di fatto,

dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e dello sviamento di potere" (52).

Ciò su cui, invece, la Sentenza in commento sembra apportare elementi di novità e di indubbio interesse, attiene alle modalità dell'accertamento e della prova dei fatti materiali posti a fondamento della decisione, le quali si risolvono, in definitiva, in un profilo particolare e di dettaglio del più generale onere di provare l'elemento costitutivo del vantaggio selettivo conferito dalla misura fiscale contestata, di cui s'è fin qui detto.

È proprio nelle pieghe di questo più "particolare" onere della prova che si inserisce, infatti, la valutazione del Tribunale in ordine all'utilizzo, da parte della Commissione, di quelle che noi chiameremmo - utilizzando categorie proprie del nostro ordinamento - "presunzioni semplici" ai fini di provare i fatti materiali rilevanti. Più nel concreto, la presunzione oggetto di censura da parte del Tribunale, è quella per cui dal fatto noto (53) della assenza di impiegati e presenza fisica delle società ASI e AOE al di fuori dell'Irlanda, si sarebbe voluto risalire al fatto ignorato della attribuzione di funzioni rilevanti (ai fini della conseguente allocazione di maggiori utili tassabili) in capo alle succursali irlandesi delle due società appartenenti al Gruppo Apple. Siffatte presunzioni (tali sono i ragionamenti inferenziali che dal Tribunale vengono qualificati in termini di "*exclusion approach*") non sono idonee, secondo i giudici, a provare l'effettivo esercizio, da parte delle *branches* irlandesi di ASI e AOE, di funzioni-chiave per la allocazione degli utili tassabili in capo alle stesse.

Nel senso indicato poc'anzi, parrebbero deporre anche le affermazioni dei giudici secondo cui la

(49) Ecco il principale elemento di contatto che ci pare di poter scorgere con il processo tributario e i giudizi di impugnazione delle sanzioni amministrative.

(50) Non è certo questa la sede per ripercorrere il complesso e dibattuto tema circa la corretta individuazione dell'oggetto del processo amministrativo, se esso cioè sia identificabile con l'atto impugnato, ovvero - secondo una più moderna ma non univoca impostazione - con il "rapporto amministrativo": cfr., per una puntuale ed efficace ricostruzione delle teorie che sono state avanzate dalla dottrina sul tema (seppure nella peculiare prospettiva dello studio del giudicato amministrativo e dei suoi limiti oggettivi), S. Valaguzza, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 59 ss. ed i riferimenti bibliografici ivi citati. Sulle peculiarità dell'oggetto del processo tributario, in rapporto all'oggetto della domanda, si veda C. Glendi, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, rist. inalterata del 2014, *passim*, spec. 479 ss.

(51) Accertamento che è "filtrato", inevitabilmente, dallo speculare ed anteriore accertamento compiuto dalla Commissione nella istruttoria del procedimento che ha condotto all'adozione della decisione impugnata.

(52) Così G. Tesoro, *Manuale*, cit., 304; in giurisprudenza cfr. Corte di Giustizia UE 26 settembre 2002, *Spagna c. Commissione*,

C-351/98, punto 74, ove si è statuito che "la Commissione [...] dispone di un ampio potere discrezionale il cui esercizio comporta valutazioni di ordine economico e sociale da effettuare in un contesto comunitario" e che "il controllo giurisdizionale applicato all'esercizio di tale potere si limita alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché *al controllo dell'esattezza materiale dei fatti presi in considerazione* enfasi aggiunta, *N.d.R.*] e dell'assenza di errore di diritto, di errore manifesto nella valutazione dei fatti o di sviamento di potere"; nello stesso senso Corte di Giustizia UE 13 febbraio 2003, *Spagna c. Commissione*, C-409/00, punto 93; individua come limite al sindacato giurisdizionale la impossibilità per il giudice UE di sostituire una propria valutazione economica a quella dell'autore della decisione, Trib. UE 6 ottobre 1999, *Salomon c. Commissione*, T-123/97, punto 47. Come ricorda P. Biavati, *Diritto processuale*, cit., 217, il processo che si svolge innanzi alle Corti europee, lungi dall'aver ad oggetto esclusivamente la "discussione di punti di diritto", tende invece anche ad "accertare circostanze di fatto, la cui verifica è essenziale per l'applicazione al caso di specie di uno o dell'altro dei mezzi di tutela, riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione".

(53) O, come direbbe M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1169 ss., da un "enunciato relativo a un fatto che si assume come vero".

Commissione avrebbe dovuto offrire una “prova diretta” della circostanza fattuale relativa alle attività svolte dalle succursali irlandesi delle società del Gruppo Apple, rappresentando la presunzione una tipica ipotesi di prova c.d. “indiretta” (54).

A tal riguardo occorre osservare che, se si guarda alla laconica giurisprudenza del Trib. UE in tema di onere della prova in materia di aiuti di Stato, emerge una certa “diffidenza” nei confronti della possibilità, per la Commissione, di servirsi di presunzioni “negative” (*negative presumptions*) al fine di provare la esistenza di un vantaggio rilevante ex art. 107, par. 1, TFUE (55), dovendosi tuttavia precisare come i giudici sembrano lasciare lo spazio ad una valutazione *case by case*, fondata sulla natura della misura considerata e sottoposta alla verifica della disciplina sugli aiuti di Stato (56).

In questo caso, tuttavia, il Tribunale parrebbe escludere *tout court* la possibilità di ricorrere a delle presunzioni semplici, al fine di dimostrare il fatto che giustificava, nell’ottica della Commissione, l’attribuzione di maggiori profitti tassabili in capo alle imprese beneficiarie del *tax ruling* contestato: la Commissione avrebbe dovuto, secondo i giudici UE, offrire una prova diretta

delle attività concretamente svolte dalle succursali irlandesi di ASI e AOE, al fine di dimostrare, conseguentemente, l’esistenza di un vantaggio selettivo in capo alle imprese beneficiarie derivante dalla misura fiscale contestata, che avrebbe disatteso, nella ricostruzione della DG concorrenza, una corretta allocazione dei profitti tassabili alla stregua delle attività poste in essere dalle *branches* irlandesi.

(Segue) Una lettura alternativa della Sentenza: divieto della c.d. *presumptio de praesumpto*

È possibile, tuttavia, anche una lettura alternativa rispetto a quella prospettata sinora della statuizione del Tribunale in materia di presunzioni e della loro possibilità di utilizzo da parte della Commissione in materia di accertamento della presenza degli aiuti di Stato. Se, infatti, consideriamo come “fatto rilevante” da provare, a monte, anche il vantaggio selettivo che conferisce alla misura fiscale la connotazione di aiuto di Stato (ed è quindi “fatto costitutivo” della fattispecie di cui all’art. 107 TFUE), allora la censura del Tribunale potrebbe essere letta in termini di divieto della c.d. *presumptio de praesumpto*, ossia della presunzione “di secondo grado” (57); la

(54) Cfr. C. Gamba, *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. online*; come si accennava, ci si riferisce a quelle che nel nostro ordinamento chiameremmo presunzioni semplici ossia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2727 e 2729 c.c., le “conseguenze” che il giudice può trarre da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato, secondo il suo prudente apprezzamento, con i soli limiti di non poter utilizzare presunzioni che non siano gravi precise e concordanti e di non poterle ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni. Si veda, sul tema delle presunzioni semplici, S. Patti, *Delle prove*, in *Comm. del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015, 624 ss., spec. 686 ss., nonché M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit., spec. 1177 e ss..

(55) Cfr. Trib. UE 20 settembre 2012, *Francia c. Commissione*, T-154/10, punto 119, ove i giudici hanno affermato, in tema di garanzia implicita illimitata dello Stato configurante aiuto illegittimo, che “la Commissione non può supporre che un’impresa abbia beneficiato di un vantaggio che configura un aiuto di Stato fondandosi semplicemente su una presunzione negativa, basata sull’assenza di informazioni che permettano di giungere alla conclusione contraria, in assenza di altri elementi idonei a dimostrare positivamente l’esistenza di un siffatto vantaggio. In tale prospettiva la Commissione è, quantomeno, tenuta ad assicurarsi che le informazioni di cui dispone, per quanto possano essere frammentarie e incomplete, costituiscono una base sufficiente per stabilire che un’impresa ha beneficiato di un vantaggio che configura un aiuto di Stato”. Giova sottolineare come, nel caso da ultimo citato, il Tribunale abbia rigettato il ricorso e così confermato la decisione della Commissione, ritenendo che quest’ultima avesse positivamente dimostrato l’esistenza di una garanzia illimitata dello Stato a favore di *La Poste*, basandosi non su mere “presunzioni negative” ovvero “supposizioni”, bensì su più “elementi concordanti che costituivano una base sufficiente al fine di accertare che *La Poste* beneficiava, in forza del suo statuto di EPIC, di una garanzia implicita e illimitata dello Stato” (la pronuncia è stata poi confermata in seconde cure da Corte di Giustizia UE 3 aprile 2014, *Francia c. Commissione*, C-559/12 P).

Cfr., in dottrina, K. Bacon, *op. loc. ult. cit.*, la quale precisa che “in that regard, the Commission cannot assume the existence of an advantage solely on the basis of a negative presumption based on the lack of information to the contrary, if there is no positive evidence of the existence of an advantage. Rather, the Commission is required at the very least to ensure that the available information, ‘even if incomplete and fragmented’, constitutes a sufficient basis for concluding that there is an advantage to the relevant undertaking”.

(56) Cfr. Trib. UE 20 settembre 2012, cit., punto 120: “A questo proposito, la natura degli elementi di prova che devono essere prodotti dalla Commissione dipende in ampia misura dalla natura della misura di Stato considerata. Per quanto riguarda in particolare la prova dell’esistenza di una garanzia di Stato di natura implicita, essa può essere dedotta da un complesso di elementi convergenti dotati di una certa affidabilità e coerenza, tratti, tra l’altro, dall’interpretazione delle disposizioni di diritto nazionale pertinenti e, in particolare, dagli effetti giuridici che lo statuto giuridico dell’impresa beneficiaria implica. A questo proposito, al fine di dimostrare che uno Stato ha concesso una garanzia finanziaria implicita, che per definizione non viene esplicitamente riconosciuta dalla legge nazionale, a un’impresa dotata di uno statuto particolare, possono essere considerate pertinenti note e circolari interpretative”.

(57) Ci si riferisce alla regola, non scritta, espressa dal brocardo latino *praesumptum de praesumpto non admittitur*, secondo la quale non sarebbe ammissibile provare il fatto noto (a partire dal quale si intende inferire la esistenza del fatto ignorato da provare) mediante una ulteriore presunzione semplice; la *ratio* di una siffatta regola si riconduce alla “esigenza di evitare che la prova del fatto ignorato derivi da una concatenazione di inferenze che finirebbe con l’indebolire la presunzione finale relativa al fatto ignorato, rendendola inadeguata a fornirne la conferma probatoria di tale fatto” (così M. Taruffo, *Considerazioni*, cit.); già V. Andrioli, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 770 ss., riteneva la regola espressione del rispetto del principio del contraddittorio nella fissazione del

Commissione, infatti, avrebbe preteso di dimostrare il fatto (ignoto) principale del vantaggio selettivo mediante l'attribuzione di funzioni rilevanti in capo alle *branches* irlandesi; funzioni che tuttavia, a loro volta, sono state desunte inferenzialmente dalla circostanza fattuale della assenza di dipendenti e di presenza fisica delle sedi centrali delle società ASI ed AOE al di fuori dell'Irlanda e non sono state oggetto di prova diretta. Se quanto detto risponde al vero ecco che, allora, la statuizione del Tribunale appare meno "afflittiva" nei confronti della Commissione e del suo operato, limitandosi a censurare gli eccessivi "passaggi logici inferenziali" compiuti dalla stessa nell'accertamento e nella prova in giudizio della esistenza del vantaggio selettivo al fine di addivenire alla qualificazione in termini di aiuto di Stato della misura fiscale contestata. Ci sembra, peraltro, nettamente preferibile quest'ultima opzione interpretativa, in quanto maggiormente in linea con la precedente giurisprudenza del Trib. UE in materia di presunzioni semplici ove, lungi dall'escludere *tout court* un loro possibile utilizzo (58), i giudici si limitavano a consegnarlo nelle mani del prudente apprezzamento del giudice del caso concreto, magari vincolandolo ad un preliminare giudizio sulla "gravità, precisione e concordanza" (59) degli indizi presuntivi (60).

Riflessioni conclusive

In sintesi, la Sentenza in commento pare riaffermare il principio generalmente vigente in tema di onere della prova del vantaggio selettivo nel contesto del contenzioso UE nella peculiare materia degli aiuti di

Stato, sia nella sua accezione di allocazione dei carichi probatori in capo alle parti (è alla Commissione che spetta provare il vantaggio selettivo) sia nella sua accezione di regola residuale di giudizio operante in caso di mancata o non raggiunta prova (è la Commissione a soccombere e, così, la sua decisione ad essere annullata, in caso di mancata prova del vantaggio). E, a ben vedere, il principio così delineato risponde a quanto previsto dalla norma di diritto sostanziale dell'UE rilevante nel caso di specie (art. 107 TFUE, integrata dalle sue applicazioni giurisprudenziali, delle quali si è dato ampiamente conto *supra*). In secondo luogo, inoltre, ha offerto l'occasione per approfondire il tema (abbastanza inesplorato finora, dalla stessa giurisprudenza delle Corti UE) circa la possibilità di utilizzo di presunzioni al fine di provare in giudizio i fatti rilevanti della fattispecie di cui alla norma di diritto sostanziale, con particolare riferimento alla prova del vantaggio selettivo conferito dalla misura fiscale contestata.

Se, da un lato, il sindacato del Tribunale sulle decisioni in materia di aiuti di Stato si conferma assai penetrante, attestandosi sull'estremo confine che lo separa dalla discrezionalità tecnica di cui gode l'Istituzione nell'accertamento della violazione delle norme del Trattato, dall'altro, la Sentenza in commento offre una interessante (e parzialmente innovativa, quanto al tema delle presunzioni semplici su cui fondare il procedimento inferenziale) prospettiva circa le modalità attraverso cui la Commissione ha l'onere di provare i fatti rilevanti ai fini della configurazione di tutti gli elementi che integrano la fattispecie "aiuto di Stato".

fatto noto da cui si dipana il procedimento logico-inferenziale del giudice (nello stesso senso cfr. R. Vaccarella, *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 395). Da ultimo si veda M. Scalamogna, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1161 ss., spec. 1166, la quale, mentre ritiene superabile la argomentazione del divieto fondata sul rispetto del principio del contraddittorio, condivide l'osservazione per cui, ammettendo la possibilità di *praesumere de praesumpto* e cioè "muovendo il ragionamento inferenziale da una precedente presunzione, si creerebbe una catena eccessivamente ampia di procedimenti logici, e, perciò, si inciderebbe sull'attendibilità del risultato finale".

(58) Cfr. P. Biavati, *Diritto processuale*, cit., 222, il quale ricorda come il giudice europeo possa "avvalersi del ragionamento articolato su presunzioni al fine di accertare la verità dei fatti"; tuttavia, occorre precisare che l'A. esemplifica prevalentemente con fattispecie di presunzioni tratte da contegni processuali, quali la mancata ottemperanza a richieste di informazioni o di produzioni documentali disposte da parte del giudice.

(59) Cfr. le due note precedenti per la giurisprudenza ivi citata: è chiaro come i giudici UE non parlino espressamente di giudizio circa la gravità, precisione e concordanza degli elementi indiziari sui quali si basano le presunzioni utilizzate dal giudice per ritenere

provato il fatto, e tuttavia in tali termini sembrerebbero potersi leggere le affermazioni secondo cui la Commissione deve disporre di "elementi concordanti", idonei a costituire una "base sufficiente" su cui fondare la decisione in materia di aiuti di Stato. Cfr. altresì I. Sticchi, *State aid and taxation: the appropriate balance between the least competition's distortion in the professional football sector and complying with the rules of evidence*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, 139 ss., la quale sottolinea (137) che "As regards the practice of competition law although there is no uniform definition of the standard of proof applicable, the Court requires the standard of proof to be 'sufficiently proved in law' or 'sufficiently precise and coherent proof and also applies the method of a firm, precise and consistent body of evidence' to demonstrate the selectivity condition of the tax treatment".

(60) Che i requisiti di "gravità, precisione e concordanza" enunciati dal nostro art. 2729, comma 1, c.c. debbano intendersi riferiti agli indizi o elementi "in base ai quali è possibile pervenire alla presunzione" e non alle presunzioni in sé, come recita letteralmente la norma, lo afferma chiaramente S. Patti, *Delle prove*, cit., 689, il quale precisa come "ciò che la legge richiede non è tanto la possibilità di costruire una molteplicità di presunzioni, quanto la univocità di conclusioni a cui spingono elementi indiziari gravi, precisi e concordanti".

L'usura sopravvenuta e il computo degli interessi moratori nell'evoluzione giurisprudenziale

a cura di Lorenzo Staglioli Cerino

L'arresto delle Sezioni Unite, con la sentenza n. 19597 del 2020, ha davvero segnato il traguardo in materia di sopravvenienze usuarie e di computabilità dell'interesse moratorio nella determinazione del tasso soglia? Giurisprudenza di merito, ABF e giurisprudenza di legittimità a confronto.

The arrest of the United Sections, with sentence no. 19597 of 2020, has it really marked the milestone in the matter of usurious contingencies and the comparability of the default interest in determining the threshold rate? Merit Jurisprudence, ABF and Legitimacy Jurisprudence compared.

Usura: evoluzione legislativa

L'idea di fondo era che, in una situazione di libero mercato, il contratto era e doveva rappresentare una modalità di espressione della più ampia e libera volontà delle parti, nonché della libera pattuizione di interessi convenzionali, sempre che non si trasmodasse nell'usura, che il Codice Zanardelli del 1889 annoverava tra le fattispecie di reato penalmente rilevanti. Sulla scorta di tale impostazione, in Italia, il c.d. progetto Pisanelli era stato modellato sul principio della più assoluta libertà delle parti nella determinazione degli interessi convenzionali, consacrando tale principio nell'art. 1831 c.c., ove si stabiliva che "l'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti".

L'impostazione appena ricordata fu sottoposta a critiche sulla scorta del duplice argomento consistente nella considerazione che la libertà delle parti avrebbe consentito la diffusione di fenomeni usurari nonché, sotto il profilo sistematico, che tale libertà era incompatibile con il pur previsto rimedio dell'impugnazione per lesione dei contratti squilibrati a favore di una o dell'altra parte.

Il testo del progetto Pisanelli fu approvato ed il codice civile, promulgato nel 1865, prevede dunque che "nelle materie civili l'interesse convenzionale, eccedente la misura legale, deve risultare da atto scritto", a pena di conversione del mutuo oneroso in mutuo gratuito. Rimaneva altresì ferma per il debitore la facoltà "dopo cinque anni dal contratto, di restituire le somme portanti un interesse maggiore della misura legale nonostante qualsiasi patto contrario", previo avviso per iscritto al mutuante con anticipo di almeno sei mesi.

La *ratio* di tali disposizioni era ancora una volta quella di porre un freno al fenomeno usurario, costringendo il mutuante a disvelarsi, attribuendo al mutuatario la possibilità di sciogliersi dal vincolo del prestito ad interessi mediante la restituzione delle somme fino all'importo previsto dal saggio legale, non attribuendosi però al debitore strumenti giuridici od azioni da esperirsi al fine di reprimere comportamenti usurari da parte del mutuante.

Successiva disciplina dell'usura in ambito codicistico

Solamente con il codice penale del 1930 il reato di usura fu introdotto per il tramite dell'art. 644 c.p., al fine di porre un argine al dilagante fenomeno dell'usura ed alla profonda crisi economica che da esso era derivata.

La norma, come è noto, puniva con la reclusione chi, approfittando dello stato di bisogno altrui, si facesse dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurari, punendo altresì coloro che traevano vantaggio anche dalla sola mediazione usuraria.

Nella relazione illustrativa al codice penale era riportato: "dovrebbe definirsi quando ricorrono gli interessi o altri vantaggi usurari, previsti come elementi di reato. Tale definizione non è possibile, e non è necessaria. Si è fatto ricorso alla locuzione: interessi od altri vantaggi usurari, perché appunto l'usura si nasconde nei più vari espedienti e non si realizza solo nell'alta misura degli interessi: e d'altra parte non si può stabilire in un codice quando la misura degli interessi

Itinerari della giurisprudenza

raggiunga tal grado da fornir materia di usura, essendo la misura degli interessi dipendente dalle più diverse circostanze di tempo, di luogo, di persone, di rischio”.

La novella introdotta con il Codice Rocco si ritenne produttiva di effetti anche in ambito civilistico, con riguardo alle convenzioni usurarie.

L'introduzione della normativa penale, peraltro, risolse temporaneamente le problematiche interpretative sorte attorno ai rimedi e alle sanzioni di ordine civilistico applicabili ove il contratto di mutuo prevedesse la corresponsione di interessi in misura superiore al saggio legale; invero si ritenne che, a fronte del riconosciuto disvalore penale dell'usura, ogni pattuizione di interessi in misura usuraria dovesse essere considerata nulla, in quanto fondata su causa illecita, che, a sua volta, si poneva in violazione e in contrasto con il disposto della norma imperativa di cui all'art. 644 c.p.

La ravvisata correlazione tra l'illiceità in sede civilistica della pattuizione degli interessi in misura eccedente il tasso legale e la fattispecie di usura penalmente rilevante, determinò l'insorgere della convinzione generalizzata secondo cui, ai fini della configurabilità in capo al creditore mutuante di una responsabilità civilistica, era necessaria l'integrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie penalistica e, in particolare lo stato di bisogno del soggetto finanziato e la sproporzione oggettiva degli interessi, così finendosi per attribuire alla normativa penalistica di cui all'art. 644 c.p. una portata civilistica che non possedeva.

Tale orientamento, fatto proprio anche dalla giurisprudenza (**Cass. civ. 15 maggio 1940, n. 1572**), è poi rimasto retaggio degli orientamenti anche successivi all'entrata in vigore del codice civile del 1942 (**ex multis, Cass. civ. 24 marzo 1963, n. 594; Cass. civ. 31 marzo 1969, n. 1596; Cass. civ. 16 novembre 1979, n. 5956; Cass. civ. 26 agosto 1993, n. 9021**).

Ispirato al medesimo divieto penalistico dell'usura fu il codice civile del 1942, contrassegnato dalla presenza di specifiche disposizioni volte a sanzionare l'usura sul piano privatistico: si prevedeva così che, in caso di pattuizione di interessi usurari, la clausola fosse nulla (art. 1815, comma 2, c.c.) e si introduceva il rimedio della rescissione del contratto per lesione quanto all'ipotesi di sproporzione tra le prestazioni dovuta all'approfittamento di una parte ai danni dell'altra.

L. n. 108 del 1996

Il legislatore è intervenuto nuovamente sul tema con la L. n. 108 del 1996, al fine di superare l'equivocità della formula “approfittamento dello stato di bisogno” traslata dalla vecchia formulazione della norma penale, che non garantiva alcuna uniformità interpretativa, ma si inseriva in una cornice di interventi diretti a valorizzare, nei rapporti che coinvolgono parti in posizione asimmetrica, sia gli obblighi informativi, che tracciano il regolamento delle condizioni di contratto incidendo sulla componente normativa di esso, sia il controllo eterologo sul contenuto del negozio e sulla componente economica di esso.

La nuova disciplina si caratterizza, infatti, per la previsione di una usura “oggettiva”, con individuazione di un tasso soglia, che era inizialmente il tasso medio (TEGM) risultante dall'ultima rilevazione operata dal Ministro dell'economia, aumentato della metà, e che oggi, a seguito della previsione contenuta nel D.L. n. 70 del 2011 è pari al tasso medio aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali (con la precisazione che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere però superiore a otto punti percentuali).

In ordine alla misura dei tassi usurari, la medesima disposizione normativa statuisce che “la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”, precisando che: “sono usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto o del tasso medio praticato per operazioni similari, risultato comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria; per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito”.

Per quanto riguarda le modalità di determinazione del tasso-soglia per la valutazione dell'usurarietà degli interessi, l'art. 2, L. n. 108/1996 dispone la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli artt. 106 e 107, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

Con l'art. 8, comma 5, lett. d), D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. Decreto-Sviluppo), convertito in L. 12 luglio 2011, n. 1066, si è modificata la disposizione in analisi, individuandosi la modalità di computo del tasso-soglia usurario e statuendosi che il saggio di interessi convenzionali è

Itinerari della giurisprudenza

Usura sopravvenuta

usurario ove sia pattuito in misura superiore "al tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta ufficiale, relativamente alla categoria di operazione in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali".

La legislazione anti-usura del 1996 introduce un generale sistema di tutela del mutuuario attraverso il ricorso a strumenti preventivi di riduzione dell'esposizione di esso contraente debole ad abusi usurari mediante la predeterminazione oggettiva dell'usurarietà del tasso di interesse e con la creazione di una nuova fattispecie di usura "oggettiva", la cui integrazione si verifica all'esito del mero e semplice superamento del tasso pattuito in sede di stipulazione da parte dei contraenti rispetto al limite di un "tasso-soglia" di fonte legale individuato secondo una modalità algebrica astratta.

La seconda forma di usura, c.d. "usura in concreto", si configura per contro ove gli interessi, seppur pattuiti in misura inferiore al tasso-soglia debbano essere comunque considerati usurari in quanto "comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità", "avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari".

In questo caso la determinazione della usurarietà del tasso di interesse è rimessa al discrezionale apprezzamento dell'interprete, che dovrà valutare le modalità e gli elementi soggettivi del fatto concreto, comprese le condizioni delle parti e la loro condizione psicologica.

Con la L. n. 108 del 1996 si sono apportate modifiche radicali al regime della pattuizione usuraria, determinandosi l'insorgere della questione della configurabilità, in ambito civilistico, della c.d. usura sopravvenuta.

Indubbiamente usura sopravvenuta e usura originaria sono fattispecie strutturalmente diverse. Se il fatto rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina riferibile alla seconda ipotesi consiste nella pattuizione di un tasso sopra soglia, quello rilevante per la selezione della disciplina applicabile alla prima non assume mai la forma di un comportamento tenuto in violazione di un divieto, atteso che lo sfioramento del tasso soglia, pur sempre elemento essenziale della fattispecie, rappresenta esclusivamente una conseguenza del suo stesso mutamento (al ribasso) rispetto al tempo della conclusione del contratto. Non si può non considerare, però, che il comportamento di chi pretende consapevolmente un interesse che è diventato usurario potrebbe anche a date circostanze non esprimere una carica offensiva così diversa rispetto a quello di chi pattuisce i medesimi interessi e che in questo caso la differente rilevanza giuridica accordata alle due condotte pare essere proprio esclusivo portato della valutazione normativa.

Con tale riferimento può indicarsi una triplice accezione di aspetti, nel senso che anzitutto ci si è chiesti se sia possibile qualificare come usuraria una clausola pattuita prima del 24 marzo 1996, (*dies* dell'entrata in vigore della L. n. 108/1996) alla luce dei criteri tipizzati dalla novella (laddove è d'uopo rimarcare che anche prima del rendimento della prima rilevazione trimestrale del Ministero del Tesoro ex art. 3, L. n. 108/1996, era punibile in base agli artt. 644, comma 1, c.p. e 643 c.p. chiunque, approfittando delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria altrui si facesse dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e ai tassi praticati per operazioni similari dal sistema bancario e finanziario, risultassero sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità) e se tale condotta sia o meno sanzionabile per l'effetto della nuova formulazione dell'art. 1815 c.c.

Alcuna questione ermeneutica o applicativa si è posta per i rapporti sorti prima dell'entrata in vigore della L. n. 108/1996 ed esauriti in epoca antecedente all'indicata data: tanto in ragione del fatto che la irretroattività della norma ne ha impedito la applicabilità ai rapporti già consumati integralmente, in ossequio alla regola generale di cui all'art. 11 disp. prel. c.c.; per tali tipologie di rapporto, anche per il caso di perdurante inadempimento del debitore dopo l'entrata in vigore della L. n. 108/1996, unanimemente non si è ritenuto precluso alla banca di agire al fine della restituzione del dovuto, per come originariamente pattuito e comprensivo degli accessori convenzionalmente all'epoca individuati, la cui eventuale usurarietà (sopravvenuta solamente nel senso di successiva all'entrata in vigore della novella) non ha potuto formare oggetto di domanda restitutoria azionata in via di azione, eccezione o domanda riconvenzionale da parte del debitore.

Questione differente è quella relativa alla sorte dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della L. n. 108/1996 ed ancora in essere a tale data, in disparte ogni pur posta considerazione in ordine alla loro qualificazione come contratti di durata o con riguardo all'esecuzione frazionata dell'obbligazione di corresponsione del dovuto (maggiorato degli accessori) o nell'accezione della "genesì non istantanea" di essi, derivante dalla qualificazione degli interessi come frutti civili.

Itinerari della giurisprudenza

Per gli indicati contratti e con riferimento alla porzione di corrispettivo, maggiorata di interessi, la cui restituzione *ratione temporis* è maturata in epoca successiva al 24 marzo 1996 occorre, pertanto, domandarsi se si applichi la disciplina sopravvenuta.

Analogamente, e questo rappresenta la terza accezione di problematicità indicata in premessa, occorre domandarsi se la normativa innovativa si applichi altresì alle clausole dei contratti stipulati successivamente al 24 marzo 1996, con cui si pattuiscono interessi conformi al tasso soglia, che successivamente, nel corso del rapporto, in considerazione delle oscillazioni del tasso effettivo globale medio e delle sue ricadute sulla soglia di usurarietà, si connotino di tale configurazione.

Nella prassi bancaria si è tentato di arginare tale pericolo, che incombe sia sui contratti a tasso fisso sia su quelli a tasso variabile, con clausole in cui gli interessi sono sempre ancorati alla soglia, le quali sono state, però, reputate nulle dalla giurisprudenza di legittimità, per contrarietà al divieto imperativo di tassi usurari laddove prevedano la sola astratta affermazione del diritto alla restituzione dell'esubero al cliente.

In dottrina, e partendo dalla disamina del caso concreto affrontato nella sentenza delle Sezioni Unite in materia di usura sopravvenuta, si è posto il problema relativo alla differente incidenza della questione della sopravvenuta usurarietà dei tassi in ordine alle "operazioni di finanziamento con piano di ammortamento prestabilito (tra le quali rientrano i mutui, il credito personale, il credito finalizzato, il leasing, i prestiti con cessione di quinto o della pensione)" ed alle "operazioni di finanziamenti ad utilizzo flessibile" (categoria nella quale rientrano le aperture di credito in conto corrente, gli anticipi su crediti, lo sconto di portafoglio commerciale, il *factoring*, il credito *revolving*), addivenendosi o a ritenere che nelle prime neppure dovrebbe potersi discutere di usura sopravvenuta, in quanto l'obbligazione relativa al pagamento degli interessi sorge contestualmente alla stipulazione del contratto, ancorché le relative scadenze siano ovviamente successive, coincidendo esse con quelle del piano di ammortamento oppure che il diritto agli interessi si acquista, e dunque sorge, "giorno per giorno", con conseguente inapplicabilità della indicata regola ai piani di ammortamento alla francese (in cui inizialmente la rata è costituita per lo più da interessi e tale quota decresce progressivamente nelle rate successive) o, ancora, che sia irrilevante l'usurarietà sopravvenuta nelle operazioni con tasso di ammortamento predeterminato in quanto in tali operazioni la variazione futura del tasso rientra nell'alea ordinaria del contratto, con esclusione di qualsivoglia rimedio idoneo alla *reductio ad aequitatem*.

Ancora altra parte della dottrina ha posto l'accento sul fatto che non si rinviene una definizione precisa del perimetro dell'usura sopravvenuta, non solo con riferimento a ciò che usura non è ma anche con riferimento a ciò che costituisce usura *ab origine*, potendo essa appalesarsi per le ragioni più diverse tra loro.

D.L. n. 394 del 2000

Al fine di conferire chiarezza al dato normativo di cui alla L. n. 108/1996, il legislatore è intervenuto con interpretazione autentica, fornita dall'art. 1, comma 1, D.L. n. 394 del 2000, convertito con modificazioni nella L. n. 24/2001, con cui si è puntualizzato che, "ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e 1815 comma 2 c.c., 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".

Secondo taluni la novella del 2000 avrebbe natura di norma interpretativa limitatamente all'art. 1815, comma 2, c.c., laddove rivestirebbe, per contro, valenza abrogativa relativamente all'art. 644 c.p. e ciò in quanto la previsione dell'usurarietà degli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, ha determinato la sostanziale eliminazione di una delle condotte autonomamente punibili ex art. 644 c.p., consistente nel farsi corrispondere interessi usurari, pur rimanendo rilevante la riscossione ai fini della prescrizione (ai sensi dell'art. 644-ter c.p.) in ragione della configurabilità del reato di usura sia al momento dell'accettazione della promessa cui non segua la corresponsione di quanto promesso, sia al momento della dazione che segue all'integrale adempimento dell'obbligazione usuraria (**Cass. pen. 19 agosto 2010, n. 32362**).

Nella relazione illustrativa del decreto legge citato, a propria volta seguito alle prime pronunce di legittimità in materia di usura, è confutata l'interpretazione fornita sino ad allora dal giudice di legittimità, secondo cui sussisterebbe usura sopravvenuta per quei tassi di interesse che, in epoca successiva alla loro pattuizione (precedente o successiva all'entrata in vigore della L. n. 108/1996) divengano superiori al tasso soglia di volta in volta rilevato.

Tanto alla stregua dell'interpretazione secondo cui per tale via "si vanifica la rilevanza del tasso liberamente concordato tra le parti, lo si rende incerto nel tempo, si finisce per mettere in crisi l'operatività a tasso fisso" e "si generano effetti negativi sia per i prenditori di credito sia per gli intermediari finanziari" (per i primi in ragione della maggiore difficoltà di indebitamento e della irragionevole disparità di trattamento rispetto ai mutuatari a tasso variabile, assoggettati all'alea dell'innalzamento ed al beneficio della diminuzione dei tassi; per i secondi in quanto

Itinerari della giurisprudenza

Pronunce della Corte costituzionale

essi "dovrebbero rinunciare *ex post* a ricavi fondati su tassi di interesse a suo tempo legittimamente pattuiti e coerentemente valutati nei singoli esercizi mentre, di norma, continuano a corrispondere ai propri finanziatori i tassi a suo tempo concordati").

La norma, in disparte ogni pur utile considerazione utile ai fini ermeneutici e di ricerca della *voluntas legis*, ha però - con l'entrata in vigore - assunto un suo significato autonomo, correlato al sistema giuridico nel quale si colloca, a prescindere dalle motivazioni per le quali è stata emanata, e dalla volontà del legislatore storicamente determinato.

Essa è stata, per ben due volte, sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale.

Nella prima occasione la Corte costituzionale (con la sentenza **Corte cost. 25 febbraio 2002, n. 29**) ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 35, 41, 47 Cost., ritenendo che la disposizione de qua impone, tra le tante astrattamente possibili, un'interpretazione chiara e lineare delle disposizioni codicistiche, come modificate dalla L. n. 108/96, che non è soltanto pienamente compatibile con il suo tenore e la sua *ratio*, identificabile nell'esclusivo intento di reprimere il fenomeno usurario, ma è altresì del tutto coerente con il generale principio di ragionevolezza, atteso il dubbio ermeneutico sul significato delle espressioni usate nell'art. 644 c.p. ("si fa dare" "facendosi dare") in rapporto al tenore dell'art. 1815 c.c. ("se sono convenuti interessi usurari") ed agli effetti correlati sul rapporto di mutuo.

Nella seconda è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 77 Cost., escludendosi per un verso il difetto dei presupposti della decretazione d'urgenza e, per altro verso, ammettendosi il superamento - per il mezzo della legge di conversione - di eventuali vizi inerenti ai presupposti del decreto legge.

Il giudice delle leggi ha, però, specificato che "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", così tenendo conto del fatto che l'art. 1, comma 2 del citato decreto legge, ha cercato di arginare il problema costituito dal crollo dei tassi di interesse in Europa negli ultimi anni '90 dello scorso secolo, che aveva reso eccessivamente gravosi i contratti stipulati in epoca precedente.

In verità, proprio la differenza letterale rinveniente nell'art. 1815, comma 2, c.c. ("se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi") e nell'art. 644 c.p. ["chiunque si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito"], avrebbe dovuto indurre a non prospettare una perfetta simmetria tra la sanzione penale e quella civile - posto che si "fa dare" resta ontologicamente differente rispetto al "se sono convenuti" - solo quest'ultima espressione potendo, in astratto, riferirsi alla fase genetica del rapporto. Tanto sempre tenendo in conto che entrambe le disposizioni discendono da un unico compendio normativo, quello della L. n. 108/1996 che ha ridisegnato il "reato" dell'usura bancaria e di quella criminale.

La giurisprudenza di legittimità sul regime temporale della nuova disciplina

Immediatamente dopo l'entrata in vigore della L. n. 108/1996 si era andato formando, nella giurisprudenza di legittimità, un orientamento favorevole all'applicabilità della nuova disciplina ai contratti conclusi in epoca precedente alla sua entrata in vigore, ancorché con riferimento alla parte di rapporto successiva a tale data.

Già con la **sentenza Cass. civ. 2 febbraio 2000, n. 1126** la Cassazione aveva affermato che la L. n. 108/1996, irretroattiva, fosse immediatamente applicabile anche ai rapporti sorti anteriormente, limitatamente alla regolamentazione di effetti ancora in corso.

Con due successive pronunce (**Cass. civ. 22 ottobre 2000, n. 5286** in materia di scoperto di conto corrente e **Cass. civ. 17 novembre 2000, n. 14899** in materia di mutuo), veniva ribadito che la pattuizione di interessi moratori a tasso diventato usurario, a seguito della L. n. 108/1996, è illegittima anche se convenuta in epoca antecedente all'entrata in vigore della detta legge, e comporta la sostituzione di un tasso diverso a quello ormai diventato usurario. Si era altresì evidenziato che, ai fini della qualificazione usuraria dell'interesse, il momento rilevante fosse la dazione e non la stipulazione del contratto, in applicazione del novellato disposto dell'art. 644-ter c.p. secondo cui "la prescrizione del reato di usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi sia del capitale". Nell'*iter* motivazionale della seconda delle pronunce indicate si dà atto che l'art. 185 disp. att. e trans. c.c. - alla stregua del quale "la disposizione del secondo comma dell'art. 1815 c.c. si applica anche se il contratto di mutuo sia anteriore all'entrata in vigore del codice stesso" - si riferiva alla formulazione della norma anteriore alla modifica apportata con L. n. 108/1996, il cui avvento di fatto caducato il predetto art. 185 disp. att. e trans per incompatibilità. Del pari è ivi rimarcato che la lettera delle norme di cui agli artt. 1339 c.c. e 1419 c.c. consente sia la sostituzione di clausole nulle con altre volute dall'ordinamento, sia la mera eliminazione di clausole nulle senza alcuna sostituzione, in

applicazione del principio di prevalenza della eteroregolamentazione (imperatività della norma) rispetto all'autonomia privata.

Dopo l'emanazione della norma di interpretazione autentica di cui al D.L. n. 394/2000, convertito in L. n. 24/2001, una serie di pronunce del giudice di legittimità (*ex multis* **Cass. civ. 26 giugno 2001, n. 8742**; **Cass. civ. 24 settembre 2002, n. 13868**; **Cass. civ. 13 dicembre 2002, n. 17813**; **Cass. civ. 25 marzo 2003, n. 4380**; **Cass. civ. 8 marzo 2005, n. 5004**; **Cass. civ. 19 marzo 2007, n. 6514**; **Cass. civ. 17 dicembre 2009, n. 26499**; **Cass. civ. 27 settembre 2013, n. 22204**; **Cass. civ. 19 gennaio 2016, n. 801**; **Cass. civ. 5 maggio 2016, n. 8945**) hanno negato la rilevanza della L. n. 108/1996 ai fini della validità ed efficacia di clausole contenute in contratti conclusi in epoca precedente all'entrata in vigore della norma, sulla scorta dell'argomentazione desunta dal dato letterale dell'art. 1, comma 1, D.L. n. 394/2000, ai sensi del quale si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge al momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a prescindere dal momento del loro pagamento.

Nel medesimo lasso temporale, numerose pronunce del Supremo Collegio hanno continuato a ritenere configurabile l'usura sopravvenuta (**Cass. civ. 13 giugno 2002, n. 8442** e **Cass. civ. 25 maggio 2004, n. 10032**), sostenendo che la clausola, contenuta in un contratto di conto corrente bancario stipulato anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 108/1996 e con la quale siano stati convenuti interessi diventati superiori a quelli consentiti dalla normativa anti usura, è *priva di effetti* con riferimento alla misura di interessi anteriormente convenuti.

Ancora si è affermato (**Cass. civ. 25 febbraio 2005, n. 4092**; **Cass. civ. 14 marzo 2013, n. 6550**) che le norme che hanno sancito la nullità delle clausole di determinazione degli interessi con rinvio agli usi o con meccanismi che determinano il superamento del tasso soglia, non influiscono sulla validità dei contratti conclusi prima della loro entrata in vigore ma, su eccezione di parte, possono determinarne l'*inefficacia ex nunc* purché il rapporto non si sia esaurito prima dell'entrata in vigore della norma. (Sulla stessa scia si colloca **Cass. civ. 17 agosto 2016, n. 17150** che, però, ritiene la rilevanza *ex officio* della inefficacia *ex nunc* della pattuizione).

Inoltre (**Cass. civ. 11 gennaio 2013, n. 602**) si è statuito che la disciplina di cui alla L. n. 108/1996 si applica ai contratti contenenti tassi usurari, anche se stipulati prima della sua entrata in vigore, se i predetti non abbiano esaurito i loro effetti, operando la *sostituzione automatica* dei tassi convenzionali con quelli soglia relativi ai vari periodi esaminati, ai sensi degli artt. 1319 e 1419 c.c.

Da ultimo (**Cass. civ. 12 aprile 2017, n. 9405**) si è ritenuto che, qualora l'usurarietà del tasso d'interessi di un mutuo, originariamente pattuito in misura legittima, sia sopravvenuta nel corso dell'esecuzione del contratto e sia stata tempestivamente contestata, il giudice di merito è comunque tenuto ad accertare l'eventuale superamento del tasso soglia e, per la frazione temporale in cui si sia verificata, deve applicare il tasso previsto in via normativa, secondo la rilevazione trimestrale eseguita ai sensi dell'art. 2, L. n. 108/1996, in ragione della natura inderogabile e imperativa della determinazione periodica dei tassi soglia.

Gli orientamenti degli arbitri bancari

Non può prescindersi, seppure in via incidentale, dal fornire contezza dell'orientamento espresso in *subiecta materia* dall'Arbitro Bancario Finanziario, in ragione dell'effetto di "orientamento" della futura condotta degli intermediari, con possibili ricadute positive anche in tema di effetti deflattivi del contenzioso giudiziario e del ruolo apprezzabile ad esso ascrivito, anche soltanto nel segnalare eventuali contraddizioni negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, pur se nel difficile equilibrio fra le diverse funzioni istituzionali. Immediatamente prima dell'emissione da parte della Banca d'Italia dei Chiarimenti del 3 luglio 2013, l'Arbitro Bancario (**Collegio di Napoli 3 aprile 2013, n. 1796**) sottolineava l'incoerenza della rilevanza dell'usura sopravvenuta nel momento genetico del rapporto e riteneva che l'interpretazione autentica della L. n. 34/2001 consentisse di affermare l'inapplicabilità della sanzione della nullità, dovendo per contro ritenersi la integrale trasformazione del contratto da oneroso a gratuito.

Nella pronuncia **n. 77/2014** il Collegio di coordinamento aveva ritenuto di poter ravvisare nella regola della buona fede in senso oggettivo - letta alla luce del dovere costituzionale di solidarietà - la "sanzione civilistica" della condotta abusiva dell'intermediario, ritenendo, appunto, contraria alla regola di correttezza la pretesa di percepire interessi attualmente superiori alla soglia rilevante, pur se originariamente convenuti nei limiti consentiti dalla legge. Una posizione, dunque, che non si pone nella prospettiva della invalidità del contratto, bensì in quella della esigibilità della prestazione in esso dedotta, divenuta fuori mercato, secondo una valutazione oggettiva, che si impone alle volontà delle parti, consacrata nel vincolo contrattuale; da ciò derivando la riconduzione della misura degli interessi al di sotto del tasso soglia. A fondamento di questa soluzione, il Collegio aveva posto, tra l'altro, il convincimento, secondo cui "la repressione dell'usura ha svolto un ruolo di calmiera rispetto alla erogazione

Itinerari della giurisprudenza

La giurisprudenza della Cassazione

del credito", così enfatizzando la componente "solidaristica" della regola di buona fede, giungendo ad affermare che "il ricorso al principio di buona fede appare il rimedio più congruo al fine di trasferire all'interno di un rapporto di durata poliennale i vantaggi economici derivanti da una discesa dei tassi di mercato senza alterare in modo eccessivo l'equilibrio contrattuale, ma armonizzandolo con la funzione equilibratrice propria di un sistema giuridico assiologicamente orientato".

Per tale profilo, l'inesigibilità della prestazione divenuta usuraria trova un suo fondamento nel riequilibrio delle posizioni dei soggetti del rapporto, anziché nella valutazione oggettiva dell'inesigibilità di un rapporto in quanto contrastante con la valutazione dell'ordinamento giuridico e, dunque, in una dimensione del tutto oggettiva.

Non mancano, d'altronde, prese di posizione dell'Arbitro (il Collegio di Coordinamento nel **2014, con decisioni n. 3412 e n. 3955**, ha affermato, in termini perentori, l'irrelevanza degli interessi di mora nell'accertamento del superamento del tasso soglia, salvo il caso di frode alla legge, desumibile, ad esempio, dalla previsione di termini per l'adempimento eccessivamente ravvicinati e, pertanto, poco credibili, in una dimensione di fisiologica attuazione del rapporto contrattuale), che si pongono apertamente in una posizione dialettica con quelle della giurisprudenza di legittimità, a conferma della rilevata difficoltà di un inquadramento sistematico dei rapporti fra ABF e giurisdizione del tutto immune da censure, in ragione della pure riscontrata "polifunzionalità" dell'Istituzione, meritando in tal ottica un cenno la persistente "dissonanza" fra la posizione dell'Arbitro e quella della Suprema Corte, in merito alla rilevanza degli interessi di mora, rispetto all'accertamento del superamento del tasso soglia.

Da ultimo giova segnalare, in linea con le motivazioni rese dal Collegio di Coordinamento sulla funzione nomofilattica della Cassazione, la recente pronuncia (**Coll. Coordinamento, n. 7440/2018**), nella quale il Collegio "prende atto" delle statuizioni delle Sezioni Unite in merito alla "non configurabilità" dell'usura sopravvenuta e, dunque, alla "non sanzionabilità" (neanche in sede civile) della condotta della banca, che pretenda il pagamento di interessi successivamente divenuti superiore al tasso soglia.

Le varieghe ipotesi ricostruttive avanzate dalla dottrina, l'orientamento espresso dall'Arbitro Bancario e i contrasti di giurisprudenza registratisi nel corso del tempo, sia nell'ambito del merito sia in quello di legittimità, hanno imposto l'esercizio della funzione nomofilattica della Cassazione, al fine pronunciatisi sul tema dell'usura sopravvenuta con sentenza a Sezioni Unite (**Cass. civ., SS.UU., n. 24675 del 18 ottobre 2017**).

In tale pronunciamento è ritenuto che allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. n. 108/1996, 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 sopravvenuto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

Si è dunque avallato l'orientamento contrario alla configurabilità dell'usura sopravvenuta, in applicazione della legge di interpretazione autentica n. 24/2001, passata indenne al vaglio di legittimità costituzionale.

Nel ragionamento seguito la Suprema Corte sostiene che non è possibile operare la qualificazione di un tasso di interesse come usurario senza applicare l'art. 644 c.p., che è l'unica norma del sistema che definisce e disciplina l'usura, demandandosi all'art. 1815 c.c. - non considerato norma imperativa - solamente il compito di stabilire un meccanismo di calcolo per la determinazione del tasso soglia. Per tale via si sostiene che la configurabilità dell'illecito civile presuppone comunque proprio la violazione dell'art. 644 c.p., che dalla giurisprudenza penale viene esclusa quando i tassi, conformi alla soglia al momento della pattuizione, abbiano superato tale limite solo in un momento successivo.

La *ratio* della disciplina antiusura è individuata dalla Corte non già nel controllo del mercato del credito, quanto per contro nel contrasto del fenomeno dell'usura che, considerato che il tasso soglia non è fissato dalla legge ma determinato dalla rilevazione periodica dei tassi medi praticati dagli operatori, rappresenta un effetto e non una causa dell'andamento del mercato. Sotto il profilo rimediabile la pronuncia in esame, esclusa la ricorrenza della nullità conseguente alla illiceità della pattuizione, evidenzia l'esperibilità di altri rimedi ordinamentali, di cui ricorrano nel caso concreto i presupposti, sempre dovendosi fare applicazione del principio di buona fede *in executivis* sancito dall'art. 1375 c.c.

In chiave critica deve porsi in evidenza come la ricostruzione dell'impianto argomentativo della sentenza richiamata appare carente sotto molteplici profili.

Itinerari della giurisprudenza

Anzitutto non considera che proprio nell'art. 644 c.p. si afferma la sussistenza di un limite oltre il quale gli interessi convenuti devono sempre essere considerati usurati, con ciò probabilmente volendosi attribuire rilievo all'ipotesi del superamento della soglia nel corso dell'esecuzione del rapporto. Inoltre la norma indicata contiene, al comma terzo, l'ipotesi dell'usura impropria o delle pattuizioni usurarie, anch'esse eterogenee rispetto alla fattispecie individuata dal comma 1.

Inoltre la Corte omette di considerare la funzione tipica degli accertamenti periodici, che non può esaurirsi alla fase genetica del rapporto, acquisendo per contro intrinseca valenza solamente quale evento successivo, idoneo a disciplinare anche l'andamento o l'esecuzione del rapporto, in tal modo viene a negarsi proprio la rilevanza giuridica della individuazione-rilevazione dei tassi, non offrendo idonea giustificazione agli stessi decreti in termini di tutela delle funzioni di un corretto mercato del credito.

Confinare l'usura sopravvenuta nel limbo dell'irrelevanza omette di considerare che la soglia legale rappresenta, in sé, un criterio oggettivo; costituendo ulteriore profilo quello secondo cui occorrerebbe verificare - una volta confinato il tasso soglia al momento genetico del rapporto - da quali voci di costo esso sia composto, non assumendo alcuna influenza la diminuzione nel corso del rapporto dei costi diversi dagli interessi.

In definitiva i nodi interpretativi maggiormente dibattuti sono relativi alla *ratio* dell'impianto normativo sull'usura, all'attualità delle tesi sull'invalidità o inefficacia parziale sopravvenuta, all'inclusione nell'alea contrattuale del rischio di fluttuazione oltre soglia dei tassi di interesse ed alla portata applicativa dei principi enunciati dalla Corte, in tal modo fornendosi evidenza della conclamata circostanza per cui il problema non risulta affatto risolto ma, probabilmente, rivitalizzato con l'inserimento di nuovi spunti di riflessione, anche con riguardo alle ipotesi rimediali, tenuto conto della posizione espressa sul punto dall'arbitro bancario (in linea con la giurisprudenza di merito maggioritaria sul punto) e del contrario orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità nel corso del tempo, fino al riportato arresto delle Sezioni Unite. Da segnalare il riferimento all'inefficacia, sotto il profilo rimediale, già contenuto in quelle pronunce con cui la Cassazione aveva avallato la teoria della nullità sopravvenuta (v. in particolare, **Cass. civ. 22 aprile 2000, n. 5286**, ma unicamente in termini subordinati rispetto a quest'ultima, e senza che fosse specificato alcunché circa il suo funzionamento). In altre pronunce la Corte, pur richiamando - direttamente o meno - il principio di diritto espresso da Cass. civ. 22 aprile 2000, n. 5286, cit., in tema di invalidità della clausola divenuta usuraria, sottolinea con maggior decisione il ricorso all'inefficacia e alla sua operatività *ex nunc*, tralasciando ogni riferimento alla validità della pattuizione, pur non arrivando ad un'organica elaborazione dell'istituto e del suo funzionamento, affermandosi che la sopravvenienza della L. n. 108/1996 non può influire sulla validità dei contratti conclusi antecedentemente ad essa, potendo solamente implicare l'inefficacia *ex nunc* delle clausole di questi ultimi richiamando a giustificazione il solo art. 1339 c.c., che dovrebbe comportare l'assoggettamento del regolamento contrattuale "all'efficacia della clausola imperativa da detta norma imposta, la quale sostituisce o integra per l'avvenire la clausola difforme, relativamente agli effetti che il contratto dovrà produrre e non ha ancora prodotto" (cfr. **Cass. civ. 13 giugno 2002, n. 8442**; **Cass. civ. 18 settembre 2003, n. 13739**; **Cass. civ. 25 febbraio 2005, n. 4092**; **Cass. civ. 31 gennaio 2006, n. 2740** e **Cass. civ. 17 agosto 2016, n. 17150**).

Interessi moratori e calcolo del tasso soglia usurario

Altro nodo gordiano in materia di usura è quello relativo alla questione dell'applicabilità o meno della disciplina antiusura agli interessi moratori - è stato infine affrontato dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza Cass. civ., SS.UU., n. 19597 del 18 settembre 2020, resa a seguito di rimessione di questione di massima di particolare importanza riguardante la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori, con necessità di valutare se il principio di simmetria e la sua applicazione consentisse o meno di escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio.

Concettualmente esiste una fondamentale differenza tra interessi corrispettivi e interessi moratori: i primi hanno la funzione, appunto, di corrispettivo per l'uso del denaro altrui; i secondi hanno la funzione di risarcimento del danno inflitto al creditore per il ritardo nell'adempiimento dell'obbligazione pecuniaria, come sancito dal codice civile del 1942 secondo cui l'infruttuosa scadenza del termine rappresenta l'unico presupposto per la decorrenza degli interessi di mora.

In dottrina si è, da parte di taluni, dubitato che la distinzione tra interessi corrispettivi e moratori conservasse una propria giustificazione in presenza di un credito esigibile, atteso che in tale ipotesi la decorrenza degli interessi sarebbe conseguenza automatica del ritardo inflitto al creditore nel godimento del proprio denaro e che esso avrebbero dunque funzione remunerativa della mancata percezione dei frutti e della protratta disponibilità della somma in capo al debitore pur dopo la scadenza del termine per la restituzione. Altro orientamento ritiene che gli

Itinerari della giurisprudenza

Lo stato della giurisprudenza

interessi moratori presuppongono l'imputabilità del ritardo nell'adempimento in capo al debitore a titolo di dolo o di colpa, a differenza di quanto accade con gli interessi corrispettivi.

La giurisprudenza ha rimarcato la diversità di funzione tra interessi corrispettivi ed interessi moratori (**Cass. civ. 15 ottobre 2015, n. 20868**) già sotto il profilo processuale, affermando che la domanda di corresponsione degli interessi non accompagnata da alcuna particolare qualificazione va intesa come rivolta al conseguimento soltanto degli interessi corrispettivi, laddove la natura risarcitoria degli interessi di mora presuppone l'accertamento del colpevole ritardo del debitore o la sua costituzione in mora (**Cass. civ. 23 gennaio 2008, n. 1377**).

La questione centrale attiene dunque alla verifica della applicabilità agli interessi moratori della disciplina predisposta per gli interessi corrispettivi, atteso che per un verso l'art. 644 c.p. reca il letterale riferimento ad utilità, interessi o altri vantaggi erogati a titolo di corrispettivo e, per altro verso, l'art. 2, L. n. 108/1996 postula il rinvio a remunerazioni a qualsiasi titolo e ad interessi promessi, o comunque convenuti, a qualsiasi titolo.

Uno degli orientamenti giurisprudenziali sviluppatosi sulla questione, asserisce l'irrilevanza degli interessi moratori ai fini della disciplina antiusura (**Trib. Roma, sent., 19 settembre 2019; Trib. Roma, sent., 5 agosto 2019; Trib. Roma, sent., 18 luglio 2019; Trib. Roma, sent., 28 febbraio 2019; Trib. Roma, sent., 5 novembre 2018; Trib. Milano, sent., 31 maggio 2019; Trib. Milano, sent., 5 aprile 2019; Trib. Milano, sent., 29 novembre 2016; Trib. Milano, sent., 6 giugno 2018; nonché Trib. Modena, sent., 7 maggio 2019; Trib. Brescia, sent., 24 settembre 2019; Trib. Treviso, sent., 12 marzo 2019; Trib. Lucca, sent., 7 gennaio 2019**).

Tale tesi si fonda anzitutto sulla valorizzazione dell'argomento letterale di cui all'art. 644 c.p., che fa espresso riferimento alla corrispettività, non riferibile agli interessi di mora che ai sensi dell'art. 1224 c.c. hanno natura risarcitoria. Secondo i riportati orientamenti la dizione "a qualsiasi titolo" contenuta nell'art. 1, D.L. n. 394/2000 non si riferisce invero alla diversa natura degli interessi quanto piuttosto alle differenti possibilità di pattuizione di interessi corrispettivi *ultra legem*.

Secondo argomento adoperato a sostegno del riportato indirizzo è tratto dalla normativa sovranazionale e, segnatamente, dalla disciplina dettata con Dir. 2008/48/CE in materia di contratti di credito ai consumatori che, ai fini del calcolo del tasso annuo effettivo globale, determina il costo totale del credito escludendo espressamente l'interesse di mora, in quanto afferente alla fase patologica del rapporto e non alla funzione tipica della corrispettività.

Del resto, si è anche sostenuto da parte della giurisprudenza di merito citata, l'usurarietà degli interessi moratori determinerebbe l'effetto distorto di indurre il debitore a non adempiere, confidando nel fatto che, una volta accertato il superamento del tasso-soglia, potrebbe giovare del radicale "azzeramento" di qualsivoglia interesse, restando obbligato alla restituzione del solo capitale.

In definitiva gli orientamenti di merito indicati hanno fatto leva sulla diversità di funzione degli interessi moratori rispetto ai corrispettivi, sul principio di simmetria, che impone di non tener conto di voci di costo non contemplate ai fini della rilevazione del TEGM, sul richiamo alla nuova formulazione dell'art. 1284, comma 4, c.c.

La posizione dell'ABF

L'ABF è da tempo orientato nel ritenere che non possono essere assoggettati alla disciplina relativa agli interessi usurari elementi di costo che non sono contemplati nella composizione del tasso soglia, in ossequio a un principio di perfetta simmetria tra le voci di costo del singolo rapporto e quelle prese in considerazione nelle rilevazioni della Banca d'Italia ai fini di cui al comma 1 dell'art. 2, L. n. 108/1996. Secondo tale assunto estendere il calcolo del tasso soglia anche agli interessi moratori equivarrebbe a dichiararne il disvalore ed a renderli non meritevoli di tutela, dovendosi per contro provvedere a ridurli alla stregua del criterio tipizzato dall'art. 1384 c.c., tenendo altresì conto nella riduzione del rapporto quantitativo tra interessi corrispettivi ed interessi moratori come pattuiti (**Coll. coord. 30 aprile 2014, n. 2666**).

Diverso orientamento sostiene, per contro, la rilevanza degli interessi moratori ai fini della disciplina antiusura facendo leva sull'argomento testuale dell'art. 644 c.p. e sul principio di omnicomprensività, che imporrebbe di ricomprendere tutti i costi del credito ai fini della valutazione di usurarietà.

Ulteriore questione è quella relativa al criterio da seguire per la rilevazione dell'usurarietà degli interessi moratori, atteso che la formulazione dell'art. 120, comma 2, lett. b), T.U.B. [74] sembra avallare la possibilità di calcolo degli interessi moratori sulla rata insoluta comprensiva degli interessi corrispettivi, così operandosi un cumulo tra le due specie di interessi inteso nella duplice alternativa opzione di somma algebrica tra i due fattori ovvero di differenziale, inteso quale somma tra rata non pagata, parte degli interessi corrispettivi ed interesse moratorio.

Itinerari della giurisprudenza

Gli orientamenti della giurisprudenza di merito

Come subito si vedrà, l'opzione per una delle alternative di cui sopra determina specifiche ricadute in termini rimediali: invero se la comparazione con il tasso-soglia deve essere effettuata separatamente per le diverse categorie di interessi dovrebbe applicarsi la sanzione di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. ai soli interessi moratori, ferma rimanendo la debenza di quelli corrispettivi. Viceversa se si ritiene che gli interessi moratori rientrino tra le voci di costo al fine della verifica dell'usurarietà, la sanzione di nullità dovrebbe essere estesa a tutte le voci di costo.

Nella giurisprudenza di merito, nel senso della caducazione dei soli interessi moratori si sono pronunciati **Trib. Como 11 ottobre 2017**; **Trib. Santa Maria Capua Vetere 23 febbraio 2016**; **Trib. Venezia 15 ottobre 2014**; **Trib. Reggio Emilia 24 febbraio 2015**; **Trib. Milano 28 gennaio 2014**; **Trib. Milano 22 maggio 2014**; **Trib. Milano 8 marzo 2016**; **Trib. Lecce 25 settembre 2015**; **Trib. Chieti 23 aprile 2015**; **Trib. Trani 10 marzo 2014**; **Trib. Taranto 17 ottobre 2014**; **Trib. Ferrara 16 dicembre 2015**; **Trib. Bologna 24 febbraio 2016**; **Trib. Ivrea 26 febbraio 2016**; **Trib. Padova 27 aprile 2016**; **Trib. Napoli 20 giugno 2016**; **Trib. Agrigento 20 giugno 2016**; **Trib. Napoli 17 gennaio 2017**.

In senso opposto, ovvero ritenendosi l'azzeramento degli interessi sia moratori che corrispettivi, con diritto del creditore alla restituzione del solo capitale, si sono invece espressi **App. Venezia 18 febbraio 2013**; **App. Roma 7 luglio 2016**; **Trib. Padova 13 maggio 2014**; **Trib. Parma 25 luglio 2014**; **Trib. Udine 26 settembre 2014**; **Trib. Pavia 10 dicembre 2014**; **Trib. Torino 20 giugno 2015**; **Trib. Rovereto 30 giugno 2015**; **Trib. Massa 23 marzo 2016**.

L'indirizzo della Corte di cassazione

Nella giurisprudenza di legittimità, la tesi della computabilità degli interessi moratori nel calcolo dell'usurarietà è stata sostenuta anzitutto da **Cass. civ. 22 aprile 2000, n. 5286** (conf. **Cass. civ. 4 aprile 2003, n. 5324**; **Cass. civ. 25 gennaio 2011, n. 1748** e **Cass. civ. 9 gennaio 2013, n. 350**), fondata sul duplice argomento della omogeneità del trattamento degli interessi pur nella diversità della funzione (ricavata dal disposto di cui all'art. 1224 c.c.) e sul dato letterale dell'art. 644 c.p. che non distingue tra emolumenti dovuti ai fini del computo dell'usurarietà.

Anche il giudice delle leggi, chiamato nel 2002 (**Corte cost. n. 29/2002**) a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, D.L. n. 394/2000, ritenne che "il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del D.L. n. 394 del 2000, agli interessi 'a qualunque titolo convenuti' rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori".

Diverge dai precedenti orientamenti **Cass. civ. 11 gennaio 2013, n. 602** secondo cui, a seguito di declaratoria di nullità della clausola contemplante interessi (corrispettivi o moratori) usurari, questi ultimi devono essere automaticamente sostituiti (ai sensi del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.) dai tassi soglia previsti per i diversi periodi. Con successiva pronuncia (**Cass. civ. 30 ottobre 2018, n. 27442**), si è optato per la rilevanza ai fini antiusura degli interessi moratori, argomentando che alcuna norma vieta che tra gli interessi usurari possano essere collocati anche gli interessi moratori e che la differenza tra interessi corrispettivi ed interessi moratori non riguarda la funzione, che è sempre quella di remunerare il differimento del godimento di una somma nel tempo, ma la fonte.

Ancora di nullità limitata alla sola clausola afferente al patto sugli interessi moratori si discute in **Cass. civ. 13 settembre 2019, n. 22890**, richiamandosi il precedente pronunciamento di **Cass. civ. 15 settembre 2017, n. 21470** ove si era affermato "l'art. 1815, comma 2, c.c., nel prevedere la nullità della clausola relativa agli interessi, ove questi siano usurari, intende per clausola la singola disposizione pattizia che contempra interessi eccedenti il tasso soglia, indipendentemente dal fatto che essa esaurisca la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto. La sanzione dell'art. 1815, comma 2, c.c., dunque, non può che colpire la singola pattuizione che programmi la corresponsione di interessi usurari, non investendo le ulteriori disposizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi che usurari non siano".

La logica entro la quale pare muoversi questa pronuncia è, dunque, quella della valutazione separata, a fini usurari, delle singole clausole che disciplinano "tassi applicabili in ragione di diverse condizioni".

La giurisprudenza di legittimità più recente

Analogamente, **Cass. civ. 28 giugno 2019, n. 17447** ha sostenuto che i due tassi (corrispettivo e moratorio) "non si possano sommare semplicemente perché si riferiscono a basi di calcolo diverse: il tasso corrispettivo si calcola sul capitale residuo, il tasso di mora si calcola sulla rata scaduta" e **Cass. civ. 17 ottobre 2019, n. 26286** ha ribadito che la determinazione convenzionale del tasso di interesse moratorio integra gli estremi di una clausola penale, in

Itinerari della giurisprudenza

quanto liquidazione anticipata del danno da ritardo nell'adempimento, adducendo che per determinare l'usurarietà degli interessi moratori si dovrà prendere in considerazione il tasso d'interesse moratorio applicabile al singolo rapporto e rapportarlo a un "tasso soglia di mora", calcolato sommando al TEGM la maggiorazione di 2,1 punti percentuali, riportata nelle istruzioni della Banca d'Italia.

In questo modo si perverrà ad un risultato assimilabile a quello prospettato da **Cass. civ., SS.UU., n. 16303 del 2018** in tema di commissione di massimo scoperto, con identificazione di un tasso soglia quantitativamente diverso da quello adoperato ai fini della valutazione di usurarietà degli interessi corrispettivi.

Ripercorrendo l'*iter* degli orientamenti giurisprudenziali di legittimità, già con sentenza **Cass. civ. n. 27442 del 2018** si era ritenuta la riconducibilità degli interessi convenzionali di mora, al pari di quelli corrispettivi, alla disciplina dell'usura, da ciò derivando che il superamento da parte di essi del tasso soglia avrebbe determinato l'insorgere di usura oggettiva. In tale decisione si era anche evidenziato che "nonostante l'identica funzione sostanziale degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, l'applicazione dell'art. 1815, comma secondo, cod. civ. agli interessi moratori usurari non sembra sostenibile, atteso che la norma si riferisce solo agli interessi corrispettivi, e considerato che la causa degli uni e degli altri è pur sempre diversa: il che rende ragionevole, in presenza di interessi convenzionali moratori usurari, di fronte alla nullità della clausola, attribuire secondo le norme generali al danneggiato gli interessi al tasso legale".

La Corte di legittimità (cfr., soprattutto, **Cass. civ. 17 ottobre 2019, n. 26286**) aveva ancora ritenuto la non cumulabilità tra interessi corrispettivi ed interessi moratori in ragione della loro alternatività, adducendosi che qualora il debitore non fosse in ritardo nell'adempimento doveva corrispondere solo gli interessi corrispettivi, laddove per il caso di sopraggiunto ritardo nell'adempimento esso fosse tenuto alla corresponsione degli interessi moratori, da ciò derivando l'impossibilità di semplice sommatoria dei tassi perché aventi basi di calcolo diverse: il primo operando sul capitale residuo ed il secondo sulla rata scaduta e non onorata. Ciò nondimeno, dovendosi procedere ad una valutazione unitaria del saggio d'interessi concretamente applicato, "il tasso soglia di mora" era stato ritenuto sommabile al "tasso soglia" ordinario.

Anche la giurisprudenza sovranazionale (**Corte di Giustizia, Sez. VI, 19 dicembre 2019, n. C-290/19**) aveva ritenuto che "l'articolo 10, paragrafo 2, lettera g), della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, come modificata dalla direttiva 2011/90/UE della Commissione, del 14 novembre 2011, deve essere interpretato nel senso che osta a che, in un contratto di credito al consumo, il tasso annuo effettivo globale sia espresso non da un tasso unico, ma mediante un intervallo che rinvia ad un tasso minimo e ad un tasso massimo".

Infine l'Arbitro Bancario (**Coll. coordinamento ABF n. 22746/2019**) ha espresso un pronunciamento secondo cui "ai fini della valutazione di manifesta eccessività dell'interesse moratorio convenuto tra le parti assume decisivo rilievo nei contratti di credito al consumatore, insieme a elementi di giudizio ricavabili da dati statistici e da elementi circostanziali, la valutazione complessiva degli interessi delle parti in chiave di correttezza e buona fede. Resta ferma, a fronte della nullità della relativa clausola contrattuale, l'applicazione - in luogo del tasso convenuto fra le parti - dell'interesse corrispettivo a norma dell'art. 1224 c.c."

L'arresto della Sezioni Unite n. 19597 del 2020

Con la sentenza **Cass. civ., SS.UU., n. 19597 del 2020** le Sezioni Unite hanno affrontato e fornito una soluzione alle questioni relative all'assoggettamento degli interessi di mora alla normativa antiusura, all'individuazione del tasso soglia applicabile ed alle conseguenze della usurarietà degli interessi moratori, altresì valutando se dovesse riguardarsi a quelli pattuiti in astratto ovvero a quelli concretamente applicati.

Con riguardo alla prima delle evidenziate questioni il giudice di legittimità ha ritenuto che il concetto di interesse usurario e la sua disciplina, anche sanzionatoria, non costituiscono fattispecie estranea all'interesse moratorio, al fine della compiuta tutela del debitore, così affermandosi che gli interessi moratori, in quanto espressamente *ex ante* convenuti, costituiscono voce di debito per il soggetto finanziato. La ratio sottesa è quella della tutela migliore del debitore, avendo altresì le Sezioni Unite stabilito che la mancata indicazione, nell'ambito del TEGM, degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, potendo essi costituire ove essi ne contengano la rilevazione statistica, utile indicazione statistica, idonea a determinare la soglia rilevante.

Operativamente, avendo a riferimento i decreti ministeriali che, negli anni più recenti, prevedono uno spread tra il TEGM e la misura del tasso soglia usurario, determinato con la predetta maggiorazione (aumento di un quarto dei tassi medi, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali: art. 2, comma 2, D.M. 17 dicembre 2017, attuando la L. n. 108 del 1996, art.

2, comma 4, così anche nella fattispecie in esame facendosi applicazione del principio di simmetria.

Nella pronuncia si è altresì affrontato il problema delle conseguenze derivanti dalla pattuizione tra le parti di un tasso moratorio sopra soglia, addivenendo il Supremo Collegio ad escludere nettamente la sanzione della nullità della pattuizione (ritenuta incongrua a favore del debitore) ed a ritenere l'applicabilità nel caso di specie della regola generale di cui all'art. 1224 c.c., commisurandosi il risarcimento del danno da ritardo alla misura degli interessi corrispettivi. Tale soluzione valorizza la circostanza che dall'usurarietà dei soli interessi moratori non si deve desumere la totale gratuità del contratto di mutuo, tanto privilegiando irragionevolmente, con la gratuità del finanziamento, proprio il debitore che non adempie all'obbligo restitutorio su di lui gravante. Opinare diversamente condurrebbe al risultato che proprio un comportamento patologico nella esecuzione del contratto, quale è l'inadempimento, determini addirittura un vantaggio patrimoniale per il debitore stesso (*ex multis Trib. Taranto 17 ottobre 2014; Trib. Chieti 23 aprile 2015; Trib. Chieti 3 ottobre 2017 e Trib. Locri 3 marzo 2018*).

Tale rinnovata applicazione del principio di simmetria è desumibile altresì dal fatto che l'onere probatorio incombe sul debitore che, per il caso di contestata debenza o usurarietà degli interessi pattuiti, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del TEGM nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento, incombendo per contro sulla controparte l'onere di allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto.

Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo

a cura di Alessio Scarcella

EQUO PROCESSO

RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 1° ottobre 2020 (dec.) - Mediani c. Italia (ricorso n. 11036/14) (1). (Violazione dell'art. 6 della Convenzione: Irrricevibilità)

IN FATTO

Il caso, deciso il 1° ottobre u.s., trae origine da un ricorso (n. 11036/14) contro l'Italia, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione e.d.u., da Francesco Mediani, un cittadino italiano residente a Portoferraio (Livorno). Nel 1986 la Provincia di Livorno riconosceva al Mediani l'avanzamento di uno scatto stipendiale più elevato all'interno dell'autorità amministrativa per la quale aveva lavorato, ma tale decisione veniva annullata dal comitato regionale di sorveglianza ("il comitato"). Il Mediani presentava ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Toscana (TAR), che, nel 1997, lo accoglieva. Tuttavia, nel 1998, la Provincia di Livorno, basando la sua decisione su un parere negativo della commissione, revocava l'avanzamento del Mediani al più elevato livello stipendiale. Il ricorrente presentava quindi un nuovo ricorso al Tribunale amministrativo regionale, che si pronunciava nuovamente in suo favore. Nel 2004, dopo che la Provincia di Livorno aveva nuovamente revocato la decisione di avanzamento del Mediani, il Mediani proponeva un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Secondo le informazioni contenute nel fascicolo, il ricorso risultava ancora pendente l'11 dicembre 2018.

MOTIVO DI RICORSO

Rivolgendosi alla Corte di Strasburgo, il ricorrente, basandosi sull'articolo 6 par. 1 (diritto a un equo processo entro un termine ragionevole), si lamentava della durata del procedimento relativo al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il ricorso veniva depositato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 17 febbraio 2014.

IN DIRITTO

26. La Corte rammenta, in via preliminare, che ha già esaminato il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella decisione relativa alla causa Nardella c. Italia ((dec.), n. 45814/99, CEDU 1999 VII). Essa aveva ritenuto che le disposizioni della Convenzione non si applicassero al ricorso in questione e

che quest'ultimo dovesse essere considerato una via di ricorso straordinaria, il cui esaurimento non era richiesto per soddisfare le esigenze dell'articolo 35 della Convenzione.

27. La Corte considera doversi analizzare più in dettaglio la questione, alla luce delle evoluzioni di cui è stato oggetto il presente ricorso.

In particolare, rilevando che la legislazione era stata modificata nel 2009 e nel 2010, la Corte ha ritenuto le modifiche apportate al rimedio in questione dovevano essere esaminate in maniera più dettagliata. A tal fine ha notato quanto segue. A seguito dell'emanazione della l. 69/2009, ricorso straordinario viene adottato con decreto emanato dal Presidente della Repubblica che recepisce un parere del Consiglio di Stato. Secondo la giurisprudenza nazionale, questa nuova disposizione prevede che il parere del Consiglio di Stato sia vincolante, con la conseguenza che si trasmette la natura "giurisdizionale" del parere emesso dal giudice amministrativo di grado più alto anche al decreto emanato dal Presidente della Repubblica. Il decreto legislativo 104/2010 indicava inoltre chiaramente che poteva essere presentato ricorso straordinario in relazione a qualsiasi materia che rientri nella giurisdizione dei tribunali amministrativi. Quindi, questo rimedio può essere utilizzato sistematicamente come alternativa, a tutti gli effetti, a un ricorso giudiziario ordinario. Inoltre, l'articolo 48 di tale Decreto ha confermato la natura "giurisdizionale" del ricorso straordinario e ha introdotto una salvaguardia procedurale per le altre parti, offrendo l'opzione a tutte le parti interessate o di accettare la scelta dell'altra parte di presentare ricorso al Presidente della Repubblica o di opporsi e chiedere che il ricorso sia esaminato dai tribunali amministrativi. Quindi il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica aveva somiglianze - pur rimanendo distinto - con quella che può essere considerata come un'istanza diretta al Consiglio di Stato senza passare per alcuna fase intermedia. La Corte costituzionale aveva anche ammesso che il Consiglio di Stato possa sollevare una questione di costituzionalità se il ricorso straordinario non possa essere deciso indipendentemente dalla decisione di tale questione. Infine, la Corte EDU ha osservato che i giudici nazionali avevano precedentemente riconosciuto che, in caso di mancata esecuzione del decreto presidenziale, l'interessato è legittimato a proporre un'istanza di esecuzione (il cosiddetto giudizio di ottemperanza) presso il tribunale amministrativo regionale competente come avviene per una sentenza del giudice amministrativo. Inoltre, può essere presentata una domanda di annullamento contro il decreto presidenziale.

Per tutte le ragioni sopra esposte, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 69/

(1) La sentenza, non tradotta ufficialmente in lingua italiana, è comunque reperibile in lingua francese sul sito della Corte di

Strasburgo al seguente link: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-204810"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

2009 e dal D.lgs. 104/2010, il risultato finale delle modifiche al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica era che lo stesso costituiva un ricorso "giurisdizionale" ai fini dell'articolo 6 del Convenzione. Da qui, a partire dal 16 settembre 2010, data di entrata in vigore del D.lgs. 104/2010, l'articolo 6 della Convenzione era applicabile ai ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, a condizione che il procedimento in cui è stato esercitato il rimedio riguardasse una controversia concernente "diritti e doveri civili". Di conseguenza, quando la durata del procedimento è eccessiva, ai ricorrenti è richiesto, prima di presentare il ricorso alla Corte CEDU, di presentare domanda di risarcimento ai sensi della legge "Pinto" alla Corte d'Appello competente, al fine di dare ai giudici nazionali l'opportunità di esaminare la questione. Nella fattispecie, il 13 luglio 2004 il Mediani aveva presentato ricorso al Presidente della Repubblica. Tuttavia, secondo la giurisprudenza dei giudici nazionali, la natura "giurisdizionale" di tali ricorsi, secondo le nuove regole, trovava applicazione solo se erano state depositate dal 16 settembre 2010 in poi. Inoltre, il Mediani non aveva presentato ricorso *ex lege* "Pinto" alla Corte d'appello in merito alla presunta durata eccessiva del procedimento. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che, al momento della presentazione del ricorso, il rimedio in questione non rientrava ancora nell'ambito di applicazione della nuova procedura del ricorso straordinario. Ribadendo quanto già affermato nel caso Nardella c. Italia, sopra citato, la Corte ha quindi ritenuto il ricorso incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione ai sensi dell'articolo 35 par. 3 e ha ritenuto che lo stesso doveva essere respinto in conformità con l'articolo 35 par. 4 della Convenzione.

Nota

La Prima sezione della Corte, nella decisione 1° ottobre 2020, resa nel caso *Mediani c. Italia* (n. 11036/14), in cui si discuteva della doglianza sollevata da un nostro concittadino circa il ritardo nella decisione di un ricorso straordinario al Capo dello Stato, presentato nel 2004 ed ancora pendente alla data del 31 dicembre 2018, lo ha dichiarato, all'unanimità, irricevibile, escludendo la violazione dell'art. 6, par. 1 (diritto alla ragionevole durata del processo), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La causa riguardava la durata del procedimento relativo ad un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il ricorrente, che aveva presentato ricorso nel 2004 per impugnare la decisione di revoca dell'avanzamento ad uno scatto stipendiale più elevato, lamentava il fatto che il procedimento fosse ancora pendente alla data del dicembre 2018. Aveva quindi proposto ricorso dinanzi alla CEDU a norma dell'art. 6, par. 1 (diritto a un equo processo entro un termine ragionevole). La Corte di Strasburgo ha osservato che nel caso Nardella c. Italia aveva ritenuto che le disposizioni della Convenzione non fossero applicabili ai ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica. Tuttavia, rilevando che la legislazione relativa a tali ricorsi era stata modificata nel 2009 (con la L. n. 69 del 2009) e nel 2010 (D.lgs. n. 104/2010), la Corte ha ritenuto che, a partire dal 16 settembre 2010, l'art. 6 della Convenzione trovava applicazione a tali ricorsi nella misura in cui il procedimento riguardava una controversia su "diritti e doveri civili". La Corte ha anche specificato che, laddove la durata di tali procedimenti sia eccessiva, i ricorrenti, prima di adire la Corte EDU, sono tenuti a presentare domanda di risarcimento *ex lege* "Pinto" alla competente Corte d'appello, al fine di consentire ai giudici nazionali l'opportunità di esaminare la questione. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che, all'epoca dei fatti, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non rientrasse ancora nell'ambito di applicazione della nuova procedura prevista per i predetti ricorsi. Poiché il ricorrente aveva

presentato il suo ricorso il 13 luglio 2004, cioè prima del 16 settembre 2010 - il suo ricorso rientrava nell'ambito di applicazione della giurisprudenza stabilita nel caso Nardella, sopra citato. Il tema è noto, ma pare opportuno un inquadramento giuridico. La decisione della Corte di Strasburgo, al di là del caso concreto esaminato, è utile per un pur sintetico inquadramento normativo e giurisprudenziale. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica rappresenta uno strumento di impugnazione, esperibile per i soli vizi di legittimità sui provvedimenti amministrativi definitivi (art. 8, d.P.R. n. 1199/1971). Il termine *straordinario* si riferisce al fatto che lo stesso è, in alcuni casi, l'unico strumento amministrativo, concesso alle parti, per veder accordate le loro richieste. È utile osservare come tale rimedio è alternativo al ricorso giurisdizionale in quanto richiesto lo stesso, non sarà più possibile adire la giurisdizione amministrativa. Ciò in quanto il formulato parere rappresenta già una tutela effettiva, per il cittadino. Tale impostazione si conferma, leggendo l'art. 8, d.P.R. n. 1199/1971, nella quale si evidenzia che: "Quando l'atto sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, non è ammesso il ricorso straordinario da parte dello stesso interessato". Tale caratteristica, rende così difficile la possibilità di contrasti tra giudicati sulla medesima questione. Il termine per spiegare il rimedio, è di centoventi giorni dalla notificazione del provvedimento da impugnare oppure dall'avvenuta conoscenza dello stesso. La prassi di cui si compone il procedimento è essenzialmente semplice, in quanto depositato il ricorso, nelle competenti sedi, l'istruttoria è eseguita dal Ministero competente e dal parere espresso dal Consiglio di Stato. Tale organo, per le sue esplicite finalità istituzionali, è competente a conoscere i differenti settori della realtà amministrativa, in relazione alle questioni proposte dalle parti. Per tale ragione, il Supremo Tribunale della Giustizia Amministrativa, non solo si presenta nella sua qualità di ente *super partes* alle questioni, ma è anche in grado di porre in essere ogni possibile riscontro utile all'istruttoria (art. 11, d.P.R. n. 1199/1971). Il procedimento, si uniforma ai principi di tipicità, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa, che sono alla base di ogni attività dell'amministrazione. Questi, si possono rinvenire sia nell'art. 97 Cost. sia nell'art. 1, D.lgs. n. 104/2010, circa l'effettività e l'efficienza dell'azione amministrativa. Terminata tale fase, il ricorso viene deciso, con decreto, dal Presidente della Repubblica. Il parere espresso, ai sensi dell'art. 69, L. n. 69/2009, ha natura vincolante. Tale modello, alternativo al ricorso giurisdizionale, per costante dottrina giuridica, è sempre stato considerato come avente natura *amministrativa*. Ciò, in quanto si considera il rimedio, differente per procedura, dai tipici modelli giurisdizionali. Però, è utile osservare come, a seguito della L. n. 69/2009 e dell'introduzione del D.lgs. n. 104/2010, questo ha assunto natura *giurisdizionale*. Sul punto, la Corte costituzionale con la pronuncia n. 73 del 2014, confermata anche dall'ordinanza n. 7 del 2015, evidenzia che: "L'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l'art. 69, comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l'art. 14, d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che 'La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato'. L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un 'giudizio', quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della

legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953". Difatti, l'art. 7, comma 8, D.Lgs. n. 104/2010, introdotto sui principi della L. n. 69/2009, viene a confermare, come tale mezzo, è inquadrabile nello schema giurisdizionale con il sottolineare che: "il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa". Lo strumento consentito, dall'ordinamento giuridico, avverso tale decisione è dato dalla revocazione ordinaria, ai sensi dell'art. 395 c.p.c. Ciò si desume, leggendo l'art. 15, d.P.R. n. 1199/1971 il quale ribadisce che: "I decreti del Presidente della Repubblica che decidono i ricorsi straordinari possono essere impugnati per revocazione nei casi previsti dall'art. 395 del codice di procedura civile. 2. Nei casi previsti nei numeri 4 e 5 dell'art. 395 del codice di procedura civile il ricorso per revocazione deve essere proposto nel termine di sessanta giorni dalla data della notificazione o della comunicazione in via amministrativa o della pubblicazione del decreto impugnato nei modi stabiliti dai regolamenti particolari delle singole amministrazioni; negli altri casi il termine di sessanta giorni decorre dal giorno della scoperta o dell'accertamento del dolo o della falsità o del recupero dei documenti". Il mutamento della natura del ricorso (da amministrativa a giurisdizionale) per effetto delle modifiche normative operate a cavallo del 2009/2010, dunque, giustifica la possibilità di inquadrare il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel campo di applicazione dell'art. 6 della CEDU quanto al principio della ragionevole durata del processo. La giurisprudenza di Strasburgo, del resto, aveva avuto occasione di pronunciarsi sulla questione con la richiamata decisione emessa nel più volte richiamato caso *Nardella c. Italia* (dec.), 28 settembre 1999, n. 45814/99. La Corte EDU ricostruisce in quella decisione la disciplina dell'istituto del ricorso straordinario come rimedio speciale ed esclude che esso - del ritardo nella cui decisione il ricorrente si doleva nel caso di specie - ricada nell'ambito di applicazione della Convenzione. Per la stessa ragione osserva che il ricorso al Presidente della Repubblica non rientra fra quelli che devono essere esperiti previamente al ricorso *ex art. 35* della Convenzione stessa. Ciò premesso, nella pronuncia è sottolineato come, optando per il gravame speciale del ricorso straordinario, il ricorrente (che pure è stato informato della possibilità di proporre il ricorso giurisdizionale) sceglie esso stesso di esperire un rimedio che si pone fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione. Sulla base dei medesimi argomenti e richiamando il caso *Nardella*, nel caso *Nasalli Rocca c. Italia* (dec.), 31 marzo 2005, n. 8162/02, la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso proposto a essa dal ricorrente che aveva preventivamente esposto le sue ragioni in alcune lettere al Presidente della Repubblica. La Corte osserva che tali lettere, anche a volerle considerare equivalenti a un rimedio straordinario, non ricadono comunque nella sfera di applicazione dell'art. 35 della Convenzione. Particolarmente significativo è che alle stesse conclusioni la Corte di Strasburgo pervenga nel caso *Tarantino e altri c. Italia*, 2 aprile 2013, nn. 25851/09, 29284/09 e 64090/09, successivo quindi alla riforma del 2009, dove ribadisce che la parte ricorrente, "presentando un appello speciale al Presidente della Repubblica nel 2007, non ha avviato un procedimento contenzioso del tipo descritto all'articolo 6 della Convenzione (si veda *Nardella c. Italia* (dec.), n. 45814/99, CEDU 1999-VII, e *Nasalli Rocca* (dec.), sopra citata), e che, pertanto, la disposizione non è applicabile" (par. 62).

Si noti, tuttavia, che la giurisdizionalizzazione "piena" - su cui la stessa Corte EDU basa la propria decisione di inammissibilità

del ricorso proposto dal Mediani nella vicenda qui esaminata - che caratterizzerebbe oggi il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, non costituisce però un approdo così sicuro nella nostra giurisprudenza interna. Il riferimento è, in particolare, ad una recente decisione del Massimo organo di Giustizia Amministrativa (Cons. Stato, sez. I, 12 novembre 2019, n. 2848), che - nell'affermare il principio secondo cui l'art. 49, comma 1, R.D. n. 444 del 1942 (a mente del quale "gli affari sui quali è chiesto parere non possono essere discussi con l'intervento degli interessati o dei loro rappresentanti o consulenti"), non contrasta con l'art. 6 Cedu alla luce della lettura che ne ha dato la giurisprudenza nazionale e la Corte EDU -, ha chiarito che la "giurisdizionalizzazione" del ricorso straordinario al Capo dello Stato non determina la totale equiparabilità ai rimedi giurisdizionali in considerazione della specificità e della sommarietà della procedura originata dal ricorso straordinario, a confronto con quella disciplinata dal codice del processo amministrativo. L'equiparazione alla giurisdizione non "può dirsi piena", soprattutto con riferimento al modello di istruttoria previsto dal d.P.R. n. 1199 del 1971, che è basato sull'affidamento dell'indagine e dell'acquisizione degli atti rilevanti in capo alle strutture ministeriali, senza contraddittorio orale con le parti. Ha ancora ricordato che, anche la Corte Costituzionale - che già si era espressa nel senso che "al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analogo udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta" (Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80) - con la sentenza 9 febbraio 2018 n. 24 ha affrontato nuovamente e trasversalmente la questione dell'applicabilità delle regole convenzionali in tema di equo processo. Per la Corte "il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è, come noto, rimedio alternativo al ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo, spettando al ricorrente di scegliere liberamente fra l'una e l'altra via, con l'unica conseguenza che una volta scelta una non è più possibile intraprendere l'altra, e salva restando naturalmente la facoltà dei controinteressati di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario eventualmente prescelto dal ricorrente". E "del resto, che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si traggano conclusioni negative sulla riferibilità alla decisione del ricorso straordinario delle garanzie convenzionali in tema di equo processo è confermato dalle pronunce nelle quali la stessa Corte si è direttamente occupata di questo particolare rimedio. Ciò è avvenuto in tre occasioni, e in due delle quali proprio con specifico riferimento alla previsione dell'art. 6 della CEDU" (Corte cost. 9 febbraio 2018, n. 24).

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE

ALUNNO CON DISABILITÀ E MANCANZA DELL'INSEGNANTE DI SOSTEGNO

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 10 settembre 2020 - G.L. c. Italia (ricorso n. 59751/15) (2). (Violazione dell'art. 2, Protocollo n. 1 alla Convenzione: sussistenza; Violazione dell'art. 14 della Convenzione: sussistenza).

(2) La sentenza, non tradotta ufficialmente in lingua italiana, è comunque reperibile in lingua francese sul sito della Corte di

Strasburgo al seguente link: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/##%22itemid%22:%22001-204322%22>

IN FATTO

Il caso, deciso il 10 settembre u.s., trae origine da un ricorso (n. 59751/15) contro l'Italia, presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione e.d. u., da G.L., una ragazzina italiana oggi sedicenne, residente ad Eboli (Italia).

Dal momento in cui ha iniziato la scuola materna nel 2007, G.L. ha ricevuto supporto didattico per 24 ore a settimana da un insegnante di sostegno con assistenza specializzata, ai sensi della l. n. 104 del 1992, al fine di migliorare la sua inclusione e socializzazione - a scuola e in classe - e anche la sua autonomia. Tuttavia, questa assistenza specializzata è stata interrotta durante il suo primo anno di scuola primaria (2010-2011), al termine del quale lo ha ripetuto. Nell'agosto 2011 e nel gennaio 2012, i genitori della ragazza hanno chiesto due volte al Comune di Eboli di assicurarsi che la loro figlia ricevesse ancora una volta l'assistenza specializzata prevista dalla legge, ma l'autorità comunale non aveva risposto alla loro richiesta. Da gennaio 2012 i genitori hanno pagato l'assistenza privata specializzata per la figlia affinché lei potesse ricevere il sostegno per l'apprendimento. Due mesi dopo, l'autorità li aveva informati che sarebbe stato difficile ripristinare l'assistenza specialistica fornita dallo Stato. Nel maggio 2012 i genitori si sono rivolti al tribunale amministrativo e hanno chiesto che l'autorità comunale fosse condannata a risarcire la figlia per il mancato rispetto del suo diritto a ricevere l'assistenza specializzata prevista dalla legge. Il loro ricorso era stato respinto nel novembre 2012. Contro la sentenza, i genitori hanno presentato appello dinanzi al Consiglio di Stato, che nel maggio 2015 lo ha respinto.

MOTIVO DI RICORSO

Rivolgendosi alla Corte di Strasburgo, il ricorrente, basandosi in particolare sull'articolo 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n. 1 (diritto all'istruzione) alla Convenzione EDU, G.L. si lamentava di aver ricevuto l'assistenza specialistica prevista dalla legge, tramite insegnante di sostegno, per due anni scolastici. Aveva anche sostenuto che l'Italia fosse venuta meno al suo obbligo positivo di garantire pari opportunità ai disabili. Il ricorso veniva depositato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 24 novembre 2015.

IN DIRITTO

La Corte di Strasburgo, nell'esaminare i profili di doglianza, ha anzitutto rilevato che l'ordinamento giuridico italiano garantisce il diritto all'istruzione ai bambini con disabilità sotto forma di istruzione inclusiva nelle scuole ordinarie. In Italia, tutti i bambini vengono iscritti ad un tipo di scuola per tutta la durata della scuola dell'obbligo: i bambini con disabilità vengono integrati nelle classi ordinarie della scuola statale, e lo Stato ha istituito servizi psico-pedagogici per assicurare la presenza in queste classi di un "insegnante di sostegno", che coordinare il lavoro degli assistenti, lavora con l'insegnante di classe e condivide la responsabilità per la classe. Nel caso di specie, tuttavia, G.L. lamentava di non aver ricevuto per due anni scolastici consecutivi l'assistenza specialistica prevista per legge. Per quanto riguarda il rifiuto delle autorità di fornire a G.L. l'assistenza specializzata tra il 2010 e il 2012, il Governo italiano aveva tentato di fornire come giustificazione, il fatto che le autorità non disponevano di risorse finanziarie sufficienti. Il Governo aveva anche sostenuto che l'amministrazione scolastica aveva costituito, a proprie spese, l'assistenza specializzata, fornita dai dipendenti della scuola. Secondo le

informazioni nel fascicolo, la scuola aveva speso 476,56 euro per i servizi forniti da sei persone durante un anno scolastico.

La Corte ha ritenuto che G.L. non aveva potuto continuare a frequentare la scuola primaria in condizioni equivalenti a quelle di cui godono gli studenti non disabili e che tale differenza di trattamento era dovuta alla sua disabilità. Quindi, per due anni scolastici, a parte l'assistenza privata pagata dai genitori di G.L. e alcuni interventi da parte dei dipendenti della scuola, di cui il Governo non aveva fornito alcun dettaglio, G.L. non aveva ricevuto l'assistenza specializzata alla quale aveva diritto e che avrebbe dovuto consentirle di beneficiare del programma educativo e di strutture sociali alle stesse condizioni degli altri alunni. Per quanto riguarda i procedimenti dinanzi ai giudici amministrativi, questi ultimi avevano ritenuto che la mancanza di risorse finanziarie aveva giustificato la mancata fornitura dell'assistenza specializzata, senza accertare però se le autorità avessero assicurato un giusto equilibrio tra le esigenze educative di G.L. e la capacità limitata dell'amministrazione scolastica di soddisfarle o se le accuse di G.L. circa la discriminazione di cui era stato oggetto fosse o meno fondata. In particolare, non avevano accertato se le restrizioni di bilancio invocate dalle autorità avevano avuto lo stesso impatto sull'offerta di istruzione per bambini non disabili e disabili. In nessun momento le autorità nazionali avevano considerato la possibilità che la mancanza di risorse o l'eccezionale necessità di dare priorità alla cura delle persone sofferenti di una condizione grave avrebbe potuto essere compensata, non da adattamenti ragionevoli a garantire pari opportunità per i bambini con disabilità, ma mediante una riduzione dell'offerta educativa a disposizione, in modo che fosse distribuita equamente tra alunni non disabili e disabili, come la Corte di Cassazione aveva già sottolineato nelle sue sentenze. La Corte EDU ha quindi rilevato che, tenuto conto del modello di educazione inclusiva adottato in Italia, dove tutti gli alunni sono iscritti alle stesse classi, e alla luce della giurisprudenza della Corte di cassazione, qualunque restrizione di bilancio doveva avere un impatto equivalente sull'offerta di istruzione, allo stesso modo per i disabili e per i non disabili. Ha anche ribadito che, ai sensi dell'articolo 15 della Carta sociale europea (riveduta), gli Stati devono "favorire la loro completa integrazione e partecipazione alla vita sociale mediante misure, compresi i presidi tecnici, volte a sormontare gli ostacoli alla comunicazione ed alla mobilità ed a consentire loro di avere accesso ai trasporti, all'abitazione, alle attività culturali e del tempo libero". Quindi G.L. avrebbe dovuto beneficiare dell'assistenza specializzata per promuovere la sua autonomia e comunicazione personale e per migliorare il suo apprendimento, la sua interazione con gli altri e la sua integrazione a scuola, al fine di evitare il rischio di essere emarginata.

In conclusione, le autorità non avevano cercato di individuare i reali bisogni della ragazza e di provvedere ad un sostegno su misura nei suoi confronti, al fine di consentirle di continuare la sua istruzione primaria in condizioni tali da essere, per quanto possibile, equivalente a quelle in cui altri bambini hanno frequentato la stessa scuola, senza imporre un onere sproporzionato o indebito all'amministrazione scolastica. La discriminazione subita dalla giovane era tanto più grave in quanto avvenuta nel contesto dell'istruzione primaria, che costituisce la base dell'educazione dei bambini e dell'integrazione sociale, al fine di offrire ai bambini la loro prima esperienza di convivenza in una comunità, e che è obbligatoria nella maggior parte dei paesi. Il Governo non aveva quindi dimostrato che le autorità nazionali avessero reagito con la necessaria diligenza per assicurare a G.L. il godimento del suo diritto

Osservatori

all'istruzione alla pari degli altri alunni, in modo da trovare un giusto equilibrio tra gli interessi in conflitto. C'era stata quindi una violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n. 1. Per quanto concerne la c.d. equa soddisfazione, a norma dell'art. 41, la Corte EDU ha condannato l'Italia a corrispondere alla ricorrente la somma di 2.520 euro a titolo di danno patrimoniale e di 10.000 euro per danni morali, oltre alla somma di 4.175 euro per i costi e le spese sostenute. Si segnala, infine, che il giudice Woktyczek ha espresso un'opinione separata che è allegata alla sentenza.

Nota

La Prima sezione della Corte, nella sentenza 10 settembre 2020, resa nel caso *G.L. c. Italia* (n. 59751/15), in cui si discuteva della legittimità delle decisioni dei giudici amministrativi che avevano respinto le richieste di risarcimento presentate dai genitori di una ragazza affetta da autismo, che si era vista negare l'insegnante di sostegno per i primi due anni della scuola primaria, nonostante ciò fosse previsto per legge, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto, all'unanimità, che c'era stata una violazione dell'art. 2, Prot. n. 1 (diritto all'istruzione), in combinato disposto con l'art. 13 (divieto di discriminazione), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso era stato originato dalla denuncia di una ragazza affetta da autismo non verbale (G.L.), cui era stato negato il sostegno all'apprendimento specializzato durante i primi due anni dell'istruzione primaria (tra il 2010 e il 2012) anche se il sostegno era previsto dalla legge. Il Governo italiano si era giustificato, in particolare, sulla mancanza di risorse finanziarie. La Corte EDU ha riscontrato che G.L. non aveva potuto continuare a frequentare la scuola primaria in modo equivalente e alle condizioni disponibili per altri bambini e che questa differenza fosse dovuta alla sua disabilità. Le autorità non avevano cercato di comprendere le reali esigenze della giovane e di fornire un sostegno su misura per consentirle di continuare la sua istruzione primaria in condizioni che, per quanto possibile, fossero equivalenti a quelle in cui altri bambini avevano frequentato la stessa scuola. In particolare, le autorità non avevano mai valutato la possibilità che una mancanza di risorse potesse essere compensata da una riduzione dell'offerta educativa complessiva, in modo da distribuirla equamente tra alunni non disabili e disabili. La Corte ha inoltre osservato che la discriminazione subita dalla ragazza era tanto più grave in quanto era avvenuta nel contesto dell'istruzione primaria, che costituiva il fondamento dell'educazione e integrazione sociale del bambino, dando ai bambini la loro prima esperienza di convivenza in una comunità. Due, dunque, i principi affermati, uno relativo all'art. 2, Prot. n. 1 (Viola il principio di non discriminazione ed il diritto all'istruzione lo Stato che non assicura ad un bambino disabile - durante i suoi primi due anni di scuola primaria - di beneficiare del tutoraggio specializzato previsto dalla legge) e, l'altro, relativo alla violazione dell'art. 14 Convenzione EDU (Il campo di applicazione dell'art. 14 include non solo il divieto di discriminazione basata sulla disabilità, ma anche l'obbligo degli Stati di garantire "soluzioni ragionevoli" in grado di correggere le disuguaglianze fattuali che, non potendo essere giustificate, costituiscono una discriminazione). La vicenda costituisce un utile spunto per svolgere alcune riflessioni sul tema nell'ordinamento italiano. Come è noto, infatti, l'insegnante di sostegno è un docente specializzato che viene assegnato alla classe dove è presente un alunno disabile con lo scopo di favorirne l'inclusione. La sua figura è stata introdotta nella scuola dell'obbligo italiana ai sensi della L. 4 agosto 1977, n. 517, art. 7, in materia di "Norme sulla valutazione degli alunni e

sull'abolizione degli esami di riparazione nonché altre norme di modifica dell'ordinamento scolastico", così finalmente dando attuazione alla previsione della Costituzione Italiana che gettava le fondamenta della c.d. scuola inclusiva (art. 34 Cost.). L'istruzione, quindi, deve essere garantita, obbligatoria (per almeno otto anni) e gratuita per tutti e lo Stato ha il compito di rimuovere ciò che ostacola la libertà e il pieno sviluppo delle persone. Su questi principi fondamentali è stata fondata la figura dell'insegnante di sostegno, regolamentata successivamente dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104. L'insegnante di sostegno è definito come una figura il cui ruolo è rivolto all'intera classe in cui è iscritto l'alunno con disabilità. Nel 2009 l'Italia ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, secondo la quale le persone con disabilità devono ricevere il sostegno necessario all'interno del sistema educativo. Questa Convenzione, fondata sul modello ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health* del 2002), prevede che l'insegnante di sostegno intervenga sulle varie componenti della salute, lavorando non solo con l'alunno ma anche e soprattutto sui fattori contestuali. Tale figura è stata da ultimo ridefinita dal D.Lgs. 13 aprile 2017, n. 66, che riconosce l'insegnante di sostegno come un docente, presente nelle scuole dell'ordinamento scolastico italiano, specializzato nella didattica speciale per l'integrazione di alunni con disabilità certificata. L'importanza della didattica "inclusiva" e delle conseguenze discriminatorie derivanti dalla mancata attuazione del "sostegno", del resto, è stata anche di recente ribadita dalle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, che hanno affermato come la predisposizione di un piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, che abbia indicato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di *handicap* particolarmente grave, priva l'amministrazione scolastica del potere discrezionale di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura del supporto integrativo come individuato dal detto piano. L'Amministrazione ha, di conseguenza, il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno interessato, del personale docente specializzato, anche ricorrendo all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti-alunni. Ove si verifici l'omissione o l'insufficienza nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, della sua attività doverosa si configura la contrazione di un diritto fondamentale del disabile che si concretizza, ove non sia accompagnata da una equivalente contrazione dell'offerta formativa riservata agli alunni normodotati, in una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2, L. n. 67 del 2006, per tale intendendosi pure il comportamento omissivo della P.A. preposta all'organizzazione del servizio scolastico che metta la bambina od il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni (Cass. Civ., SS.UU., ord. n. 25101 del 8 ottobre 2019, in *CED*, Rv. 655502 - 01, che, risolvendo un conflitto di giurisdizione, ha statuito che la giurisdizione in materia spetta, pertanto, al giudice ordinario, senza che il ricorrente debba esplicitamente dedurre nella sua domanda di tutela l'esistenza di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione interessata). Si tratta di un'evoluzione, legislativa e giurisprudenziale, che ben giustifica l'approdo cui è pervenuta la Corte EDU nella vicenda qui esaminata, approdo peraltro scontato in quanto già "sotto traccia" ben visibile nella giurisprudenza della stessa Corte EDU. Ed invero, la Corte di Strasburgo ha già avuto modo di notare che, in una società democratica, il diritto all'istruzione è essenziale per la realizzazione dei diritti

umani e occupa un posto fondamentale (*Velyo Velez c. Bulgaria*, 27 maggio 2014, n. 16032/07, par. 33), e che l'educazione è una delle componenti più importanti in uno stato moderno. Tuttavia, riconosce anche che è un servizio complesso da organizzare e costoso da gestire, e le risorse che le autorità possono dedicarvi sono necessariamente limitate. È anche vero che quando decide come regolare l'accesso all'istruzione, lo Stato deve assicurare un equilibrio, da un lato, tra i bisogni educativi delle persone sotto la sua giurisdizione e, dall'altro, con la sua limitata capacità di risposta. Tuttavia, la Corte EDU non ignora il fatto che, a differenza di altri servizi pubblici, l'istruzione è un diritto protetto direttamente dalla Convenzione. La Corte EDU ribadisce dunque che, nell'interpretazione e applicazione dell'art. 2, Prot. n. 1, si deve tenere presente che la Convenzione dovrebbe essere letta complessivamente, ed essere interpretata in modo da promuoverne la coerenza interna e l'armonia tra le sue varie disposizioni (*Stec e altri c. Regno Unito (dec.)* [GC], 12 aprile 2006, nn. 65731/01 e 65900/01, par. 48; *Austin e altri c. Regno Unito* [GC], 15 marzo 2012, nn. 39692/09 e altri 2, par. 54). Pertanto, l'art. 2, Prot. n. 1 deve essere interpretato alla luce, in particolare, dell'articolo 8 della Convenzione, che sancisce il diritto di qualsiasi persona "al rispetto della sua vita privata" (*Catan e altri c. Repubblica di Moldova e Russia* [GC], 19 ottobre 2012, nn. 43370/04 e altri 2, parr. 136 e 143). La Corte afferma di regola che nell'interpretazione e applicazione dell'art. 2, Prot. n. 1, si deve tener conto di tutte le regole e principi di diritto internazionale applicabili ai rapporti tra le parti contraenti e che la Convenzione dovrebbe essere interpretata per quanto possibile in modo da essere compatibile con altre norme di diritto internazionale, di cui è parte integrante (*ibidem*, par. 136). Si deve quindi tenere conto delle disposizioni relative al diritto all'istruzione enunciate nei vari strumenti, quali la Carta sociale europea riveduta o la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (*Timichev c. Russia*, 13 dicembre 2005, n. 55762/00 e 55974/00, par. 64; *Catan e altri*, sopra citata, par. 136; *Çam c. Turchia*, 23 febbraio 2016, n. 51500/08, par. 53). Con riguardo al divieto di cui all'art. 14 della Convenzione, la Corte è solita poi ribadire che la discriminazione consiste nel trattare in modo diverso senza giustificazione oggettiva e ragionevole delle persone poste in situazioni comparabili e che il trattamento diverso è privo di "giustificazione oggettiva e ragionevole" quando non persegue un "obiettivo legittimo" o che non vi sia "una relazione ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito" (*Biao c. Danimarca* [GC], 24 maggio 2016, n. 38590/10, par. 90 e par. 93; *Molla Sali c. Grecia* [GC], 19 dicembre 2018, n. 20452/14, parr. 135-136; *Çam c. Turchia*, citata, par. 54). Tuttavia, l'art. 14 non vieta ad uno Stato membro di trattare i gruppi in modo differenziato per correggere le "disuguaglianze di fatto" tra di loro esistenti; infatti, in certe circostanze, è l'assenza di un trattamento differenziale per correggere una disuguaglianza che può, se non è basata su una giustificazione oggettiva e ragionevole, violare di questa disposizione (si vedano, tra le altre sentenze, *Guberina c. Croazia*, 22 marzo 2016, n. 23682/13, par. 72). Inoltre, gli Stati contraenti hanno un certo margine di apprezzamento nel determinare se e in quale misura delle differenze tra le situazioni, sotto altri aspetti analoghe, giustificano una disparità di trattamento (*Vallianatos ed altri c. Grecia* [GC], 7 novem-

bre 2013, nn. 29381/09 e 32684/09, par. 76). Quando si esamina un caso ai sensi dell'art. 14 della Convenzione, la Corte deve tener conto degli sviluppi del diritto internazionale ed europeo e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere a questi livelli per quanto riguarda gli *standard* da raggiungere (si veda, *mutatis mutandis: Konstantin Markin c. Russia* [GC], 22 marzo 2012, n. 30078/06, par. 126; *Fabris c. Francia* [GC], 7 febbraio 2013, n. 16574/08, par. 56). Occorre in ciò percepire l'importanza, nell'esercizio del diritto all'istruzione, dei principi fondamentali di universalità e non discriminazione, che sono stati sanciti ripetutamente in testi internazionali (si vedano, in particolare, le fonti di diritto internazionale rilevanti, ai parr. 20-31 della sentenza qui commentata). La Corte EDU sottolinea inoltre che è riconosciuto in questi strumenti come l'educazione inclusiva è il mezzo più appropriato per garantire questi principi fondamentali, che mira a promuovere pari opportunità per tutti e in particolare per le persone con handicap (*Çam, supra citata*, par. 64, con i riferimenti ivi contenuti). L'istruzione inclusiva è quindi senza dubbio una componente della responsabilità internazionale degli Stati in quest'area (*Enver Şahin c. Turchia*, 30 gennaio 2018, n. 23065/12, par. 62). Da ultimo, la Corte è solita ricordare inoltre che quando una restrizione dei diritti fondamentali si applica a una particolare categoria di soggetti vulnerabili che in passato hanno subito gravi discriminazioni, il margine di apprezzamento a disposizione dello Stato è quindi notevolmente ridotto e solo considerazioni molto forti devono indurlo ad applicare la restrizione in questione. La Corte ha già individuato alcune categorie vulnerabili, vittime di trattamenti diversi a causa delle loro caratteristiche o della loro situazione, in particolare, la loro disabilità (*Glor c. Svizzera*, 30 aprile 2009, n. 13444/04, par. 84; *Alajos Kiss c. Ungheria*, 20 maggio 2010, n. 38832/06, par. 42; *Kiyutin c. Russia*, 10 marzo 2011, n. 2700/10, par. 63; *Guberina, supra*, par. 73). Inoltre, tutte le azioni relative ai bambini con disabilità devono perseguire l'interesse superiore del minore in via prioritaria (par. 34 della sentenza qui commentata; art. 7 par. 2 della CRPD). Tuttavia, in ogni caso, indipendentemente dal margine di apprezzamento dello Stato, la Corte deve pronunciarsi in ultima istanza sul rispetto dei requisiti della Convenzione (vedi, tra gli altri, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], 22 marzo 2012, n. 30078/06, par. 126).

RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE

AFFIDAMENTO DEL MINORE AD ALTRA FAMIGLIA PER PRESERVARNE LO SVILUPPO PSICOLOGICO

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 30 giugno 2020 (dec.) - E.C. c. Italia (ricorso n. 82314/17) (3). (Violazione dell'art. 8 della Convenzione: irricevibilità) (omissis)

INTRODUZIONE

1. Il ricorso riguarda la dedotta violazione del diritto al rispetto della vita familiare della ricorrente a causa del collocamento di suo figlio, sedicenne, in una famiglia affidataria. La ricorrente invoca l'articolo 8 della Convenzione.

(3) La sentenza, tradotta ufficialmente in lingua italiana dal Ministero della Giustizia, è reperibile al seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU287367&previousPage=mg_1_20.

IN FATTO

2. La ricorrente, sig.ra E.C., è una cittadina italiana nata nel 1962 e residente a G. Dinanzi alla Corte è stata rappresentata dall'avvocato A. Sisti, del foro di Varese.
3. Il governo italiano ("il Governo") è stato rappresentato dal suo ex agente, E. Spatafora, e poi dal suo ex co-agente, M.G. Civinini.
4. La ricorrente è la madre di E. e di A., nati rispettivamente nel 1997 e nel 1999.
5. In una data non precisata nel fascicolo, la figlia maggiore della ricorrente, E., sparse denuncia per abusi sessuali contro uno zio paterno. A seguito di questa denuncia, il procuratore presso il tribunale per i minorenni di Milano ("il tribunale") chiese che fosse effettuata un'indagine psicosociale sulla figlia della ricorrente. Nel giugno 2014, i servizi sociali avviarono un esame della situazione dei figli della ricorrente e dei loro genitori.
6. Nell'ambito dell'indagine psicosociale richiesta dal procuratore, i servizi sociali incontrarono il fratello di E., A., che all'epoca aveva 14 anni.
7. Nel luglio 2014, E. informò i servizi sociali che, da alcune settimane, lei e suo fratello vivevano, con l'accordo dei loro genitori, nella casa della coppia M.M., genitori di uno dei compagni di scuola di A.
8. Tra luglio 2014 e marzo 2015, i servizi sociali incontrarono E. e A. circa quindici volte. Ogni volta i minori dichiararono di non voler ritornare a casa dei loro genitori perché si sarebbero sentiti molto più protetti e ascoltati nella famiglia che li ospitava.
9. Nell'autunno 2014 i servizi sociali organizzarono cinque colloqui di mediazione con i minori, i loro genitori e la loro famiglia di accoglienza al fine di gestire al meglio i rapporti tra di loro attraverso incontri e colloqui telefonici.
10. Secondo l'indagine psico-sociale, esisteva un profondo conflitto tra E., A. e i loro genitori; questo conflitto era stato accentuato dalla denuncia per stupro di E. contro suo zio; E. si sentiva abbandonata e delusa dai suoi genitori, colpevoli, a suo parere, di averla mandata, assieme a suo fratello, a dormire a casa dello zio paterno ogni fine settimana da quando aveva otto anni; i genitori di E. ignoravano le sue esigenze; E. aveva affermato che il padre la picchiava; i minori descrivevano il padre come una persona che perdeva il controllo senza motivo e che spesso scatenava su di loro la sua frustrazione; indicavano anche che la madre era passiva e sottomessa al marito.
11. Sempre secondo l'indagine psicosociale, E. era delusa dall'atteggiamento dei suoi genitori nei suoi confronti, soprattutto dopo aver presentato la denuncia contro suo zio; i suoi genitori non le avevano mai chiesto cosa fosse successo, ma le ricordavano sempre che a causa sua dovevano spendere molti soldi per pagare il suo avvocato; E. aveva trovato conforto nella famiglia che l'aveva accolta.
12. L'indagine psicosociale rilevò anche che A. aveva indicato di essersi integrato bene nella famiglia di accoglienza, che suo padre a volte lo schiaffeggiava, soprattutto quando era nervoso, che aveva un rapporto migliore con sua madre perché lei lo avrebbe ascoltato di più, e che era deluso dal fatto che i suoi genitori non avessero sostenuto sua sorella quando lei aveva sporto denuncia contro lo zio.
13. Nella loro relazione del 16 febbraio 2015, i servizi sociali chiesero al tribunale di adottare misure concrete per proteggere il minore A.
14. Il 5 marzo 2015 il procuratore chiese al tribunale di dichiarare la decadenza della ricorrente e di suo marito dalla potestà genitoriale, di affidare la custodia dei due minori al comune e di collocarli presso una famiglia affidataria.
15. Con decisione del 13 marzo 2015, il tribunale affidò la custodia di E. e A. al comune di G.S. con affidamento presso la coppia M.M. I servizi sociali erano incaricati di regolamentare le relazioni tra i minori e i loro genitori e di effettuare una perizia psicologica sui due minori. Il tribunale sottolineò che la ricorrente e suo marito erano incapaci di mostrare empatia per E. e che non erano in grado di comprendere le esigenze di A.
16. E. divenne maggiorenne nel marzo 2015.
17. All'udienza del 24 aprile 2015 dinanzi al tribunale, A. dichiarò che i suoi genitori non andavano a trovarlo da mesi e che li vedeva solo quando andava a casa loro per prendere dei vestiti. Dichiarò di non volerli più incontrare a causa del loro atteggiamento nei confronti di ciò che stava accadendo alla loro famiglia, di voler passare gli anni seguenti con la famiglia M.M. e che, da quando viveva con questa famiglia affidataria, si sentiva meglio perché non avrebbe più avuto paura di rientrare a casa, contrariamente a quanto accadeva prima.
18. Il 15 maggio 2015 furono sentiti la ricorrente e suo marito. Essi sostennero di non essere a conoscenza di ciò che era accaduto ad E. perché quest'ultima non avrebbe mai detto nulla a loro. La ricorrente e suo marito acconsentirono che i figli rimanessero presso la famiglia M.M. fino al termine dell'anno scolastico.
19. Il 4 agosto 2015 la ricorrente e suo marito chiesero una perizia sullo stato di salute psicologico di A. e il 29 novembre 2015 chiesero il ritorno del figlio a casa loro.
20. Il 3 dicembre 2015, il tribunale, dopo aver sottolineato che non vi era alcun elemento che deponesse a favore del ritorno di A. a casa dei suoi genitori, chiese ai servizi sociali di regolamentare gli incontri tra la ricorrente, suo marito e A. in modo diverso.
21. Il 27 aprile 2016, la ricorrente e suo marito chiesero nuovamente che A. ritornasse a vivere con loro e sollecitarono una nuova audizione di quest'ultimo da parte del giudice.
22. Il 4 maggio 2016 fu depositato in tribunale un rapporto dei servizi sociali. In questo rapporto, i servizi sociali rilevavano che A. era al secondo anno di formazione professionale come meccanico e stava ottenendo ottimi risultati. Indicavano che A. continuava ad avere contatti telefonici bisettimanali con i suoi genitori, ma che, su sua richiesta, gli incontri tra lui e i suoi genitori si erano interrotti nel febbraio 2015 a seguito di un episodio che aveva avuto delle conseguenze sull'allontanamento affettivo ed emotivo che esisteva tra loro. I servizi sociali rilevavano che A. si era integrato bene nella sua famiglia affidataria, aveva riacquisito fiducia in sé stesso ed era più aperto nelle relazioni interpersonali. Rilevavano che la ricorrente e suo marito si recavano agli incontri organizzati, che erano delusi dal fatto che non vedevano il figlio da molto tempo, e che attribuivano il rifiuto di A. di incontrarli all'influenza della sorella, sostenuta in questo atteggiamento, a loro avviso, dalla famiglia affidataria. Secondo i servizi sociali, la ricorrente e suo marito sembravano non ammettere di avere difficoltà nel rapporto con il loro figlio.
23. Il 30 maggio 2016 fu inviato al tribunale un rapporto sullo stato psicologico di A. Secondo il rapporto, A. soffriva di un senso di solitudine dovuto alla mancanza di affetto dei suoi genitori biologici; era ben integrato nella famiglia affidataria e aveva fiducia nei coniugi che lo avevano preso in carico. Voleva prendere le distanze dalla sua famiglia naturale perché i suoi genitori non gli avrebbero mostrato abbastanza affetto e manifestava nei loro confronti una collera lucida a causa del "loro comportamento di ricatto e di negligenza affettivi". A. stava seguendo una formazione professionale e voleva iniziare a lavorare il più presto possibile. Il rapporto concludeva che A.

non soffriva di alcun problema psicologico che richiedesse un supporto psicoterapeutico.

24. Durante l'audizione del 6 giugno 2016 dinanzi al tribunale, la ricorrente e suo marito dissero di avere due contatti telefonici alla settimana con il figlio. Attribuivano questa situazione all'inerzia dei servizi sociali e al comportamento, a loro avviso, ostruzionista della famiglia affidataria di A., e rifiutavano comunque di prendere in considerazione la possibilità che il loro figlio non volesse semplicemente incontrarli.

25. L'assistente sociale indicò che A. non voleva più rispondere alle telefonate dei suoi genitori perché si ricordava della situazione di grande trascuratezza e di abbandono che avrebbe subito nella sua famiglia biologica. Precisò che aveva tentato una mediazione che aveva avuto un esito negativo. Suggerì, quindi, di verificare regolarmente se vi fossero delle condizioni favorevoli a un riavvicinamento tra A. e i suoi genitori, precisando che il minore seguiva anche una terapia psicologica. Quanto al percorso di sostegno per la ricorrente, l'assistente sociale dichiarò che era stato temporaneamente interrotto, ma che sarebbe stato ripreso.

26. Il 30 novembre 2016 la ricorrente e suo marito chiesero la chiusura del procedimento.

27. L'audizione della famiglia affidataria fu fissata per l'udienza del 10 febbraio 2017. L'avvocato della ricorrente e di suo marito ricevette la convocazione e chiese che le parti fossero autorizzate a partecipare. Tuttavia, il tribunale autorizzò solo la presenza dell'avvocato. Tale decisione non fu contestata. L'avvocato della ricorrente e di suo marito partecipò all'udienza e non sollevò la questione del rigetto della richiesta di partecipazione delle parti. Lo stesso giorno l'avvocato richiese copia degli atti e del verbale dell'udienza. Il contenuto delle dichiarazioni dei genitori affidatari di A. non fu contestato.

28. All'udienza del 10 febbraio 2017, alla quale erano presenti l'assistente sociale e l'avvocato dei genitori biologici di A., la madre della famiglia affidataria affermò che il minore stava bene, il che fu confermato anche dall'assistente che fece riferimento ai buoni risultati scolastici di quest'ultimo, alla prosecuzione dei suoi incontri con la psicologa e al suo reiterato rifiuto di incontrare i suoi genitori e di rispondere alle loro telefonate. L'assistente sociale riferì anche una diminuzione del sentimento di collera provato da A. nei confronti dei suoi genitori biologici come risultato del suo percorso psicologico, anche se A. continuava a rifiutarsi di vedere i suoi genitori, a causa della mancanza di sostegno da parte di questi ultimi nei confronti di sua sorella per quanto riguardava gli abusi che lei diceva di aver subito.

29. All'udienza del 26 maggio 2017 A. confermò al giudice di sentirsi bene nella sua famiglia affidataria e dichiarò di non voler più mantenere i rapporti con i genitori.

30. Con decisione definitiva del 15 settembre 2017, tenuto conto del fatto che A. era divenuto maggiorenne, il tribunale revocò la sua precedente decisione e chiuse il procedimento.

31. Con sentenza del 7 dicembre 2016, il tribunale di Busto Arsizio assolse lo zio dei minori dichiarando che il fatto non sussiste. Il tribunale rilevò che le dichiarazioni di E. erano contraddittorie e non provate. Dal fascicolo risulta che quest'ultima, a partire dal 2017, ha ristabilito il rapporto con la ricorrente.

IL QUADRO GIURIDICO E LA PRASSI PERTINENTE

32. Il diritto interno pertinente è descritto nella sentenza R.V. e altri c. Italia (n. 37748/13, par. 65-69, 18 luglio 2019).

MOTIVI DI RICORSO

33. Invocando l'articolo 8, la ricorrente lamenta che le autorità non hanno messo in atto vere e proprie misure di sostegno a favore di A. e non hanno preso in considerazione il ritorno del figlio a casa sua.

IN DIRITTO

34. La ricorrente rimprovera alle autorità italiane di non aver adottato delle misure positive per permettere il ritorno del figlio a casa. Invoca l'articolo 8 della Convenzione, così formulato:

"1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.".

A. Tesi delle parti

1. Il Governo

35. Il Governo afferma innanzitutto che la ricorrente e suo marito hanno acconsentito a che A. e sua sorella E. fossero collocati presso una famiglia affidataria, dopo che E. aveva presentato una denuncia per stupro e abuso sessuale contro lo zio paterno e in totale assenza di sostegno da parte della sua famiglia in tale azione. Secondo il Governo, questa situazione, vissuta in modo drammatico dai ragazzi, che si sono sentiti privati di ogni fiducia e protezione, è stato l'evento scatenante di un allontanamento graduale e sempre più radicale di A. dai suoi genitori.

36. Il Governo sostiene che, a seguito della relazione redatta dai servizi sociali, il tribunale ha adottato delle misure di protezione nei confronti di A. il 13 marzo 2015, e assicura che, fino a tale data, A. e la ricorrente avevano avuto dei contatti regolari e che i loro contatti sono proseguiti nel 2015. Il Governo afferma che i rapporti tra la ricorrente e A. sono poi diventati sempre più difficili, nonostante gli sforzi di mediazione dei servizi sociali, il sostegno e la presa in carico psicoterapeutica del minore, che alla fine si è rifiutato risolutamente di incontrare e persino di parlare al telefono con i suoi genitori. In effetti, il Governo dichiara che, all'udienza del 26 maggio 2017, A. ha ribadito in modo molto chiaro davanti al tribunale di non volere più alcun contatto con i suoi genitori.

37. Secondo il Governo, le autorità, in particolare, hanno messo in atto un programma per aiutare la ricorrente e suo marito nel loro ruolo di genitori e hanno messo in atto una serie di misure di sostegno per tutte le persone interessate ma, tenuto conto del rifiuto di A., è stato deciso di non obbligare quest'ultimo, con misure coercitive, a incontrare la ricorrente. Inoltre, il Governo rammenta che, a partire dall'interruzione dei contatti nel 2016 e fino alla fine del procedimento, non vi è stata alcuna restrizione al diritto di visita della ricorrente. Il Governo sostiene che tutte le decisioni sono state prese nell'interesse superiore del minore e in conformità con la giurisprudenza della Corte.

38. Per quanto riguarda l'aspetto procedurale della causa, il Governo sostiene che il diritto della ricorrente a un processo equo è stato pienamente rispettato. In particolare, assicura che, con riferimento all'udienza del 10 febbraio 2017, fissata per l'audizione della coppia affidataria, l'avvocato della ricorrente ha partecipato all'udienza e non ha sollevato la questione della mancata partecipazione delle parti. Infine, il Governo

Osservatori

aggiunge che la ricorrente e il marito non hanno contestato le dichiarazioni della famiglia affidataria.

2. La ricorrente

39. La ricorrente contesta la versione dei fatti presentata dal Governo e sostiene che A. aveva deciso di andare a vivere presso la famiglia M.M. perché sarebbe stato innamorato della figlia della coppia e perché la coppia M.M. gli avrebbe impedito di avere contatti con lei e con suo marito. Secondo la ricorrente, le autorità nazionali non hanno agito in maniera sufficiente per preservare i legami familiari con suo figlio e non hanno adottato alcuna misura positiva per assicurare l'effettiva tutela del diritto al rispetto della loro vita familiare.

40. La ricorrente lamenta di non aver potuto partecipare con suo marito all'audizione della famiglia affidataria, il 10 febbraio 2017, e ritiene che ciò costituisca una evidente violazione dei diritti della difesa.

41. Inoltre, la ricorrente sostiene che non è stato effettuato alcun controllo nel merito, né da parte dei servizi sociali né da parte del tribunale. Accusa i servizi sociali di aver agito per facilitare e rafforzare il rapporto di A. con la sua famiglia affidataria piuttosto che il rapporto tra A. e i suoi genitori naturali. Ciò, secondo la ricorrente, è pregiudizievole per l'interesse superiore del minore e, in particolare, per il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

42. Infine, la ricorrente ritiene che il fallimento delle autorità competenti in materia abbia comportato la chiusura del procedimento a causa della maggiore età di A., mentre tale procedimento avrebbe dovuto, a suo avviso, concludersi con il ritorno a casa di A. prima che egli divenisse maggiorenne.

B. Valutazione della Corte

1. Principi generali

43. I principi generali applicabili sono ben consolidati nella giurisprudenza della Corte e, recentemente, sono stati ampiamente enunciati nella causa *Strand Lobben e altri c. Norvegia* [GC], n. 37283/13, parr. 202-213 10 settembre 2019.

44. La Corte rammenta che la ricerca dell'unità familiare e quella del ricongiungimento familiare in caso di separazione costituiscono delle considerazioni inerenti al diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'articolo 8. Di conseguenza, qualsiasi autorità pubblica che ordini una presa in carico avente l'effetto di limitare la vita familiare ha l'obbligo positivo di adottare le misure necessarie per riunire la famiglia biologica non appena ciò sia possibile. Inoltre, la decisione di presa in carico deve essere considerata una misura temporanea, da sospendere non appena le circostanze lo permettano, e qualsiasi atto di esecuzione deve essere coerente con uno scopo ultimo: unire nuovamente la famiglia biologica. L'obbligo positivo di adottare delle misure allo scopo di agevolare la riunione della famiglia appena ciò sia veramente possibile si impone alle autorità competenti fin dall'inizio del periodo di presa in carico, ma deve essere sempre bilanciato con il dovere di considerare l'interesse superiore del minore. Per di più, i legami tra i familiari e le chance di ricongiungimento con esito positivo saranno per forza di cose indeboliti se si pongono degli ostacoli che impediscono incontri facili e regolari tra gli interessati (*Strand Lobben e altri*, sopra citata, parr. 205 e 208).

45. La Corte rammenta che il diritto all'autonomia personale, insito nella nozione di "vita privata", che nel caso degli adulti comprende il diritto di scegliere come condurre la propria vita, a condizione di non violare ingiustificatamente i diritti e le libertà altrui, ha una portata diversa nel caso dei minori. Costoro, a differenza degli adulti, non hanno completa autonomia, ma sono comunque soggetti di diritti. I minori esercitano la loro autonomia limitata, che aumenta gradualmente man mano che maturano, attraverso il loro diritto di essere

consultati e ascoltati. Come precisato dall'articolo 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, il fanciullo che è capace di discernimento ha il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e il diritto che le stesse siano tenute in debita considerazione, in funzione della sua età e del suo grado di maturità e, in particolare, deve avere la possibilità di essere ascoltato in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi (*M. e M. c. Croazia*, n. 10161/13, par. 171, 3 dicembre 2015 e *M.K. c. Grecia*, n. 51312/16, par. 35, 1° febbraio 2018).

2. Applicazione di questi principi al caso di specie

46. La Corte ritiene che il punto decisivo nel caso di specie consista nello stabilire se le autorità nazionali abbiano adottato tutte le misure necessarie e appropriate che ragionevolmente si potevano loro richiedere affinché A. potesse condurre una vita familiare all'interno della sua famiglia d'origine.

47. Nella presente causa, la Corte rileva che il primo intervento dei servizi sociali risale al 2014 e che la ricorrente e suo marito hanno dato il loro consenso al collocamento volontario di A. e di sua sorella nella famiglia affidataria M.M. Successivamente, nel 2015, il tribunale ha ordinato l'affidamento di A. e di sua sorella, dopo aver constatato che i genitori non erano in grado di prendersi cura di loro (paragrafo 15 *supra*). All'epoca essi avevano, rispettivamente, 16 e quasi 18 anni.

48. La Corte rileva che l'affidamento dei minori deciso dal tribunale nel 2015 è stato motivato dall'incapacità affettiva, educativa e pedagogica dei genitori (si vedano, ad esempio, *Rampogna e Murgia c. Italia* (dec.), n. 40753/98, 11 maggio 1999, *M.G. e M.T.A. c. Italia* (dec.), n. 17421/02, 28 giugno 2005, *Kutzner c. Germania*, n. 46544/99, par. 68, CEDU 2002-I, par. 68, e *Barelli e altri c. Italia* (dec.), n. 15104/04, 27 aprile 2010).

49. La Corte rammenta che il tribunale aveva incaricato i servizi sociali di regolamentare le visite tra i minori e i loro genitori (paragrafo 15 *supra*) e osserva anche che durante il primo periodo di collocamento di A. nella famiglia di accoglienza, sono stati mantenuti i contatti tra lui e la ricorrente e che è stato messo in evidenza che le visite della ricorrente e di suo marito ai loro figli erano molto sporadiche (paragrafo 17 *supra*). Successivamente, il minore ha avuto esclusivamente dei contatti telefonici con la ricorrente sotto forma di due telefonate alla settimana, in quanto si rifiutava di incontrarla.

50. La Corte rileva, inoltre, che la necessità di mantenere i contatti tra la ricorrente, suo marito e i loro figli è stata una preoccupazione costante delle autorità e che l'evoluzione del rapporto genitori-figli era un elemento preso in considerazione dai giudici nazionali e dai servizi sociali nella loro decisione di mantenere la misura di affidamento.

51. La Corte osserva, poi, che la sospensione della potestà genitoriale della ricorrente e di suo marito, decisa nel 2015, è stata mantenuta dal tribunale fino al 2017: le autorità hanno constatato che A., che aveva quasi diciotto anni, era ben integrato nella sua famiglia affidataria e non voleva tornare nella casa familiare per il fatto che i suoi genitori non si erano presi cura di lui e di sua sorella, verso la quale non avevano mai mostrato alcuna empatia. Le autorità hanno anche constatato che, secondo lo psicologo, A. non soffriva di alcun problema psicologico che richiedesse un supporto psicoterapeutico (paragrafo 23 *supra*).

52. La Corte rammenta che non ha il compito di sostituire la propria valutazione a quella delle autorità nazionali competenti per quanto riguarda le misure che avrebbero dovuto essere adottate, in quanto queste ultime si trovano in una posizione migliore per effettuare tale valutazione, in particolare perché sono a diretto contatto con il contesto della causa e con le parti

interessate (*Reigado Ramos c. Portogallo*, n. 73229/01, par. 53, 22 novembre 2005).

53. La Corte constata che, nel caso di specie, le autorità sono intervenute offrendo alla ricorrente, a suo marito e ad A., un sostegno e un'assistenza concreti per aiutarli a superare le loro difficoltà (si vedano, a contrario, *Saviny c. Ucraina*, n. 39948/06, par. 57, 18 dicembre 2008, e *R.M.S. c. Spagna*, n. 28775/12, par. 86, 18 giugno 2013; si veda anche *Zhou c. Italia*, n. 33773/11, par. 58, 21 gennaio 2014), in un contesto complesso, in quanto A., che aveva 16 anni, viveva con la famiglia affidataria da molto prima del loro intervento.

54. La Corte rileva che sono state emesse due decisioni giudiziarie relative all'affidamento di A. Inoltre, constata che queste decisioni sono state prese dopo alcuni interventi dei servizi sociali volti a riunire la ricorrente ed A. attraverso, in particolare, un progetto di mediazione e un regolare controllo psicologico del minore.

55. La Corte rileva che emerge chiaramente dalla motivazione di queste diverse decisioni che il tribunale ha effettuato un esame attento e approfondito della situazione della ricorrente, di suo marito e di A. dopo aver preso in considerazione le richieste degli interessati. La misura di affidamento è stata decisa in considerazione delle condizioni psicologiche in cui si trovavano A. e sua sorella, delle privazioni affettive che costoro subivano e dell'incapacità dei genitori di prendersi cura di loro. Questa misura è stata successivamente mantenuta a causa del mancato miglioramento delle capacità genitoriali della ricorrente e di suo marito, nonché dell'insufficiente sviluppo dei rapporti tra la ricorrente e A.

56. La Corte sottolinea che, al momento dell'intervento dei servizi sociali nel 2014, A. e sua sorella vivevano già con la famiglia affidataria, e che la ricorrente e suo marito avevano acconsentito a questo collocamento. La Corte rileva inoltre che, per diversi mesi, le visite dei genitori ai loro figli sono state sporadiche e che, quando la ricorrente e suo marito hanno chiesto alle autorità, nell'agosto 2015, che A. ritornasse a vivere con loro e che tra loro vi fossero dei contatti, hanno dovuto affrontare il rifiuto di quest'ultimo di vederli e di ristabilire un rapporto con loro. La Corte rammenta a questo proposito che il tribunale ha preso in considerazione l'incapacità della ricorrente e di suo marito di esercitare il loro ruolo di genitori e il desiderio, espresso da A. ai servizi sociali in numerose occasioni, di non tornare più nella casa dei genitori, dove non viveva da molto tempo, e di non avere più contatti con i suoi genitori. La Corte ritiene che le decisioni adottate siano state accompagnate, in brevissimo tempo, dalle misure più idonee a consentire una valutazione precisa della situazione di A. e del suo rapporto con la ricorrente. In particolare, la Corte rammenta che la volontà espressa da un minore con sufficiente capacità di discernimento è un elemento chiave da prendere in considerazione in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi (*M. e M. c. Croazia*, sopra citata, par. 171 CEDU 2015 (estratti) e *M.K. c. Grecia*, sopra citata, par. 35). Il diritto di un minore di essere ascoltato e di partecipare al processo decisionale nei procedimenti familiari che lo riguardano in primo luogo è garantito da diversi strumenti giuridici internazionali (*M. e M. c. Croazia*, sopra citata, parr. 94-99 CEDU 2015 (estratti) e *M.K. c. Grecia*, sopra citata, parr. 46-50).

57. Secondo la Corte, i giudici nazionali hanno addotto motivi pertinenti per giustificare le loro decisioni relative all'affidamento e al diritto di visita: in queste condizioni, si può considerare che tali decisioni siano state adottate nell'interesse superiore del minore.

58. Inoltre, la Corte ritiene opportuno sottolineare che il compito delle autorità in questa materia rimane molto complesso, ma anche che A. ha costantemente espresso la sua volontà di non tornare a vivere nella sua famiglia d'origine. La Corte ribadisce che, nel caso di specie, tenuto conto della sua età e della sua maturità, è quindi difficile sostenere che il figlio della ricorrente non fosse capace di discernimento né di esprimere liberamente le proprie opinioni. Tali fattori non possono essere ignorati nella valutazione dell'atteggiamento delle autorità italiane, che hanno tenuto conto della situazione familiare nel suo complesso, dell'evoluzione di tale situazione nel tempo e dell'interesse superiore di A., che all'epoca aveva già compiuto 16 anni. A questo proposito, la Corte ribadisce che si impone la massima prudenza quando si deve ricorrere alla coercizione in questo ambito (*Mitrova e Savik contro l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, n. 42534/09, par. 77, 11 febbraio 2016, *Reigado Ramos*, sopra citata, n. 73229/01, par. 53, 22 novembre 2005), soprattutto nei confronti di minori la cui maturità consiglia di tenere conto della loro volontà.

59. Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che le autorità nazionali, meglio posizionate di essa per trovare un giusto equilibrio tra l'interesse del minore a vivere in un ambiente equilibrato e l'interesse che ha ispirato le azioni della ricorrente e di suo marito, siano state guidate nelle loro decisioni dalla volontà di preservare lo sviluppo psicologico del minore e non abbiano oltrepassato il margine di discrezionalità loro conferito dall'articolo 8 par. 2 della Convenzione. Di conseguenza, il ricorso deve essere respinto in quanto manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 parr. 3 e 4 della Convenzione.

Per questi motivi, la Corte, a maggioranza,
Dichiara il ricorso irricevibile.

(*omissis*).

Nota

La Prima sezione della Corte, nella decisione 30 giugno 2020, resa nel caso *E.C. c. Italia* (n. 82314/17) ha dichiarato irricevibile, sebbene a maggioranza, il ricorso proposto con cui era stata eccepita violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU, disattendendo quindi le doglianze che erano state sollevate da una donna a causa del collocamento di suo figlio, sedicenne, in una famiglia affidataria. Il caso trae origine da una triste vicenda familiare, avviata dalla ricorrente, madre di due ragazzi. La figlia maggiore aveva sporto denuncia per abusi sessuali contro uno zio paterno. Da lì era stata avviata un'attività di indagine penale, cui si era associata anche quella dell'autorità giudiziaria minorile, avendo il P.M. chiesto al tribunale per i minorenni di dichiarare la decadenza della ricorrente e di suo marito dalla potestà genitoriale, di affidare la custodia dei due minori al comune e di collocarli presso una famiglia affidataria, cosa che era poi tempestivamente avvenuta. Vani erano stati i successivi tentativi della famiglia di origine di ottenere il ritorno a casa del figlio maschio, mentre la figlia aveva ristabilito il rapporto con la madre, attuale ricorrente, dopo l'assoluzione dello zio ingiustamente accusato di averla abusata. Il figlio, invece, si era sempre rifiutato di avere contatti con i suoi genitori biologici, essendosi peraltro inserito armonicamente nella famiglia affidataria. Il ragazzo, sentito dal tribunale per i minorenni, aveva confermato di sentirsi bene nella sua famiglia affidataria e dichiarato di non voler più mantenere i rapporti con i genitori, tanto che il tribunale, con decisione definitiva aveva chiuso la procedura, essendo nelle more il ragazzo divenuto maggiorenne. La madre biologica, ricorrendo a Strasburgo, aveva invocato l'art. 8, lamentandosi del fatto che le autorità non avessero messo in atto vere e

Osservatori

proprie misure di sostegno a favore del figlio, e non avessero preso in considerazione il ritorno del figlio a casa sua. La Corte EDU, nel dichiarare irricevibile il ricorso, ha richiamato i principi generali in materia recentemente enunciati nella causa *Strand Lobben e altri c. Norvegia* [GC], 10 settembre 2019, n. 37283/13, parr. 202-213. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno ribadito che la ricerca dell'unità familiare e quella del ricongiungimento familiare in caso di separazione costituiscono delle considerazioni inerenti al diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 8. Di conseguenza, qualsiasi autorità pubblica che ordini una presa in carico avente l'effetto di limitare la vita familiare ha l'obbligo positivo di adottare le misure necessarie per riunire la famiglia biologica non appena ciò sia possibile. Inoltre, la decisione di presa in carico deve essere considerata una misura temporanea, da sospendere non appena le circostanze lo permettano, e qualsiasi atto di esecuzione deve essere coerente con uno scopo ultimo: unire nuovamente la famiglia biologica. L'obbligo positivo di adottare delle misure allo scopo di agevolare la riunione della famiglia appena ciò sia veramente possibile si impone alle autorità competenti fin dall'inizio del periodo di presa in carico, ma deve essere sempre bilanciato con il dovere di considerare l'interesse superiore del minore. Per di più, i legami tra i familiari e le chance di ricongiungimento con esito positivo saranno per forza di cose indeboliti se si pongono degli ostacoli che impediscono incontri facili e regolari tra gli interessati (*Strand Lobben e altri*, sopra citata, parr. 205 e 208). Ha poi aggiunto che il diritto all'autonomia personale, insito nella nozione di "vita privata", che nel caso degli adulti comprende il diritto di scegliere come condurre la propria vita, a condizione di non violare ingiustificatamente i diritti e le libertà altrui, ha una portata diversa nel caso dei minori. Costoro, a differenza degli adulti, non hanno completa autonomia, ma sono comunque soggetti di diritti. I minori esercitano la loro autonomia limitata, che aumenta gradualmente man mano che maturano, attraverso il loro diritto di essere consultati e ascoltati. Come precisato dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, il fanciullo che è capace di discernimento ha il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni e il diritto che le stesse siano tenute in debita

considerazione, in funzione della sua età e del suo grado di maturità e, in particolare, deve avere la possibilità di essere ascoltato in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi (*M. e M. c. Croazia*, 3 dicembre 2015, n. 10161/13, par. 171; *M.K. c. Grecia*, 1° febbraio 2018, n. 51312/16, par. 35). La Corte EDU ha poi rilevato che la necessità di mantenere i contatti tra la ricorrente, suo marito e i loro figli era stata una preoccupazione costante delle autorità e che l'evoluzione del rapporto genitori-figli era un elemento preso in considerazione dai giudici nazionali e dai servizi sociali nella loro decisione di mantenere la misura dell'affidamento. Le autorità italiane sono intervenute offrendo alla ricorrente, a suo marito e ad al figlio un sostegno e un'assistenza concreti per aiutarli a superare le loro difficoltà (richiamando, a contrario, *Saviny c. Ucraina*, 18 dicembre 2008, n. 39948/06, par. 57; *R.M.S. c. Spagna*, 18 giugno 2013, n. 28775/12, par. 86; *Zhou c. Italia*, 21 gennaio 2014, n. 33773/11, par. 58), in un contesto complesso, in quanto il figlio, che aveva 16 anni, viveva con la famiglia affidataria da molto prima del loro intervento. Inoltre, le decisioni giudiziarie relative all'affidamento del figlio erano state prese dopo alcuni interventi dei servizi sociali volti a riunire la ricorrente ed il figlio attraverso, in particolare, un progetto di mediazione e un regolare controllo psicologico del minore. I giudici nazionali, dunque, per la Corte EDU avevano addotto motivi pertinenti per giustificare le loro decisioni relative all'affidamento e al diritto di visita: in queste condizioni, era possibile considerare che tali decisioni fossero state adottate nell'interesse superiore del minore. Quest'ultimo, del resto, aveva costantemente espresso la sua volontà di non tornare a vivere nella sua famiglia d'origine donde, tenuto conto della sua età e della sua maturità, era quindi difficile sostenere che il figlio non fosse capace di discernimento né di esprimere liberamente le proprie opinioni. Ed, a questo proposito, la Corte ha ribadito che si impone la massima prudenza quando si deve ricorrere alla coercizione in questo ambito (*Mitrova e Savik c. l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, 11 febbraio 2016, n. 42534/09, par. 77), soprattutto nei confronti di minori la cui maturità consiglia di tenere conto della loro volontà. Da qui, dunque, l'irricevibilità del ricorso per manifesta infondatezza.

Rassegna della Corte di Cassazione

a cura di Luigi La Battaglia

GIURISDIZIONE

IMMISSIONI PROVENIENTI DA PARCO EOLICO

Cassazione Civile, SS.UU., 12 novembre 2020, n. 25578 - Pres. Curzio - Rel. Giusti - Margherita S.r.l. c. C.S. e D.C.

La controversia nella quale il privato, previo accertamento della rumorosità, molestia e intollerabilità delle immissioni prodotte dagli aerogeneratori di un parco eolico, nonché degli effetti pregiudizievoli da esse recati alla salute propria e dei suoi familiari e al valore economico della sua proprietà, ne abbia domandato la cessazione o, almeno, la riduzione entro i limiti della tollerabilità, unitamente al risarcimento del danno, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, avuto riguardo al *petitum* sostanziale della domanda, la quale non concerne l'annullamento del provvedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione e gestione dell'impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica (né presuppone l'accertamento della sua illegittimità), ma ha ad oggetto la tutela dei diritti soggettivi alla salute e di proprietà, sul fondamento della violazione dei limiti di tollerabilità previsti dall'art. 844 c.c.

Il caso e la soluzione

I proprietari di un terreno con sovrastanti fabbricati convergono in giudizio l'impresa che aveva installato alcune pale eoliche su un appezzamento limitrofo, lamentando che le stesse, realizzate a distanza non regolamentare dal proprio fondo, dessero luogo a immissioni intollerabili, produttive di danni alla persona e ai beni di loro proprietà. Invocano, conseguentemente, la condanna della convenuta a eliminare o ridurre le immissioni entro i limiti della normale tollerabilità, oltre al risarcimento del danno (o, in subordine, al pagamento dell'indennizzo ex art. 44, d.P.R. n. 327/2001). Nel corso del processo di primo grado, la convenuta propone ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, chiedendo dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo, sul presupposto che la controversia vertesse sulla legittimità del provvedimento amministrativo che, ai sensi dell'art. 12, D.Lgs. n. 287/2003, aveva autorizzato la realizzazione dell'impianto eolico in quella specifica posizione e a quella determinata distanza dalla proprietà degli attori.

Le Sezioni Unite, concentrando l'attenzione sul *petitum* sostanziale della domanda, riguardato in funzione della relativa *causa petendi*, dichiarano invece la giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che, in realtà, gli attori non avessero agito per l'annullamento del citato provvedimento amministrativo, bensì a tutela del proprio diritto alla salute e del proprio diritto di proprietà, contro i pregiudizi cagionati dalla materiale esecuzione (e funzionamento) dell'opera pubblica. La giurisdizione

ordinaria, secondo la Corte, sussiste anche con riferimento alla domanda subordinata, alla stregua del disposto dell'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., il quale riserva, appunto, al giudice ordinario le controversie relative alla determinazione delle indennità conseguenti all'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

Osservazioni

In questa pronuncia le Sezioni unite si allineano al proprio (ormai consolidato) orientamento che, ai fini dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione, incentra l'attenzione sul c.d. *petitum* sostanziale della pretesa, ravvisando la giurisdizione del giudice ordinario "qualora l'attore denunci attività materiali dell'amministrazione che possano recare pregiudizio a beni di cui egli si assume proprietario o possessore e (...) la domanda risulti diretta a tutelare una posizione di diritto soggettivo e non si lamenti l'emissione di atti o provvedimenti ricollegabili all'esercizio di poteri discrezionali spettanti alla P. A." (così, con riferimento a un'azione di nuova opera intrapresa nei confronti della società concessionaria di un'opera pubblica consistente nella costruzione di un'autostazione di pullman, Cass., SS.UU., n. 19667/2020; in tempi recenti, si vedano anche Cass., SS.UU., n. 26200/2019; n. 32625/2018; n. 24411/2018; n. 21928/2018; n. 20350/2018; n. 21522/2017). Viceversa, la giurisdizione compete al giudice amministrativo laddove, secondo la prospettazione dell'attore, "fonte del danno siano il 'se' o il 'come' dell'opera progettata, e non le sole sue concrete modalità esecutive", dal momento che, in tal caso, "la *causa petendi* involge un comportamento della pubblica amministrazione (o di chi per essa ha agito) che si traduce in manifestazione del potere autoritativo di quella - qualificandosi necessario, per le sue caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, al raggiungimento del risultato da perseguire e non già meramente occasionato dall'esercizio del potere medesimo" (in tal senso, sempre con riguardo al pregiudizio correlato all'esecuzione di un'opera assentita dalla P. A., Cass., SS.UU., n. 30009/2019).

Con particolare riguardo all'installazione e all'esercizio di un impianto di pale eoliche, l'art. 12, comma 3, D.Lgs. n. 287/2003 dispone che "la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (...) sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione (...), nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico". Al comma successivo si prevede che "il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercitare l'impianto in conformità al progetto approvato". Tesi della convenuta è che la domanda proposta dagli attori si risolvesse, in definitiva, nella contestazione delle scelte discrezionali della P.A. nell'autorizzare una specifica ubicazione dell'opera pubblica sul territorio, con conseguente incardinazione della giurisdizione amministrativa esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f) e o), c.p.a. Già nel 2011 le Sezioni

Unite, con la sentenza n. 24410, avevano osservato che, dal momento che il trasporto di energia elettrica integra un servizio di pubblica utilità, gli atti funzionali alla costituzione e alla determinazione delle modalità del relativo esercizio sono suscettibili di dar luogo a controversie di appannaggio del giudice amministrativo (nel caso di specie, peraltro, era stata affermata la giurisdizione ordinaria, in quanto la domanda dell'attore non era suscettibile di determinare ripercussioni sulla funzionalità dell'impianto o sull'efficienza della rete elettrica, ma mirava al rispetto delle distanze legali del manufatto in sé considerato, siccome foriero di pregiudizio per i propri diritti soggettivi). Con le pronunce a Sezioni Unite nn. 18165/2017 e 18166/2017, in controversie nelle quali gli attori lamentavano il mancato rispetto delle disposizioni regolamentari sulle distanze (nonché, nel primo dei due procedimenti, la produzione di immissioni intollerabili), con conseguente domanda di rimessione *in pristino* e risarcimento del danno, la Cassazione aveva sancito la giurisdizione del giudice amministrativo, sul presupposto che la "violazione della disciplina delle distanze (diversa da quella posta dall'art. 873 c.c. e dai regolamenti locali) necessariamente implica[ss]e l'esame della legittimità dei provvedimenti autorizzatori della Regione Siciliana, anche sul piano della compatibilità ambientale" (così la prima delle due sentenze citate).

Il *discrimen* è allora rappresentato dall'essere l'opera riguardata, in seno alla domanda, alla stregua di infrastruttura funzionale all'esercizio del servizio pubblico, ovvero quale manufatto di per sé idoneo a mettere in pericolo i diritti soggettivi del proprietario limitrofo. Nel primo caso, a venire in questione è l'esercizio della discrezionalità della P.A. nella valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla installazione delle pale eoliche; nel secondo, un contegno materiale considerato dall'angolo visuale della sua idoneità a ledere prerogative soggettive del singolo (quali la salute o la proprietà). Ed è in quest'ultimo senso che le Sezioni Unite, nella pronuncia in esame, riproponendo argomentazioni già svolte nella recente Cass., SS.UU., n. 7636/2020 (sempre in tema di impianti eolici), interpretano il *petitum* sostanziale della domanda degli attori, siccome inteso dedurre "un comportamento materiale della società convenuta e la lesività delle immissioni che ne sono derivate, e non l'illegittimità dell'autorizzazione unica rilasciata dalla Regione".

PROTEZIONE INTERNAZIONALE

NOZIONE DI "PAESE SICURO" E *IUS SUPERVENIENS*

Cassazione Civile, Sez. I, 11 novembre 2020, n. 25311 - Pres. Scotti - Rel. Terrusi - P.M. Ceroni (diff.) - H.K. c. Ministero dell'Interno.

In tema di protezione internazionale, l'inserimento del paese di origine del richiedente nell'elenco dei "paesi sicuri" produce l'effetto di far gravare sul ricorrente l'onere di allegazione rinforzata in ordine alle ragioni soggettive o oggettive per le quali invece il paese non può considerarsi sicuro, soltanto per i ricorsi giurisdizionali presentati dopo l'entrata in vigore del d.m. 4 ottobre 2019, poiché i principi del giusto processo ostano al mutamento in corso di causa delle regole cui sono informati i detti oneri di allegazione, restando comunque intatto per il giudice, a fronte del corretto adempimento di siffatti oneri, il potere-dovere di acquisire con ogni mezzo tutti gli

elementi utili ad indagare sulla sussistenza dei presupposti della protezione internazionale.

Il caso e la soluzione

Un cittadino del Ghana ricorre contro la decisione della Corte d'Appello che aveva rigettato la sua domanda di protezione internazionale. Sotto il profilo della c.d. protezione sussidiaria, di cui all'art. 14, lett. c), D.Lgs. n. 251/2007, il ricorso viene respinto sul presupposto della sussistenza, nella pronuncia impugnata, di un'adeguata motivazione circa la mancanza di credibilità del racconto posto a base della domanda di protezione, nonché in ragione dell'esclusione dell'esistenza di una situazione di violenza diffusa nel paese di provenienza. Una tale situazione non risultava, del resto, neppure prospettata dal ricorrente, il quale, pur richiamando l'art. 14, lett. c) sopra citato, aveva dedotto la diversa condizione legata al "paventato timore di subire ritorsioni e violenza, in caso di rientro in patria, per la procurata morte accidentale di un bambino", a seguito della quale aveva sostenuto di essersi dato alla fuga, "per evitare una sorta di linciaggio da parte di persone inferocite o comunque per sottrarsi all'eventualità di trattamenti degradanti nelle carceri locali". Quanto alla domanda di protezione c.d. umanitaria (di cui al previgente art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 286/1998), viene confermata la decisione del giudice di secondo grado che l'aveva ritenuta sfornita di fondamento, siccome fondata sulla generica allegazione di un inserimento in non meglio precisati "progetti di accoglienza". A questo punto, la Corte coglie l'occasione per trattare, ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c., la questione (posta dall'ordinanza interlocutoria *ex art. 380-bis*, comma 3, c.p.c.) dell'incidenza, sulle domande di protezione internazionale, dell'individuazione dei "Paesi di origine sicuri", contenuta nel D.M. 4 ottobre 2019, *medio tempore* emanato in attuazione dell'art. 2-*bis*, D.Lgs. n. 25/2008 (introdotto dall'art. 7-*bis*, comma 1, lett. a), D.L. n. 113/2018, conv. dalla L. n. 132/2018). L'art. 37 della Dir. 2013/32/UE consentiva, infatti, agli Stati membri "di designare a livello nazionale paesi di origine sicuri ai fini delle domande di protezione internazionale", per tali potendosi considerare quelli per i quali si possa dimostrare che, in via generale, "non sussistono atti di persecuzione (...) né tortura o altre forme di pena o trattamento inumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale" (art. 2-*bis*, comma 2, citato). Ebbene, l'inclusione di un Paese nell'elenco considerato - osserva la Corte - "comporta una presunzione relativa di sicurezza per la generalità dei cittadini di tale Paese, stante la possibilità di godere di sufficiente protezione al suo interno". Presunzione, tuttavia, superabile (ai sensi dell'art. 2-*bis*, comma 5, D.Lgs. n. 25/2008) attraverso l'allegazione e prova "che quel Paese non è sicuro per la situazione particolare in cui lo stesso richiedente si trova".

Si pone, quindi, il problema degli effetti che l'emanazione del decreto ministeriale contenente l'individuazione dei "Paesi sicuri" ha sui procedimenti pendenti, precedentemente introdotti da cittadini dei suddetti Paesi (come, nel caso di specie, il Ghana). Al riguardo, la Cassazione distingue la fase amministrativa da quella giurisdizionale. Quanto alla prima, l'amministrazione può tener conto della circostanza, dovendo informare la propria decisione "a un criterio di giudizio comunque dalla legge presupposto all'attualità, in base al valore sintomatico della avvenuta previa considerazione delle fonti informative generali che hanno indotto all'inserimento del Paese nell'elenco". A diverse conclusioni la Corte giunge, invece, per il caso in cui sia già pendente un processo. La necessità di superare la presunzione correlata all'inserimento

di un Paese nell'elenco comporta, infatti, stringenti oneri di allegazione per il ricorrente, sicché "le regole del giusto processo (art. 111 Cost.) impediscono di sostenere che il *ius superveniens* possa estendersi alle domande giudiziali già presentate prima della data di vigenza del D.M. citato, poiché si determinerebbe - altrimenti - un mutamento delle regole alle quali deve essere informato l'onere di allegazione". Ne consegue l'applicabilità del nuovo regime unicamente alle domande provenienti dai cittadini di uno dei Paesi considerati, introdotte dopo il 22 ottobre 2019.

Osservazioni

La conclusione cui giunge la prima Sezione della Cassazione (gli effetti giuridici derivanti dall'inclusione del Paese di provenienza del richiedente nell'elenco di cui all'art. 2-bis, D.Lgs. n. 25/2008 si producono solo relativamente alle domande proposte successivamente all'entrata in vigore del decreto ministeriale di riferimento) si fonda essenzialmente sulla considerazione degli "oneri di allegazione rafforzati" imposti al richiedente dal quinto comma del citato art. 2-bis, i quali evidentemente scattano soltanto se, al momento della proposizione del ricorso, il suo Paese sia già designato come "sicuro" (con conseguente operatività della presunzione relativa che ne discende). La Corte ha cura, peraltro, di sottolineare che la soluzione non discende dai principi dettati dalle Sezioni Unite nelle sentenze nn. 29459, 29460 e 29461 del 2019, "perché in questo caso non si è in presenza di un intervento normativo incidente sui presupposti della protezione internazionale". In quelle sentenze, nell'escludere la retroattività delle disposizioni abrogatrici dell'art. 5, comma 6, D.Lgs. n. 286/1998, contenute nel D.L. n. 113/2018, le Sezioni Unite avevano individuato il momento rilevante per l'individuazione della normativa applicabile in quello della proposizione della domanda in sede amministrativa (momento nel quale la situazione soggettiva sostanziale del richiedente deve considerarsi già sorta). Qui, invece, il mutamento della disciplina di riferimento viene riguardato da una prospettiva eminentemente processuale, affermandosi che, nell'ambito della fase amministrativa, il decreto ministeriale, anche se entrato in vigore dopo la proposizione della domanda, può rilevare quale criterio di giudizio, nella misura in cui esprime il risultato della pregressa valutazione delle fonti informative utilizzate dagli organi ministeriali ai fini della formazione dell'elenco dei "Paesi sicuri". È pur vero, d'altra parte, che in tale evenienza il richiedente, nel proporre la domanda in sede amministrativa, potrebbe non aver dedotto alcunché circa i gravi motivi attinenti alla propria situazione personale, richiamati dall'art. 2-bis, comma 5, D.Lgs. n. 25/2008, con il conclamato rischio di rigetto *de plano* della domanda da parte della Commissione territoriale per manifesta infondatezza, ai sensi degli art. 28-ter e 32-bis, D.Lgs. n. 25/2008.

Per quanto più specificamente riguarda la fase processuale, non v'è dubbio che il ricorrente (lo abbia fatto o meno nella precedente fase) è tenuto ad allegare compiutamente le circostanze di fatto idonee a fondare i gravi motivi in discorso, riproponendosi, peraltro, a questo punto, il problema dell'operatività e dell'estensione del c.d. dovere di cooperazione istruttoria del giudice, cui pure si fa richiamo nella pronuncia in esame, laddove si ribadisce che esso "opera esclusivamente sul versante della prova", sicché non esonera il ricorrente dall'"onere di allegazione dei fatti costitutivi della sua esposizione a rischio". Tale dovere (contemplato dal comma 1-bis dell'art. 27, D.Lgs. n. 25/2008, come inserito dall'art. 5, comma 1, lett. b-*quater*, D.L. n. 119/2014, conv. con modif. dalla L. n. 146/2014, a mente del quale "la Commissione

territoriale, ovvero il giudice in caso di impugnazione, acquisisce, anche d'ufficio, le informazioni, relative alla situazione del Paese di origine e alla specifica condizione del richiedente, che ritiene necessarie a integrazione del quadro probatorio prospettato dal richiedente") è "disancorato dal principio dispositivo e libero da preclusioni e impedimenti processuali" (Cass., n. 11096/2019), e impone al giudice di acquisire (e dar conto de)gli elementi necessari a lumeggiare la situazione oggettiva del Paese d'origine del richiedente (Cass. n. 9230/2020; Cass. n. 13897/2019; Cass. n. 7773/2015, che ha sottolineato la necessità dell'approfondimento istruttorio officioso "allorquando il richiedente descriva una situazione di rischio per la vita o l'incolumità fisica che derivi da sistemi di regole non scritte sub statuali, imposte con la violenza e la sopraffazione verso un genere, un gruppo sociale o religioso o semplicemente verso un soggetto o un gruppo familiare nemico, in presenza di tolleranza, tacita approvazione o incapacità a contenere o fronteggiare il fenomeno da parte delle autorità statuali").

A tal proposito, è necessario dar conto di un contrasto venutosi a creare nella giurisprudenza della Suprema Corte, con riguardo al ruolo rivestito dagli "indicatori di genuinità soggettiva" di cui all'art. 3, comma 5, D.Lgs. n. 251/2007, in presenza dei quali il giudice può considerare veritieri "taluni elementi o aspetti delle dichiarazioni del richiedente", anche laddove "non siano suffragati da prove". Secondo un orientamento più restrittivo (cui si rifanno Cass. n. 16925/2018; n. 28862/2018; n. 33858/2019; n. 15794/2019; n. 33096/2018; n. 08367/2020; n. 11924/2020; n. 16925/2020), il dovere di cooperazione istruttoria non sorge in presenza di dichiarazioni intrinsecamente inattendibili alla stregua dei suindicati indicatori, di modo che il giudice di merito è anzitutto tenuto ad accertare la credibilità soggettiva della versione del richiedente circa l'esposizione a rischio grave alla vita o alla persona e, qualora la escluda, non deve procedere ad un approfondimento istruttorio officioso circa la prospettata situazione persecutoria del Paese d'origine, salvo che la mancanza di veridicità derivi esclusivamente dall'impossibilità di fornire riscontri probatori. Un secondo orientamento (cui fanno capo Cass. n. 8819/2020, n. 24010/2020 e n. 24361/2020) ritiene, invece, che, seguendo tale impostazione, la valutazione di credibilità non atterrebbe più alla prova, ma diverrebbe una condizione di ammissibilità o un presupposto del riconoscimento del diritto o, comunque, si risolverebbe in un giudizio sulla lealtà processuale. Pertanto, il giudice non potrebbe esimersi dall'esercitare i suoi poteri/doveri di cooperazione istruttoria sulla base della sola valutazione preliminare di non credibilità della narrazione del richiedente, posto che, prima dell'adempimento di tali obblighi, egli non potrebbe conoscere e apprezzare correttamente la reale e attuale situazione dello Stato di provenienza. Ne consegue che l'obbligo di cooperazione istruttoria viene meno solo laddove le informazioni fornite dal ricorrente sul Paese d'origine risultino immediatamente false, oppure la ricorrenza dei presupposti della tutela invocata possa essere negata in virtù del notorio. Anche con specifico riguardo alla protezione sussidiaria di cui all'art. 14, lett. c), D.Lgs. n. 251/2007 (che prevede che, ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria, è considerato danno grave "la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale") si registra un contrasto tra recenti pronunce di legittimità, sul quale è verosimilmente suscettibile di incidere il richiamato decreto ministeriale "Paesi sicuri", nella misura in cui determini l'attivazione di oneri di allegazioni rinforzati per quella forma di

protezione (sussidiaria) che ne era più al riparo. Secondo un primo indirizzo, "in quest'ipotesi non rileva alcuna personalizzazione del rischio, sicché, una volta che il richiedente abbia offerto gli elementi utili alla decisione, relativi alla situazione nello Stato o nella regione di origine, il giudice deve accertare anche d'ufficio se effettivamente in quel territorio la violenza indiscriminata in presenza di conflitto armato sia di intensità tale da far rischiare a chiunque vi si trovi di subire una minaccia grave alla vita o alla persona, senza che alcuna valutazione di non credibilità, che non riguardi l'indicazione dello Stato o regione di provenienza, possa essere di ostacolo a tale accertamento" (Cass. n. 13940/2020; n. 16122/2020; n. 19224/2020; n. 19725/2020). In ossequio alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si è affermato, quindi, che il requisito dell'individualità della minaccia non è subordinato "alla condizione che il richiedente 'fornisca la prova che egli è interessato in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale', in quanto la sua esistenza può desumersi anche dal grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso, da cui dedurre che il rientro nel Paese d'origine determinerebbe un rischio concreto per la vita del richiedente" (Cass. n. 16202/2015; n. 14283/2019; n. 14350/2020 nonché n. 19224/2020, la quale ultima ha chiarito che "che l'onere di allegazione del richiedente la protezione sussidiaria di cui all'art. 14, lett. c), del D.Lgs. n. 251 del 2007 (...) è limitato alla deduzione di una situazione oggettiva di generale violenza indiscriminata - dettata da un conflitto esterno o da instabilità per il solo fatto di rientrare nel paese di origine, disancorato dalla rappresentazione della propria vicenda individuale di esposizione al rischio persecutorio, sicché, ove correttamente allegata tale situazione, il giudice, in attuazione del proprio dovere di cooperazione istruttoria, è tenuto ad accertarne l'attualità con riferimento alla situazione oggettiva del paese di origine e, in particolare, dell'area di provenienza del richiedente"). Un altro orientamento, invece, estendendo anche a questa fattispecie l'interpretazione restrittiva dei doveri di cooperazione del giudice, afferma che "la valutazione di coerenza, plausibilità e generale attendibilità della narrazione riguarda "tutti gli aspetti significativi della domanda" (art. 3, comma 1) e si riferisce a tutti i profili di gravità del danno dai quali dipende il riconoscimento della protezione sussidiaria" (Cass. n. 4892/2019; n. 15794/2019; n. 17174/2019; n. 33096/2018).

DIRITTO DEL LAVORO

NATURA DEL RAPPORTO DI LAVORO DEL DIRETTORE GENERALE DI UNA AUSL

Cassazione Civile, SS.UU., 11 novembre 2020, n. 25369 - Pres. Spirito - Rel. Tria - Casse di Risparmio dell'Umbria S.p.a. c. Agenzia delle Entrate e altri

Ai direttori generali (e anche ai direttori sanitari e ai direttori amministrativi) degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale si applica la normativa in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi (oltre che quella sulla inconfiribilità degli incarichi stessi) - con le relative sanzioni - dettata dall'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nonché, *ratione temporis*, dalla disciplina specifica per i titolari di incarichi dirigenziali di cui al d.lgs. n. 39 del 2013). Tale normativa ha carattere imperativo e

inderogabile, essendo irrilevante il fatto che il rapporto del direttore generale di un ente del SSN - peraltro, dalla legge qualificato "esclusivo" - sia di natura autonoma e sia regolato da un contratto di diritto privato, perché, agli indicati fini, quel che conta è lo svolgimento di funzioni in qualità di "agente dell'Amministrazione pubblica", da cui deriva il rispetto del primario dovere di esclusività del rapporto con la P.A.

Il caso e la soluzione

Il caso trae origine dalla sanzione amministrativa comminata ex art. 53, comma 9, D.Lgs. n. 165/2001 a un istituto bancario, per avere nominato alla carica di Presidente del Consiglio di amministrazione il direttore generale di una AUSL, senza preventiva autorizzazione di quest'ultima. Investita dell'impugnazione della sentenza di merito che aveva rigettato l'opposizione, la Seconda sezione della Corte di Cassazione rimette alle Sezioni unite la questione relativa alla determinazione della natura del rapporto di lavoro del direttore generale della AUSL, con specifico riferimento alla disciplina delle incompatibilità. Più precisamente, l'ordinanza interlocutoria (n. 24083/2019) si interroga sulla compatibilità di una disciplina (quale quella di cui al citato art. 53) che rimette all'amministrazione datrice di lavoro la facoltà di derogare al generale divieto di assunzione di altri incarichi con la natura privatistica dei pubblici impiegati "privatizzati", prospettando una possibile soluzione dell'antinomia nella correlazione della disciplina delle incompatibilità non già alla natura (pubblica o privata) del rapporto di lavoro, quanto piuttosto "alla diversità dei fini perseguiti dal datore pubblico rispetto al datore privato".

Le Sezioni Unite, richiamato l'obbligo di esclusività dei pubblici dipendenti (che riposa sul disposto dell'art. 98 Cost.), ne definiscono l'ambito di applicazione soggettiva attraverso il richiamo "a tutte le situazioni di svolgimento di funzioni in qualità di "agente dell'Amministrazione pubblica", normalmente grazie all'esistenza di un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione". L'"inserimento dell'attività lavorativa nell'apparato organizzativo della P.A." fa premio, dunque, sulla tipologia di rapporto di lavoro ("pubblico" o "contrattualizzato", a tempo indeterminato o determinato), ed è senz'altro predicabile con riguardo al direttore generale della AUSL (irrilevante restando la forma privatistica del contratto sul quale, in questo caso, il rapporto si innesta). Dalle norme che delimitano lo *status* del direttore generale della AUSL (segnatamente i commi 8, 10 e 14 dell'art. 3-*bis*, D.Lgs. n. 502/1992) emerge una connotazione di "esclusività" della "carica", che, attraverso il richiamo delle disposizioni costituzionali di riferimento (artt. 97 e 98 Cost.), la rende pienamente sovrapponibile ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, con conseguente applicabilità della disciplina generale di cui all'art. 53, D.Lgs. n. 165 del 2001 (nonché della disciplina specifica per i titolari di incarichi dirigenziali dettata dal D.Lgs. n. 39 del 2013", nella specie non applicabile *ratione temporis*).

Osservazioni

Il direttore generale è l'organo apicale dell'azienda sanitaria, che assomma in sé i poteri di gestione e la funzione di rappresentanza dell'ente (art. 3, comma 6, D.Lgs. n. 502/1992). È nominato dal Presidente della Regione, previa selezione nell'ambito di un elenco nazionale istituito presso il Ministero della Salute (art. 2, D.Lgs. n. 171/2016). Il suo è un rapporto di lavoro autonomo (Cass., SS.UU. n. 3882/1998; n. 100/1999; n. 6854/2003 e n. 14177/2004), esclusivo, regolato da un contratto di diritto privato (art. 3-*bis*, comma 8, D.Lgs. n. 502/

1992). L'art. 3-bis, comma 8, D.Lgs. n. 502/1992 prevede, infatti, che "Il rapporto di lavoro del direttore generale, del direttore amministrativo e del direttore sanitario è esclusivo ed è regolato da contratto di diritto privato, di durata non inferiore a tre e non superiore a cinque anni, rinnovabile, stipulato in osservanza delle norme del titolo terzo del libro quinto del codice civile".

Il punto nodale della questione portata all'attenzione delle Sezioni Unite consisteva nel verificare se il sistema delle incompatibilità, delineato dall'art. 53, D.Lgs. n. 165/2001 con specifico riferimento ai "dipendenti" pubblici, fosse applicabile a un rapporto - quale quello che lega il direttore generale alla AUSL di riferimento - caratterizzato da una spiccata connotazione "privatistica" e dall'assenza di qualsivoglia subordinazione. L'appiglio normativo idoneo a supportare la soluzione positiva viene rinvenuto nell'art. 3-bis, D.Lgs. n. 502/1992, in particolare nel suo quattordicesimo comma, a mente del quale "il rapporto di lavoro del personale del servizio sanitario nazionale è regolato dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni" (in questo senso, già Cass. n. 22887/2018). Dinanzi a tale espresso rinvio, la natura giuridica del rapporto diviene recessiva, riannodandosi l'applicabilità (tra gli altri) dell'art. 53 del Testo Unico al carattere di esclusività del rapporto stesso, che lo rende incompatibile con l'instaurazione di altri rapporti di carattere dipendente o autonomo. Medio logico del ragionamento della Corte è, quindi, tale esclusività, che, attraverso il richiamo ai valori espressi dall'art. 98 Cost., dà ragione dell'identità di *ratio* tra i diversi rapporti considerati. In questo senso si spiega il richiamo, nella motivazione, alla disciplina (pure *ratione temporis* non applicabile alla fattispecie concreta) di cui al D.Lgs. n. 39/2013, contenente stringenti norme relative all'incompatibilità degli incarichi dirigenziali conferiti dalla P.A.

RISARCIMENTO DEL DANNO

DANNO DA PERDITA DEL RAPPORTO PARENTALE: FRATELLI GERMANI E UNILATERALI

Cassazione Civile, Sez. III, 5 novembre 2020, n. 24689, ord. - Pres. Frasca - Rel. Gorgoni - Ministero della Difesa e altro c. M.P. e altri.

Il danno non patrimoniale da lesione o perdita del rapporto parentale non è rigorosamente circoscritto ai familiari conviventi, poiché il rapporto di convivenza, pur costituendo elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, non assurge a connotato minimo di esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà, escludendoli automaticamente in caso di sua mancanza. In particolare, nessun rilievo può essere attribuito, al fine di negare il riconoscimento di tale danno, all'unilateralità del rapporto di fratellanza ed all'assenza di vincolo di sangue, non incidendo essi negativamente sull'intimità della relazione, sul reciproco legame affettivo e sulla pratica della solidarietà.

Il caso e la soluzione

Dopo aver parcheggiato l'autovettura nei pressi di un centro commerciale, tre fratelli si inoltrano nella boscaglia in direzione del greto di un fiume, luogo noto come zona di spaccio di sostanze stupefacenti. Accortisi di essere stati seguiti da un

carabiniere, gli rivolgono frasi minacciose, al che il militare, nel procedere verso di loro con la pistola d'ordinanza in pugno, cade a terra, esplodendo accidentalmente un colpo all'indirizzo di uno dei fratelli, che ne rimane ucciso.

Per il risarcimento dei danni (*iure proprio e iure hereditatis*) agiscono in giudizio la madre, i due fratelli germani e un fratello unilaterale della vittima. Il giudice di primo grado rigetta la domanda relativa al danno tanatologico subito dalla vittima "primaria", e condanna il carabiniere e il Ministero della Difesa (ex art. 2049 c.c.), in solido, a risarcire il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, liquidato in euro 300.000,00 in favore della madre, ed euro 110.000,00 in favore di ciascuno dei fratelli (germani e unilaterale). La Corte d'Appello conferma integralmente la decisione, in particolare escludendo la ricorrenza dell'esimente dello stato di necessità, "perché era emerso che l'appuntato aveva sparato accidentalmente e non per rispondere ad una imminente minaccia".

In sede di giudizio di legittimità, vengono in rilievo le censure attinenti alla liquidazione del danno non patrimoniale. In particolare, si contestava al giudice di secondo grado di non avere tenuto conto, nella quantificazione del risarcimento, della condizione di tossicodipendenza della vittima, e soprattutto di aver riconosciuto al fratello unilaterale (con quest'ultima non convivente) il medesimo importo attribuito agli altri due fratelli germani. La Cassazione rigetta il ricorso, osservando, in primo luogo, che "il rapporto di convivenza, pur costituendo elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, non assurge a connotato minimo di esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà con il familiare defunto", sicché la sua mancanza non esclude la risarcibilità del pregiudizio in discorso; in secondo luogo, che nessun rilievo può essere riconosciuto alla natura unilaterale del vincolo di fratellanza, che non incide in alcun modo "sull'intimità della relazione di parentela, sul reciproco legame affettivo, sulla pratica della solidarietà". Conforme ai criteri legali della liquidazione equitativa appare, pertanto, la liquidazione del danno effettuata dal giudice di merito, sulla base dell'attenta considerazione delle circostanze del caso concreto, quali l'età dei fratelli, le modalità dell'incidente e il fatto che essi fossero presenti, la condivisione nell'uso di sostanze stupefacenti e, per quanto riguarda il fratello unilaterale, la minore età e il fatto che aveva già subito precocemente la morte del padre.

Osservazioni

A partire dalle sentenze n. 8827 e 8828/2003 (e con la successiva consacrazione da parte degli arresti delle Sezioni Unite nn. 26973 e 26974/2008), il danno da perdita del rapporto parentale è venuto delineandosi come conseguenza della lesione dell'"interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, all'inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli art. 2, 29 e 30 Cost.", che può atteggiarsi in guisa di sofferenza interiore (danno morale) e/o nella compromissione dei profili dinamico-relazionali della vita del soggetto leso (oltre che, eventualmente, di danno biologico, laddove venga in rilievo una deriva patologica accertabile con criteriologia medico-legale).

Esso compete ai soggetti legati alla vittima "primaria" da un rapporto familiare preso in considerazione dall'ordinamento giuridico. Il novero dei legittimati non si riduce al ristretto

ambito della famiglia c.d. nucleare (genitori e figli), estendendosi ai nonni, agli zii o ai nipoti, nonché al coniuge separato, al convivente *more uxorio*, al figlio soltanto concepito, al genitore sociale (vale a dire il *partner* del genitore biologico della vittima), al convivente di fatto ex L. n. 76/2016 (peculiare il caso affrontato da Cass. n. 20835/2018, relativa al "figlio putativo" il quale, a seguito di un errato esame del DNA, aveva dapprima instaurato e poi perso il rapporto parentale con colui che, in virtù di un successivo esame eseguito a distanza di anni, era risultato non essere, in realtà, il suo genitore biologico).

Per quel che riguarda, in particolare, il requisito della convivenza, con riferimento al rapporto nonno-nipote un arresto del 2012 (Cass. n. 4253/2012) l'aveva ritenuta presupposto imprescindibile per la risarcibilità del danno in discorso. Successivamente, la giurisprudenza si è assestata nel senso che essa rilevi non già ai fini della risarcibilità, bensì unicamente a quelli della quantificazione del risarcimento (Cass. n. 21230/2016; n. 29332/2017; n. 21837/2019 e, da ultimo, n. 7743/2020).

Più in generale, l'appartenenza alla famiglia nucleare determina una presunzione (suscettibile di prova contraria) di sussistenza del danno, mentre, per quel che riguarda i congiunti meno "stretti", è necessario che essi dimostrino in concreto l'effettività e la consistenza della relazione parentale (Cass. n. 5452/2020). In definitiva, la prova presuntiva del pregiudizio, a seconda del grado di prossimità del vincolo parentale spezzato, potrà fondarsi sulla stessa esistenza del rapporto, ovvero (mano a mano che ci si allontani dalla famiglia nucleare "tradizionale"), sulle altre circostanze di fatto suscettibili di evidenziare la concreta intensità del legame (tra le quali particolare pregnanza assumono, per la giurisprudenza, l'età dei soggetti coinvolti, la consistenza della compagine familiare residua nonché, per l'appunto, la convivenza o meno con la vittima primaria: Cass. n. 28989/2019, nonché, in precedenza, Cass. n. 14655/2017 e n. 9231/2013). Oltre a ciò, il giudice dovrà naturalmente valutare tutti gli altri elementi fattuali acquisiti al processo, potendo giungere financo a negare il risarcimento allorquando risulti, per esempio, che "tra fratelli unilaterali non vi sia mai stato un rapporto affettivo e sociale, né rapporti di frequentazione e conoscenza" (Cass. n. 23917/2013). Ma laddove - come nel caso di specie - così non è, il dato estrinseco della "unilateralità" non giustifica, di per sé solo, una quantificazione *in minus* rispetto ai fratelli germani, dovendo la situazione di fatto sempre far premio sulla natura astratta del vincolo familiare che viene in questione.

Per la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale si fa generalmente ricorso ai parametri della tabella di Milano, espressi da una "forbice" di valori che - aggiornati al 2018 - ammontano a euro 165.960,00 (incrementabili fino a euro 331.920,00) per la perdita del rapporto intercorrente fra genitori e figli e tra coniugi (o conviventi *more uxorio*, o parti delle unioni civili), e euro 24.020,00 (incrementabili fino a euro 144.130,00) per la perdita di un fratello o del nipote da parte del nonno. A tal proposito, Cass. n. 29495/2019 ha affermato che a questi parametri non compete la stessa natura di criterio "vincolante", riconosciuta a quelli previsti per la liquidazione del danno biologico (come da costante orientamento della Cassazione, a partire da Cass. n. 12408/2011); ciò non toglie, peraltro, che essi (pur sempre derivanti dall'esame sistematico dei precedenti giurisprudenziali) rappresentino un criterio di riferimento privilegiato per il giudice, il quale, una volta che scelga di avvalersene, non può discostarsene senza adeguata motivazione (in tal senso, Cass. n. 29495/2019).

PROCESSO CIVILE

LITISCONSORZIO NECESSARIO

Cassazione Civile, Sez. II, 23 ottobre 2020 n. 23315, ord. - Pres. Lombardo - Rel. Tedesco - S.A.B. Alberghi di Baveno S.p.a. c. Comune di Stresa

La legittimazione all'azione di accertamento dell'inefficacia di un contratto stipulato dal *de cuius* compete anche al legatario di una cosa determinata sul quale sovrasti il danno giuridico derivante dall'incertezza circa l'efficacia del negozio e nel relativo giudizio, instaurato nei confronti del terzo contraente, l'erede, subentrato nel contratto stipulato dal dante causa, è litisconsorte necessario, qualora, in base alla finalità del giudizio stesso, quale emergente dal *petitum* in concreto formulato dall'attore, non sia possibile adottare una pronuncia idonea a produrre gli effetti giuridici voluti senza la sua partecipazione.

Il caso e la soluzione

La società immobiliare Alfa, proprietaria di un terreno nel Comune Gamma, con due distinti (e coevi) atti dona il diritto di proprietà sull'intero compendio in favore del suddetto Comune, e aliena, a titolo oneroso, il diritto di superficie su una porzione dello stesso in favore della società Beta, a condizione che quest'ultima ottenga la concessione edilizia per una struttura ricettiva di una determinata volumetria. Il Comune non accetta la donazione. Alla morte dell'unico socio e amministratore della società Alfa, viene pubblicato il suo testamento, col quale egli nomina propria erede universale un'erigenda fondazione, e lega il diritto di proprietà dell'intero comprensorio in favore del Comune Gamma, che questa volta accetta il legato.

Successivamente il Comune conviene in giudizio la società Beta, domandando l'accertamento del proprio diritto di piena proprietà sul complesso immobiliare, in virtù del mancato avveramento della condizione sospensiva, con conseguente condanna della convenuta alla restituzione del medesimo. La domanda viene accolta dal Tribunale, con sentenza confermata dalla Corte d'Appello la quale, con riferimento alla legittimazione attiva del Comune, la reputa sussistente in relazione alla connotazione "petitoria" della sua azione, rispetto alla quale è irrilevante la sua estraneità al contratto sottoposto a condizione (estraneità che, d'altra parte, esclude pure la legittimazione passiva del Comune rispetto alla domanda riconvenzionale di restituzione del corrispettivo della vendita del diritto di superficie, avanzata da Beta).

La società Beta propone ricorso per Cassazione, censurando il mancato riconoscimento del litisconsorzio necessario con la Fondazione (erede del proprietario del terreno), quale soggetto interessato dagli effetti del mancato avveramento della condizione, *in primis* sotto il profilo dell'obbligo di restituzione del corrispettivo ricevuto. La Cassazione accoglie il motivo di ricorso, ritenendo sussistente un'ipotesi di litisconsorzio necessario con il proprietario, sulla base - però - di un diverso ragionamento. I giudici di legittimità osservano che il Comune, pieno proprietario del bene in forza del legato, profitta del mancato avveramento della condizione, che preclude la costituzione del diritto di superficie. La sua domanda, quindi, è in primo luogo diretta all'accertamento dell'inefficacia del contratto, e alla relativa proposizione il Comune è senz'altro legittimato, in qualità di terzo "cui sovrasti danno giuridico derivante dall'incertezza circa l'esistenza del negozio nullo".

Tuttavia, in considerazione del *petitum* azionato in giudizio, è necessario che al processo partecipi anche l'altro contraente, sia per le conseguenze restitutorie che potrebbero discendere dall'accertata inefficacia del contratto, sia, più in generale, perché, a differenza di quanto accade per la domanda di simulazione del contratto di compravendita per interposizione fittizia di persona, nel caso di specie l'interesse dell'alienante "discende dalla stessa fattispecie condizionale e (...) persiste nonostante il trasferimento". Ne discende il rinvio della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c.

Osservazioni

Il problema affrontato dalla pronuncia in esame ruota intorno alla dissociazione soggettiva fra la titolarità del diritto sulla cosa (che spetta all'attore quale legatario del diritto di proprietà sul terreno) e la qualità di parte del contratto (sottoposto a condizione sospensiva) costitutivo del diritto di superficie (che spetta, invece, alla fondazione quale erede universale testamentario dell'originario proprietario concedente, non evocata in giudizio). Punto di partenza del ragionamento della Corte è il rapporto di "dipendenza" del diritto (di piena proprietà) del legatario dagli effetti del contratto concluso dall'originario proprietario (in luogo del quale è poi subentrato l'erede universale) con l'acquirente *sub condicione* del diritto di superficie: è evidente, infatti, che intanto in capo al legatario può dirsi trasferito il diritto di (piena) proprietà, in quanto non sia efficace il contratto concluso dal suo dante causa (e non sia sorto, dunque, il diritto reale minore in capo alla parte convenuta). Pertanto, oggetto dell'accertamento giudiziale è, in primo luogo, il mancato avveramento della condizione sospensiva cui l'efficacia del detto contratto era subordinata. Per fondare la legittimazione ad agire del legatario (che non fu parte, né è succeduto a titolo universale ad alcuna delle parti del contratto in questione), la Cassazione richiama - per evidente identità di *ratio* - la *regula iuris* applicata in tema di nullità del contratto. Il disposto dell'art. 1421 c.c., nel fare riferimento a "chiunque ne abbia interesse", non esime colui che agisce per l'accertamento della nullità di un contratto dal dimostrare in concreto la sussistenza del proprio interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., mediante la dimostrazione della lesione attuale incombente sulla propria sfera giuridica soggettiva (si veda Cass. n. 2447/2014, che sottolinea come l'azione di nullità non possa essere esercitata per un fine collettivo di attuazione della legge). La legittimazione compete, dunque, anche a soggetti non coincidenti con le parti del contratto della cui nullità si tratta, purché titolari di un rapporto giuridico o di un diritto dipendente dal contratto invalido (Cass. n. 11375/2010, per esempio, con riguardo a un contratto preliminare di compravendita di un terreno, subordinato alla condizione del mancato esercizio della prelazione legale da parte degli aventi diritto, ha riconosciuto la legittimazione del promissario acquirente ad agire per la declaratoria di nullità del contratto stipulato dal promittente venditore con un soggetto non avente diritto alla prelazione). Nel caso giunto all'attenzione della Seconda sezione, non v'è dubbio che la legittimazione ad agire del legatario si ricollegli all'eventualità di vedere il proprio diritto di proprietà limitato dal diritto di superficie precedentemente conferito alla parte convenuta, in forza del contratto sottoposto a condizione sospensiva.

Risolto il problema della legittimazione attiva, si pone quello del litisconsorzio necessario con l'altra parte del contratto della cui (in)efficacia si discute. La Corte mette in guardia da una soluzione formalistica che si rifaccia alla natura dichiarativa o costitutiva dell'azione e, riprendendo il parallelo con l'azione di nullità, si allinea al *dictum* del proprio precedente di cui alla

sentenza n. 19804/2016, secondo cui la legittimazione "è ravvisabile se la medesima azione sia stata esercitata da un terzo che assuma l'invalidità e l'inefficacia del contratto stipulato *inter alios*". La circostanza che la nullità possa essere validamente accertata tra alcune soltanto delle parti di un contratto non esclude, allora, il litisconsorzio necessario in tutte quelle ipotesi in cui l'unitarietà della situazione giuridica dedotta in giudizio derivi dalla dipendenza del diritto del terzo dagli effetti del contratto della cui validità si tratta. In chiusura, la motivazione si incarica di neutralizzare la "possibile obiezione" che potrebbe essere indotta dall'apparente similitudine della fattispecie con quella affrontata da Cass., SS.UU., n. 11523/13. In quell'occasione, il supremo consesso della giurisprudenza di legittimità aveva escluso la qualità di litisconsorzio necessario in capo all'alienante di un contratto di compravendita, simulato per interposizione fittizia dell'acquirente: ove il contratto sia stato integralmente eseguito, infatti, per il venditore - di regola - irrilevante chi, in definitiva, abbia acquistato il diritto, sicché, a meno che non sussista un particolare interesse dettato dalla sua partecipazione all'accordo simulatorio, nessun effetto pregiudizievole è suscettibile di scaturire nei suoi confronti dall'accertamento della simulazione. Per due ragioni, però, questo scenario non è riproducibile nella fattispecie concreta: in primo luogo, perché l'accertamento dell'inefficacia del contratto obbligherebbe alla restituzione del prezzo l'erede testamentario (e non già il legatario); in secondo luogo, da un punto di vista più generale, perché, mentre nel caso della simulazione, l'effetto traslativo non viene - di per sé - messo in discussione dal punto di vista del venditore (disquisendosi soltanto se debba considerarsi prodotto in favore dell'interponente o dell'interposto), l'alienante sotto condizione mantiene, invece, l'interesse per le sorti del contratto, dal momento che il trasferimento del diritto (a titolo particolare *mortis causa*) integra una vicenda circolatoria del tutto autonoma ed estranea agli effetti tipici del suddetto contratto (sebbene - come detto - da questi ultimi dipendente).

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

OFFERTA FUORI SEDE

Cassazione Civile, Sez. I, 27 ottobre 2020, n. 23569, ord. - Pres. De Chiara - Rel. Falabella - L.P. c. S.G. SA e altri

In tema di intermediazione finanziaria, per escludere l'applicabilità della disciplina relativa all'offerta fuori sede di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 58 del 1998 (c.d. T.U.F.), nella vigenza del Reg. Consob n. 16190 del 2007, non è sufficiente che la promozione e il collocamento di strumenti finanziari si attuino in luogo di pertinenza del promotore finanziario, ma è necessario che tali attività si perfezinino presso la sede legale dell'intermediario autorizzato, ovvero presso una dipendenza dello stesso, per tale dovendosi intendere l'unità locale costituita da una stabile organizzazione di mezzi e di persone, aperta al pubblico, dotata di autonomia tecnica e decisionale, che presta in via continuativa servizi e attività di investimento.

Il caso e la soluzione

Un soggetto che aveva acquistato alcuni titoli presso gli uffici di un promotore finanziario del "collocatore" conviene in giudizio quest'ultimo (oltre che l'emittente e il garante dei

Osservatori

suddetti titoli), chiedendo che venga accertata la nullità del contratto di investimento, ai sensi dell'art. 30, comma 7, T.U.F., per l'omessa indicazione della facoltà di recesso. In primo e in secondo grado la domanda viene respinta, sul presupposto che, non potendo considerarsi il contratto stipulato "fuori sede", non sia applicabile la richiamata disciplina. Evidenziava la Corte d'Appello che, fuori dall'ufficio del promotore nel quale era stato sottoscritto il contratto, era presente l'insegna con il logo dell'intermediario, sicché l'investitore era (o sarebbe dovuto essere) consapevole "di essersi recato in un ufficio ove era preposto un professionista addetto al collocamento di strumenti finanziari" per conto di quest'ultimo. La Cassazione sconfessa tale ragionamento, osservando che i soggetti con riferimento alla cui sede rileva la previsione di cui all'art. 30 citato sono solo quelli - indicati ai commi 3 e 4 di tale disposizione - cui compete l'attività di promozione e collocamento fuori sede di strumenti finanziari, e non già i promotori finanziari di cui essi si avvalgono (ora denominati "consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede" dal nuovo testo dell'art. 31, comma 1, T.U.F.). Per escludere, dunque, l'applicabilità dell'art. 30 T.U.F. è necessario che l'offerta (intesa come promozione o collocamento del prodotto finanziario) sia avvenuta nella sede legale o in una dipendenza (secondo la definizione datane dall'art. 2, lett. g), Reg. Consob n. 16190/2007) dell'intermediario abilitato, al quale non può essere assimilato il promotore persona fisica. Ne consegue che, laddove l'offerta del prodotto finanziario sia stata effettuata all'interno dell'ufficio di un promotore finanziario, la disciplina di cui all'art. 30 T.U.F. non troverà applicazione nel solo caso in cui tale ufficio si trovi all'interno della sede legale o di una dipendenza del soggetto abilitato.

Osservazioni

Nel concetto di "offerta fuori sede" rientrano, ai sensi dell'art. 30, comma 1, T.U.F., le attività di "promozione" e "collocamento" presso il pubblico di strumenti finanziari (lett. a) o di "servizi e attività di investimento" (lett. b). La "promozione", precisa la Corte, è attività prodromica e funzionale al collocamento, in ciò distinguendosi dalla semplice pubblicità, la quale ha una più circoscritta finalità informativa. Quanto al colloca-

mento, la Prima sezione ne richiama l'ampia nozione consacrata da Cass., SS.UU., n. 13905/2013, in ragione della *ratio* volta a salvaguardare l'adeguata ponderazione delle decisioni di investimento, da parte del cliente raggiunto dalla sollecitazione del promotore: per "collocamento fuori sede" deve intendersi, quindi, ogni "atto negoziale mediante il quale lo strumento finanziario viene fatto acquisire al cliente e quindi inserito nel suo patrimonio (...), a prescindere dalla tipologia del servizio d'investimento che abbia dato luogo a tale operazione".

Il passaggio successivo, nell'argomentazione della Corte, è dato dal collegamento della nozione oggettiva di tali attività con l'individuazione legislativa dei soggetti deputati ad espletarle: se l'offerta fuori sede può essere effettuata soltanto dai soggetti puntualmente elencati nei commi 3 e 4 dell'art. 30 T.U.F., è evidente che è alla sede di questi ultimi che bisogna guardare per valutare se la suddetta offerta sia stata fatta all'interno o all'esterno. Questo stretto collegamento tra elemento oggettivo e soggettivo rende ragione dell'impossibilità di estendere la disciplina in discorso ai "promotori finanziari", che dei soggetti sopra menzionati sono meri mandatari (o - volendo utilizzare un'espressione più generica - "addetti"). Se ne trova conferma, a livello testuale, nel riferimento alla "sede legale" contenuto nell'art. 30, comma 1, lett. a), che non può evidentemente alludere alla persona fisica del promotore finanziario. Quanto alla "dipendenza dell'emittente" (di cui pure fa menzione la citata disposizione), anche la sua definizione (contenuta nell'art. 2, lett. g), Reg. Consob n. 16190/2007, che parla di "una sede diversa dalla sede legale dell'intermediario autorizzato, costituita da una stabile organizzazione di mezzi e di persone, aperta al pubblico, dotata di autonomia tecnica e decisionale, che presta in via continuativa servizi e attività di investimento") taglia fuori i locali in cui il singolo promotore finanziario svolga la propria attività professionale. Né può sostenersi che l'art. 2, lett. g) sia inoperante ove le attività di cui all'art. 30, comma 1, siano affidate a un promotore, pena la sostanziale disapplicazione della norma, posto che l'offerta fuori sede viene sistematicamente compiuta dai "consulenti finanziari abilitati" di cui all'art. 31, comma 1, T.U.F.

Rassegna della Corte di Cassazione - Contrasti giurisprudenziali

a cura di Giacomo Travaglino

CONTRASTI TRA SEZIONI SEMPLICI

SPESE GIUDIZIALI

Quale vizio è configurabile nella motivazione della sentenza che, statuendo sulle spese di lite, non indichi la parte sulla quale graveranno quelle relative alla CTU?

Gli orientamenti sul punto

La terza sezione civile della Corte di legittimità, con l'**ordinanza n. 10804 del 2020** (Pres. Armano; Rel. Rossetti; P.G. Cardino, che conclude in senso conforme alla decisione poi adottata dal collegio), riconduce il vizio *de quo* al modello normativo dell'omessa pronuncia, configurabile tutte le volte che, nella statuizione sulle spese di lite, non venga indicata la parte sulla quale graveranno definitivamente quelle relative alla consulenza tecnica d'ufficio. Detta statuizione, a giudizio del collegio, non potrebbe ricomprenderle implicitamente, a nulla rilevando che esse abbiano già formato oggetto di liquidazione con decreto motivato ex art. 168, d.P.R. n. 115 del 2002 (è stata, pertanto, cassata con rinvio la sentenza d'appello che, accogliendo il gravame e accollando le spese di lite alla parte soccombente, non aveva provveduto in ordine alle spese della consulenza tecnica d'ufficio di primo grado).

La pronuncia si mostra consapevole, in motivazione, del contrasto con l'opposto principio, affermato dalla stessa sezione della Corte, che si legge nella **sentenza del 31 ottobre 2017, n. 25817**, a mente del quale, qualora non venga indicata, nella statuizione sulle spese di lite, la parte sulla quale graveranno definitivamente quelle relative alla consulenza tecnica d'ufficio, non si configura il vizio di omessa pronuncia poiché la decisione sulle spese del giudizio ricomprendrebbe, sia pur implicitamente, quelle di consulenza.

La pronuncia segnalata supera, per altro verso, il risalente orientamento della Corte di legittimità secondo il quale (per tutte, Cass. n. 5976 del 23 aprile 2001), disposta la compensazione, per giusti motivi, delle spese giudiziali, ove il giudice, con pregresso e provvisorio decreto di liquidazione, abbia posto le spese di consulenza tecnica d'ufficio a carico della parte poi risultata soccombente, la statuizione di compensazione comporta che quest'ultima non possa ripetersi dalla parte vittoriosa, neppure per la metà, le somme anticipate per il pagamento del compenso al CTU, che restano definitivamente carico della parte che le ha anticipate.

Pur nel suo indiscutibile rigore formale, la sentenza segnalata sembra destinata ad appesantire (e non di poco) l'*iter* processuale di una domanda che, alla luce del contrario orientamento, avrebbe infine trovato la sua definizione senza dover ricorrere all'ulteriore e defatigante strascico di un giudizio di

rinvio, funzionale soltanto ad una declaratoria marginale ed accessoria quale quella sulle spese di consulenza tecnica, volta che, nulla disponendo la pronuncia d'appello in merito alla relativa debenza (sebbene essa, riformando quella di primo grado, abbia necessariamente travolto tutte le statuizioni ivi contenute, così come previsto dall'art. 336 c.p.c., secondo cui "la riforma della sentenza impugnata ha effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti dalla parte riformata"), la relativa carenza di statuizioni ben poteva essere superata in via interpretativa.

La pronuncia esclude, peraltro, tale (assai più ragionevole) soluzione rappresentando un triplice profilo di (supposta) criticità, e in particolare escludendo:

- 1) che la Corte d'Appello abbia voluto richiamare implicitamente le statuizioni sulle spese di consulenza adottate dal Tribunale nel decreto di liquidazione di queste ultime (ove poste a carico delle parti in solido);
- 2) che la Corte d'Appello, addossando agli appellanti principali (soccumbenti) le spese di lite, abbia implicitamente voluto porre a loro carico anche le spese di consulenza;
- 3) che la Corte d'Appello abbia voluto porre tali spese a carico dell'appellato (vittorioso).

Di conseguenza, il silenzio serbato dalla sentenza circa la sorte delle spese di c.t.u. non potrebbe mai ritenersi *un silenzio concludente*, perché inidoneo *ex se* a stabilire se il giudice: abbia inteso regolare le spese di c.t.u. richiamando il principio stabilito nel decreto ex art. 168, d.P.R. n. 115/2002; abbia inteso compensarle; abbia inteso porle a carico di una delle parti (con buona pace dei principi del giusto processo, nella loro fondamentale declinazione *di processo celere*).

TRIBUTI: DEFINIZIONE AGEVOLATA

In tema di definizione agevolata delle controversie tributarie mediante la c.d. "pace fiscale", quale operatività deve, in concreto, ricondursi al limite dei 1.000 euro?

Gli orientamenti sul punto

La V sezione della Corte di legittimità, con l'**ordinanza n. 11817 del 18 giugno 2020** (Pres. Zoso, Rel. Cavallari), afferma, in tema di c.d. "pace fiscale", il principio secondo il quale, ai fini dell'annullamento, ai sensi dell'art. 4, comma 1, D.L. n. 119 del 2018, dei debiti tributari la cui riscossione sia stata affidata ai competenti agenti nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2000 e il 31 dicembre 2010, il limite di mille euro di valore del debito deve ritenersi riferito al "singolo carico affidato", per tale dovendo intendersi la singola partita di ruolo, e cioè l'insieme dell'imposta, delle sanzioni e degli interessi accessori, con la conseguenza che, in detto limite, rientrerebbero anche le cartelle di importo complessivo superiore a

Osservatori

detto valore, il cui singolo carico affidato all'agente della riscossione non superi l'importo di mille euro, costituendo oggetto del condono il singolo debito e non l'importo complessivo della cartella.

L'art. 4, comma 1, D.L. n. 119 del 2018, convertito nella L. n. 136 del 2018, prevede, come è noto, lo stralcio *ex lege* dei debiti tributari che non superino l'importo di 1.000 euro, affidati agli agenti di riscossione nel periodo compreso tra il 2000 e il 2010. La norma dispone, in particolare, che, alla data di entrata in vigore del decreto, i debiti di importo residuo fino a mille euro - comprensivo di capitale, interessi per ritardata iscrizione a ruolo e sanzioni - risultanti dai singoli carichi affidati agli agenti della riscossione dal 10 gennaio 2000 al 31 dicembre 2010, ancorché riferiti alle cartelle per le quali sia già intervenuta la richiesta di cui all'art. 3, siano automaticamente annullati alla data del 31 dicembre 2018, per consentire il regolare svolgimento dei necessari adempimenti tecnici e contabili.

In motivazione, la pronuncia segnalata rileva, in premessa, come gli elementi considerati dalla disposizione per individuare i debiti oggetto di stralcio siano rappresentati dalla sorta capitale, dagli interessi per ritardata iscrizione a ruolo e dalle sanzioni, risultanti dai singoli carichi affidati all'Agente, ma non anche dagli interessi di mora e dall'aggio, con la conseguenza che ai debiti così individuati deve riferirsi il limite di valore di mille euro rispetto al quale opera l'annullamento al "singolo carico affidato", dovendosi intendere come tale la "singola partita di ruolo" (e cioè l'insieme dell'imposta, delle sanzioni e degli interessi accessori). Da tale premessa il collegio della sezione tributaria fa discendere la conseguenza che, nell'ambito di operatività della norma, devono ritenersi ricomprese tutte le cartelle, di importo complessivo anche superiore a mille euro, il cui singolo carico affidato all'agente della riscossione non superi l'importo suddetto, con l'ulteriore precisazione per la quale oggetto del condono sarebbe il singolo debito, e non l'importo complessivo della cartella.

Tanto considerato, la pronuncia precisa ancora che lo stralcio automatico riguarda, con effetto al 31 dicembre 2018, le cartelle esattoriali rispetto alle quali:

- il carico risulti affidato dall'ente impositore all'agente della riscossione tra il 10 gennaio 2000 e il 31 dicembre 2010;
- i debiti (risultanti dai singoli carichi affidati agli agenti della riscossione) che alla data del 24 ottobre 2018 siano di importo residuo massimo di euro 1.000,00 (comprensivo di sanzioni ed interessi).

La sentenza si pone in frontale contrasto con i principi affermati, due mesi dopo, dalla III Sezione della Corte di legittimità con l'**ordinanza n. 17966 del 27 agosto 2020**, ove si legge che, ai fini dell'annullamento dei debiti tributari la cui riscossione sia stata affidata agli agenti di riscossione nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2000 e il 31 dicembre 2010, il limite di valore del debito (mille euro) non deve essere riferito ai singoli carichi risultanti da ciascuna cartella esattoriale ma alla sommatoria di essi e, se i debiti sono di diversa natura, al valore complessivo dei carichi omogenei.

A fondamento della opposta soluzione adottata, il collegio della III sezione osserva:

- che il riferimento, contenuto nell'art. 4, ai "debiti residui", ha riguardo ad una posizione debitoria risultante da una cartella di pagamento, cioè alla pretesa dell'esattore espressa in essa, e può riguardare anche distinte cartelle;
- che la circostanza per la quale il legislatore abbia ancorato l'emergenza del debito a una cartella dimostra come si sia inteso riferire la fattispecie di annullamento all'ipotesi in cui il debito sia stato evidenziato in una cartella di pagamento;

- che l'utilizzo del plurale, nel riferimento *alle cartelle*, contenuto nell'art. 4 implica che i "debiti residui" possano emergere anche da distinte cartelle;

- che, di converso, nel caso in cui più debiti risultino da una singola cartella, il valore di mille euro non possa essere atomisticamente correlato a ciascun carico, ma vada collegato al debito che deriva dal cumulo dei singoli carichi risultanti dalla cartella;

- che il riferimento contenuto nell'art. 4 ai "singoli carichi" non può essere inteso nel senso di ancorare il limite di valore a ciascun carico risultante dalla cartella, in quanto il riferimento contenuto "ai debiti di importo residuo" postula che il "residuo" rilevante agli effetti dell'annullamento possa e debba risultare da più debiti, e cioè dai più "carichi" contenuti nella cartella.

In conclusione, il riferimento al valore di euro mille va inequivocabilmente inteso nel senso che il c.d. "annullamento" entro questo limite si correla al valore complessivo dei carichi di ciascuna cartella.

La pronuncia si mostra consapevole dell'opposto indirizzo espresso dalla sentenza della sezione tributaria segnalata, con il quale si pone in consapevole contrasto sul presupposto che detta sentenza mostrerebbe il limite di sopravvalutare il riferimento al singolo carico senza collocarlo nel tenore complessivo della norma, e al contempo svaluterebbe anche il rilievo della cartella di pagamento come punto di riferimento del debito, di tal che la diversa interpretazione adottata sarebbe coerente con la *ratio* dell'agevolazione, la quale, in quanto collegata al valore modesto del debito residuo, si giustifica solo se il limite di valore è determinato in relazione ai diversi carichi contenuti nella cartella: il riferimento al valore di mille euro, difatti, non potrebbe non considerare e distinguere la posizione di chi sia debitore solo di un residuo complessivo di mille euro e di chi sia debitore di singoli carichi, ciascuno collocantesi nel detto limite ma in cumulo al di là di esso.

CONTRASTI RIMESSI ALLE SEZIONI UNITE

TARIFFE PROFESSIONALI FORENSI E ART. 636 C.P.C.

L'abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal D.L. n. 1/2012, convertito dalla L. n. 27/2012, ha determinato, o meno, in base al disposto dell'art. 9, l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c.?

Il caso e la richiesta del Procuratore generale ex art. 363 c.p.c.

Su richiesta del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, pervenuta alla Procura Generale presso la Corte di cassazione il 18 novembre 2019, il Procuratore Generale ha proposto ricorso, depositato il 20 luglio 2020, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., al fine di consentire al giudice di legittimità l'esercizio della sua funzione nomofilattica, indicando alla giurisdizione di merito, nella materia *de qua*, l'esatta interpretazione ed il perimetro applicativo dell'art. 636 c.p.c.

Il ricorso trae spunto da un orientamento della giurisprudenza di merito prevalentemente (anche se non unanimemente) volto a disattendere le richieste di decreto ingiuntivo per il pagamento dei compensi professionali - da riconoscere in favore degli avvocati per le attività giudiziali e stragiudiziali, benché corredati dal parere di congruità del competente Consiglio dell'ordine - in conseguenza dell'abrogazione del sistema tariffario forense (presupposto sotteso all'operatività dell'evocata norma processuale).

Nella parte motiva del ricorso, si premette che il Tribunale di Roma, con Provv. n. 28838 del 2019, aveva rigettato la richiesta monitoria formulata da un avvocato capitolino sulla base della ritenuta inapplicabilità dell'art. 636 c.p.c. in conseguenza dell'abrogazione del sistema tariffario forense, chiedendo poi l'enunciazione, nell'interesse della legge, di due principi di diritto, a mente dei quali:

- l'abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal D.L. n. 1/2012, convertito dalla L. n. 27/2012, non ha determinato, in base al disposto del suo art. 9, l'abrogazione dell'art. 636 c.p.c.;

- la persistente vigenza dell'art. 636 c.p.c. consente all'avvocato di agire per la corresponsione dei compensi per prestazioni professionali con la richiesta di decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 633, comma 1, n. 2, c.p.c., sulla base della parcella e del parere di congruità rilasciato dal competente Consiglio dell'ordine, reso, a partire dall'abolizione del sistema tariffario disposto con la L. n. 27/2012, alla luce del sistema dei parametri per i compensi professionali di cui alla L. n. 247/2012 e ai relativi Decreti Ministeriali attuativi.

Il Primo Presidente, ritenendo la questione di particolare importanza, ha disposto che la Corte si pronunci a Sezioni Unite ex art. 363, comma 2, c.p.c., volta che l'adesione all'una piuttosto che all'altra tesi comporta, alternativamente:

- che, ove si ritengano soppresse *tout court*, per effetto dell'art. 9, comma 5, D.L. n. 1 del 2012, le disposizioni di riferimento alle tariffe professionali, all'abrogazione della norma di diritto sostanziale che regola il diritto al compenso (l'art. 2233, comma 1, c.c.), conseguirebbe quella delle previsioni di carattere processuale (l'art. 633, comma 1, nn. 2 e 3, e l'art. 636 c.p.c.), che della prima consentono l'applicazione;

- che, ove ci si orienti per una abrogazione soltanto parziale delle norme che fanno riferimento alla tariffa (limitandola, cioè, alla parte di esse che ne prevede il ricorso per la determinazione del compenso o del corrispettivo), occorrerebbe verificare, caso per caso, quale sia stato l'effetto dell'intervento legislativo rispetto alle singole disposizioni rilevanti *in parte qua*.

Nell'ipotesi di ritenuta abrogazione totale dell'art. 636 c.p.c. (nonché, a monte, dell'art. 633, comma 1, nn. 2 e 3, c.p.c.), tutti i professionisti destinatari della riforma dei parametri non

potrebbero più azionare il proprio credito nelle forme del procedimento monitorio c.d. "puro", ma dovrebbero introdurre quello ordinario, fondato sulla prova scritta, secondo la regola generale dettata dall'art. 633, comma 1, n. 1, c.p.c.: in mancanza dell'accordo scritto con il cliente (fonte primaria di determinazione del compenso), il professionista potrebbe ricorrere al procedimento monitorio c.d. "documentale", ma solo allorquando sia in grado di documentare puntualmente tutta l'attività svolta, per invocare la liquidazione delle spese e competenze sulla scorta dei parametri ministeriali.

Nella contraria ipotesi di ritenuto effetto abrogativo solo parziale, relativo alle sole parti delle singole disposizioni che fanno riferimento alle tariffe, il ricorso al procedimento monitorio puro, ex art. 636 c.p.c., sarebbe ancora consentito, con conseguente e persistente attualità, efficacia e vincolatività del parere dell'Associazione professionale di categoria (nel caso di specie, del Consiglio dell'ordine degli Avvocati) allegata a corredo della richiesta di ingiunzione.

La dottrina

Nascimbene - Bastianon, *Avvocati, diritto comunitario e diritto nazionale: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in questa *Rivista*, 2002, 602 ss.; Nascimbene - Bergamini, *Le tariffe professionali degli avvocati: un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, *ivi*, 2008, 91 ss.; Carraro, *Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 165 ss.; Vaccari, *Il nuovo sistema dei parametri forensi: perché, quando, come*, in *Corr. mer.*, 2013, 857 ss.; Scarselli, *I compensi professionali forensi dopo il decreto sulle specializzazioni*, in questa *Rivista*, *Inserto speciale*, 2012, 61 ss.; Danovi, *L'onorario dell'avvocato tra parametri ed equo compenso*, in questa *Rivista*, 2018, 589 ss.; L. Carbone, *Liquidazione dei compensi per la professione forense. Il compenso dell'avvocato e i nuovi parametri forensi*, in questa *Rivista*, *Speciale digitale*, 2018; Martinuzzi, *Nuovi compensi degli avvocati*, Rimini, 2012, specie 46; Valitutti - De Stefano, *Il decreto ingiuntivo e l'opposizione*, Padova, 2013, 81 ss.; Comoglio - Consolo - Sassani - Vaccarella, *Art. 636 c.p.c., Commentario del codice di procedura civile*, sub art. 636, VII, I, 606 ss.

INDICE DEGLI AUTORI

Balestra Luigi

L'anelata giustizia tra istanze di rinnovamento e formazione dei magistrati

5

Covucci Dario

Prestito di opere d'arte e organizzazione di mostre: la responsabilità del gallerista per incauta custodia

65

Danovi Filippo

Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale

21

De Carolis Vincenzo

L'onere della prova del vantaggio selettivo ex art. 107 TFUE in materia di *ruling* fiscale

94

Glendi Cesare

Ad infera. La Consulta "benedice" l'illogico "diritto vivente" sull'estinzione postliquidativa delle società, ma non l'apparente disposta cancellazione "del" registro delle imprese

80

Mortillaro Giuseppina

La vicenda dei *riders*: tra esigenza di protezione dei lavoratori e qualificazione del rapporto

54

Scarano Nicola

Un'ordinanza inedita della Cassazione in tema di diritto al mantenimento del figlio maggiorenne: tra novità dirompenti e arresti sicuri

38

Staglioli Cerino Lorenzo

L'usura sopravvenuta e il computo degli interessi moratori nell'evoluzione giurisprudenziale

110

Stella Marcello

Diesel e *software* anti-emissioni circolano nel mercato unico ed inquinano i *test* e l'ambiente ma rendono il produttore soggetto alla giurisdizione dei luoghi di acquisto

12

Triola Roberto

Azioni reali relative alle parti comuni del condominio: problemi di litisconsorzio e di legittimazione passiva

72

INDICE CRONOLOGICO

DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte europea dei diritti dell'uomo

30 giugno 2020- E.C. c. Italia, sez. I 127

10 settembre 2020 - G.L. c. Italia, sez. I 124

1° ottobre 2020 - Mediani c. Italia, sez. I 122

Corte di giustizia UE

9 luglio 2020, n. C-343/19, sez. I 9

Tribunale UE

15 luglio 2020, cause riunite T-778/16 e T-892/16, sez. VII ampliata 88

Corte costituzionale

8 luglio 2020, n. 142 78

Corte di cassazione

24 gennaio 2020, n. 1663, sez. lav. 48

14 agosto 2020, n. 17183, ord., sez. I 32

16 ottobre 2020, n. 22604, ord. sez. VI-1 17

23 ottobre 2020 n. 23315, ord., sez. II 138

27 ottobre 2020, n. 23569, ord., sez. I 139

5 novembre 2020, n. 24689, ord., sez. III 137

11 novembre 2020, n. 25311, sez. I 134

11 novembre 2020, n. 25369, sez. un. 136

12 novembre 2020, n. 25578, sez. un. 133

17 dicembre 2020, n. 28995, ord. interloc., sez. I . . . 18

Tribunale

21 gennaio 2019, n. 90, Lodi 63

INDICE ANALITICO

Corte europea dei diritti dell'uomo

Diritto all'istruzione

Alunno con disabilità e mancanza dell'insegnante di sostegno (*Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 10 settembre 2020 - G.L. c. Italia*) Osservatorio .. 124

Equo processo

Ragionevole durata del processo e ricorso straordinario al Capo dello Stato (*Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 1° ottobre 2020- Mediani c. Italia*) Osservatorio 122

Rispetto della vita privata e familiare

Affidamento del minore ad altra famiglia per preservarne lo sviluppo psicologico (*Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 30 giugno 2020 - E.C. c. Italia*) Osservatorio 127

Diritto del lavoro

Incarichi dirigenziali

Ai direttori generali (e anche ai direttori sanitari e ai direttori amministrativi) degli Enti del Servizio Sanitario Nazionale si applica la normativa in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi (oltre che quella sulla inconfiribilità degli incarichi stessi) - con le relative sanzioni - dettata dall'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nonché, *ratione temporis*, dalla disciplina specifica per i titolari di incarichi dirigenziali di cui al d.lgs.

n. 39 del 2013). Tale normativa ha carattere imperativo e inderogabile, essendo irrilevante il fatto che il rapporto del direttore generale di un ente del SSN - peraltro, dalla legge qualificato "esclusivo" - sia di natura autonoma e sia regolato da un contratto di diritto privato, perché, agli indicati fini, quel che conta è lo svolgimento di funzioni in qualità di "agente dell'Amministrazione pubblica", da cui deriva il rispetto del primario dovere di esclusività del rapporto con la P.A. (*Cassazione civile 11 novembre 2020, n. 25369*) Osservatorio

Lavoro subordinato

La vicenda dei *riders*: tra esigenza di protezione dei lavoratori e qualificazione del rapporto (*Cassazione civile 24 gennaio 2020, n. 1663*) di G. Mortillaro ..

Diritto internazionale

Protezione internazionale

In tema di protezione internazionale, l'inserimento del paese di origine del richiedente nell'elenco dei "paesi sicuri" produce l'effetto di far gravare sul ricorrente l'onere di allegazione rinforzata in ordine alle ragioni soggettive o oggettive per le quali invece il paese non può considerarsi sicuro, soltanto per i ricorsi giurisdizionali presentati dopo l'entrata in vigore del d.m. 4 ottobre 2019, poiché i principi del giusto processo ostano al mutamento in corso di causa delle regole cui sono informati i detti oneri di allegazione, restando comunque intatto per il giudice, a fronte del corretto adempimento di siffatti oneri, il potere-dovere di acquisire con ogni mezzo tutti gli elementi utili ad indagare sulla sussistenza dei presupposti della protezione internazionale (*Cassazione civile 11 novembre 2020, n. 25311*) Osservatorio

Diritto tributario

Cartelle esattoriali

Contrasti tra Sezioni Semplici (*Cassazione civile 18 giugno 2020, n. 11817; Cassazione civile 27 agosto 2020, n. 17966*) Osservatorio

Famiglia

Divorzio

Assegno di mantenimento e di divorzio e nuova convivenza, tra onere della prova, discrezionalità giudiziale e adeguato supporto motivazionale (*Cassazione civile 16 ottobre 2020, n. 22604; Cassazione civile 17 dicembre 2020, n. 28995, ord. interloc.*) di F. Danovi

Filiazione

Un'ordinanza inedita della Cassazione in tema di diritto al mantenimento del figlio maggiorenne: tra novità dirompenti e arresti sicuri (*Cassazione civile 14 agosto 2020, n. 17183*) di N. Scarano

Giurisdizione

Immissioni

La controversia nella quale il privato, previo accertamento della rumorosità, molestia e intollerabilità delle immissioni prodotte dagli aerogeneratori di un parco eolico, nonché degli effetti pregiudizievoli da esse recati alla salute propria e dei suoi familiari e al valore economico della sua proprietà, ne abbia domandato la cessazione o, almeno, la riduzione entro i limiti della tollerabilità, unitamente al risarcimento del danno, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, avuto riguardo al *petitum* sostanziale della domanda, la quale non concerne l'annullamento del provvedimento amministrativo di autorizzazione all'installazione e gestione dell'impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica (né presuppone l'accertamento della sua illegittimità), ma ha ad oggetto la tutela dei diritti soggettivi alla salute e di proprietà, sul fondamento della violazione dei limiti di tollerabilità previsti dall'art. 844 c.c. (*Cassazione Civile 12 novembre 2020, n. 25578*) Osservatorio

Libere professioni

Avvocati

Contrasti rimessi alle Sezioni Unite (*Ricorso del Procuratore generale ex art. 363 c.p.c. 30 luglio 2020*) Osservatorio

Locazioni e condominio

Parti comuni del condominio

Azioni reali relative alle parti comuni del condominio: problemi di litisconsorzio e di legittimazione passiva di R. Triola

Mercati finanziari

Intermediazione finanziaria

In tema di intermediazione finanziaria, per escludere l'applicabilità della disciplina relativa all'offerta fuori sede di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 58 del 1998 (c.d. T.U.F.), nella vigenza del Reg. Consob n. 16190 del 2007, non è sufficiente che la promozione e il collocamento di strumenti finanziari si attuino in luogo di pertinenza del promotore finanziario, ma è necessario che tali attività si perfezionino presso la sede legale dell'intermediario autorizzato, ovvero presso una dipendenza dello stesso, per tale dovendosi intendere l'unità locale costituita da una stabile organizzazione di mezzi e di persone, aperta al pubblico, dotata di autonomia tecnica e decisionale, che presta in via continuativa servizi e attività di investimento (*Cassazione civile 27 ottobre 2020, n. 23569, ord.*) Osservatorio

136

48

134

141

17

32

133

142

72

139

Obbligazioni e contratti

Contratto di prestito di opere d'arte

Prestito di opere d'arte e organizzazione di mostre: la responsabilità del gallerista per incauta custodia (*Tribunale di Lodi 21 gennaio 2019*) di D. Covucci

Interessi moratori

L'usura sopravvenuta e il computo degli interessi moratori nell'evoluzione giurisprudenziale di L. Staglioli Cerino

Ordinamento giudiziario

Riforme

L'anelata giustizia tra istanze di rinnovamento e formazione dei magistrati di L. Balestra

Processo civile

Litisconsorzio necessario

La legittimazione all'azione di accertamento dell'inefficacia di un contratto stipulato dal *de cuius* compete anche al legatario di una cosa determinata sul quale sovrasti il danno giuridico derivante dall'incertezza circa l'efficacia del negozio e nel relativo giudizio, instaurato nei confronti del terzo contraente, l'erede, subentrato nel contratto stipulato dal dante causa, è litisconsorte necessario, qualora, in base alla finalità del giudizio stesso, quale emergente dal *petitum* in concreto formulato dall'attore, non sia possibile adottare una pronuncia idonea a produrre gli effetti giuridici voluti senza la sua partecipazione (*Cassazione civile 23 ottobre 2020 n. 23315, ord.*) Osservatorio

Onere della prova

L'onere della prova del vantaggio selettivo *ex art. 107 TFUE* in materia di *ruling* fiscale (*Tribunale UE, 15 luglio 2020, cause riunite T-778/16 e T-892/16*) di V. De Carolis

Spese giudiziali

Contrasti tra Sezioni Semplici (*Cassazione civile 5 giugno 2020, n. 10804; Cassazione civile 31 ottobre 2017, n. 25817*) Osservatorio

63

Responsabilità civile

Risarcimento del danno

110

Il danno non patrimoniale da lesione o perdita del rapporto parentale non è rigorosamente circoscritto ai familiari conviventi, poiché il rapporto di convivenza, pur costituendo elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, non assurge a connotato minimo di esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà, escludendoli automaticamente in caso di sua mancanza. In particolare, nessun rilievo può essere attribuito, al fine di negare il riconoscimento di tale danno, all'unilateralità del rapporto di fratellanza ed all'assenza di vincolo di sangue, non incidendo essi negativamente sull'intimità della relazione, sul reciproco legame affettivo e sulla pratica della solidarietà. (*Cassazione civile 5 novembre 2020, n. 24689, ord.*) Osservatorio

5

141

137

Società e impresa

Estinzione della società

Ad infera. La Consulta "benedice" l'illogico "diritto vivente" sull'estinzione postliquidativa delle società, ma non l'apparente disposta cancellazione "del" registro delle imprese (*Corte costituzionale 8 luglio 2020, n. 142*) di C. Glendi

138

78

Tutela dei consumatori

Foro dell'illecito aquiliano

Diesel e *software* anti-emissioni circolano nel mercato unico ed inquinano i *test* e l'ambiente ma rendono il produttore soggetto alla giurisdizione dei luoghi di acquisto (*Corte di giustizia 9 luglio 2020, n. C-343/19*) di M. Stella

88

9

PROBLEMI E SOLUZIONI IN TEMA DI ARBITRATO

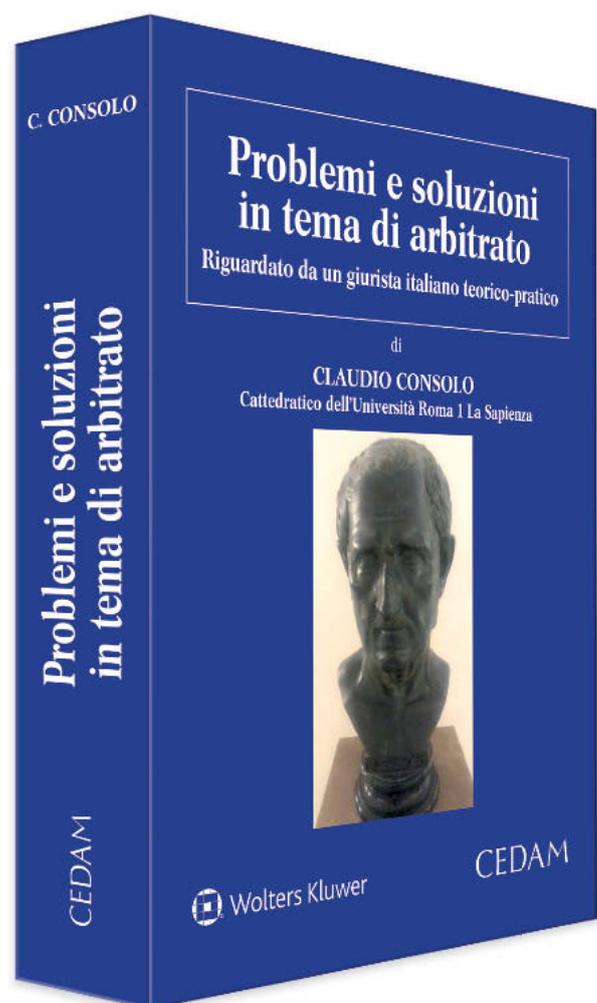
RIGUARDATO DA UN GIURISTA ITALIANO
TEORICO-PRATICO

di Claudio Consolo

€ 75

Cod. 00251355

Quasi trent'anni e tre riforme (1983, 1994 e 2006): questo è l'arco temporale coperto dagli **scritti** e **frutto di esperienze dottrinali, di confronto giurisprudenziale**, e pure di **contributi consulenziali** quasi sempre *pro veritate* in materia di arbitrati, nelle loro varie tipologie e discipline. I 59 scritti sono raccolti in **tre sezioni** dedicate: la prima, all'**arbitrato interno**, rituale e poi irrituale; la seconda, ai **rapporti tra arbitrato e diritto UE** e all'**arbitrato lato sensu internazionale**; la terza, infine, alle **nuove ADR**, ed in particolare all'arbitrato bancario-finanziario.



ACQUISTALO SUBITO



on line su shop.wki.it



info.commerciali@wki.it



Rivolgiti al tuo consulente editoriale



Nelle migliori librerie



Wolters Kluwer
When you have to be right



Valore s.m.

[Del lavoro dei nostri clienti e delle soluzioni che creiamo per loro. Abbiamo un'esperienza maturata in anni di attività. Collaboriamo con gli esperti più autorevoli e studiamo soluzioni innovative per aggiungere qualità al lavoro dei professionisti e contribuire al loro successo.

Da questo impegno oggi nasce One. Una soluzione digitale evoluta che coniuga l'aggiornamento in tempo reale, la completezza e l'affidabilità delle informazioni con l'efficacia delle modalità di consultazione.]

Scopri di più su info.one.it

One | FA GRANDE
LA DIFFERENZA

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX