



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
*UFFICIO DEL MASSIMARIO*

**Rassegna**  
**della giurisprudenza di legittimità**

**Gli orientamenti delle Sezioni Civili**

Anno 2023

VOLUME II



# INDICE



# VOLUME SECONDO

## I PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE (coordinato da Giovanni Fanticini)

### PARTE QUARTA IMPRESA E MERCATO (coordinata da Salvatore Leuzzi)

#### CAPITOLO XVI

##### I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

(DI PAOLO FRAULINI)

1. Il marchio. ....	403
2. Il brevetto. ....	407
3. Le condotte anticoncorrenziali <i>ex lege</i> 10 ottobre 1990, n. 287. ....	411
4. La concorrenza sleale. ....	412
5. I diritti del consumatore. ....	415
6. Il diritto d'autore. ....	415

#### CAPITOLO XVII

##### IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI CECILIA BERNARDO, GUIDO ROMANO, GIULLA STANO)

1. Le società in generale. ....	417
1.1. Le vicende modificative ed estintive delle società. ....	417
1.2. Le clausole antistallo. <i>La russian roulette clause</i> . ....	421
1.3. Cessione di partecipazioni societarie. ....	422
1.4. Profili processuali. ....	422
2. Le società di persone. ....	425
2.1. Autonomia sostanziale e processuale della società rispetto ai singoli soci. ....	425
2.2. Continuazione dell'attività di impresa da parte degli eredi. Responsabilità <i>ex art.</i> 2297 c.c. ....	425
2.3. Responsabilità per inadempimento della società in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio. ....	426
2.4. Assoggettabilità a esecuzione della quota anche anteriormente allo scioglimento della società. ....	426
2.5. Violazione del divieto di concorrenza. ....	427
3. Le società di capitali. ....	427
3.1. Le azioni. ....	427
3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo. ....	428
3.3. Le deliberazioni dell'assemblea. ....	430
3.4. Gli amministratori. ....	432
3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori. ....	433
3.6. La responsabilità da direzione e coordinamento. ....	436
3.7. La concessione abusiva di credito. ....	436
3.8. Le operazioni straordinarie. ....	438
4. Particolari società di capitali. ....	440
4.1. Le società cooperative. ....	441

## CAPITOLO XVIII

### IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

(DI ALESSANDRO FAROLFI)

1. Questioni pregiudiziali. ....	443
2. Intermediazione finanziaria. ....	443
3. I rapporti bancari. ....	445
4. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari. ....	448
5. La responsabilità della banca. ....	450
6. Titoli di credito. ....	452

## CAPITOLO XIX

### IL DIRITTO DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

(DI ALESSANDRO FAROLFI E SALVATORE LEUZZI)

1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. ....	455
1.1. L'estensione del fallimento e le società cancellate. ....	459
1.2. Il procedimento prefallimentare. ....	460
1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento. ....	461
2. Gli organi delle procedure concorsuali. ....	462
2.1. I reclami endoconcorsuali. ....	464
3. I pagamenti in costanza di fallimento e le azioni di inefficacia. ....	465
3.1. Le azioni <i>ex art. 66 l.fall.</i> ....	465
3.2. Le revocatorie fallimentari. ....	467
4. I rapporti pendenti. ....	470
5. La formazione dello stato passivo. ....	471
5.1. Segue: profili processuali. ....	475
6. La liquidazione dell'attivo. ....	478
7. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. ....	479
8. Il concordato fallimentare. ....	480
9. Il concordato preventivo in generale. ....	481
9.1. L'ammissione, la revoca, l'omologa. ....	485
10. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. ....	488
11. Il sovraindebitamento. ....	491

## DIALOGANDO CON IL MERITO

### LA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

(DI ALESSANDRO FAROLFI)

1. Introduzione. ....	493
2. I presupposti e l'indebitamento "misto". ....	495
2.1. Segue: l'indebitamento familiare. ....	497
3. Prime pronunce in tema di concordato minore. ....	498
4. La ristrutturazione dei debiti del consumatore. ....	501
5. Profili problematici relativi alla liquidazione controllata e all'attività liquidatoria dei beni. ....	502

## DIALOGANDO CON IL MERITO

### IL MUTUO CON AMMORTAMENTO "ALLA FRANCESE"

(DI ALESSANDRO FAROLFI)

1. Le diverse forme di ammortamento. ....	507
---	-----

2. Funzionamento del mutuo con ammortamento “alla francese” . . . . .	508
3. La posizione della dottrina. . . . .	511
4. La questione pregiudiziale. . . . .	524
5. La parola alle Sezioni Unite. . . . .	525

## PARTE QUINTA IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(Coordinata da Luigi Di Paola)

### CAPITOLO XX

#### OBBLIGHI, RESPONSABILITÀ E DIRITTI DEL DATORE E DEL LAVORATORE: LA NOMOFILACHIA IN TEMA DI LAVORO PRIVATO.

*(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO E MARIO DE IORIS)*

1. Premessa. . . . .	529
2. Questioni in materia di retribuzione. . . . .	530
2.1. Sulla prescrizione dell'indennità sostitutiva delle ferie. . . . .	533
2.2. In tema di responsabilità solidale dei crediti retributivi <i>ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003.</i> . . . . .	534
2.3. La conservazione del posto di lavoro durante il periodo di malattia ed il superamento del periodo di comporto. . . . .	535
3. Sull'orario di lavoro e sull'onere della prova in tema di permessi <i>ex art. 33 l. n. 104 del 1992.</i> . . . . .	536
4. Obblighi, diritti e poteri del datore. . . . .	539
4.1. Divieti di discriminazione. . . . .	542
4.2. Il mutamento della parte datoriale, <i>ex art. 2112 c.c., o per cambio appalto.</i> . . . . .	543
4.3. L'interposizione di manodopera. . . . .	546
4.4. Ipotesi di inadempimento datoriale. . . . .	547
4.5. Vicende relative alla cessazione del rapporto di lavoro: le dimissioni e le rinunzie e le transazioni in sede sindacale. . . . .	548
5. I contratti a termine. . . . .	548
6. La somministrazione. . . . .	552
7. Contratto di apprendistato, di lavoro intermittente, a progetto, di collaborazione coordinata e continuativa. . . . .	554
8. Principi in tema di contrattazione collettiva. . . . .	556
8.1. Dei codici deontologici. . . . .	559
9. Il contratto di agenzia. . . . .	559

### CAPITOLO XXI

#### IL LICENZIAMENTO

*(DI LUIGI DI PAOLA)*

1. Licenziamento individuale: premessa. . . . .	563
2. Licenziamento ritorsivo e discriminatorio. . . . .	563
3. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. . . . .	564
4. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. . . . .	565
5. Il comporto. . . . .	567
6. Applicazioni della legge “Fornero”. . . . .	568
7. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015. . . . .	568
8. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. . . . .	569
9. Il licenziamento del dirigente. . . . .	570
10. Licenziamenti collettivi. . . . .	571

## CAPITOLO XXII

### IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO PRIVATIZZATO

(DI LUIGI DI PAOLA)

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. ....	573
2. I principi generali. ....	573
3. La costituzione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego privatizzato. ....	574
3.1. Il reclutamento mediante procedure concorsuali: regole ed eccezioni. Le progressioni di carriera. ....	574
3.2. I contratti di lavoro flessibili. ....	576
4. Retribuzione e altri trattamenti economici. ....	580
5. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni. ....	583
6. Mobilità. ....	584
7. Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi. ....	586
8. Illeciti disciplinari. ....	586
9. La cessazione del rapporto di lavoro. ....	590
10. La dirigenza. ....	591
11. Il personale scolastico. ....	594
12. Le azioni di recupero della PA nei confronti del dipendente. ....	596

## CAPITOLO XXIII

### LE VICENDE DELL'OBBLIGAZIONE CONTRIBUTIVA

(DI LUCLANO CLAFARDINI)

1. L'obbligazione contributiva e i soggetti obbligati. ....	599
2. La retribuzione imponibile e il minimale retributivo. ....	600
3. Gli sgravi e i benefici contributivi. ....	604
4. Totalizzazione e ricongiunzione dei periodi assicurativi a fini previdenziali. ....	605
5. Il cumulo contributivo. ....	606
6. Omissione contributiva e posizione del lavoratore. ....	607
7. Accertamento e riscossione. ....	608
8. La prescrizione dei crediti contributivi. ....	611
9. La ripetizione dei contributi versati in eccesso dal datore di lavoro. ....	611
10. Il caso dei lavoratori agricoli iscritti nei c.d. elenchi "a validità prorogata". ....	612

## CAPITOLO XXIV

### LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI

(DI LUCLANO CLAFARDINI)

1. La contribuzione figurativa e le maggiorazioni contributive. ....	615
2. Le prestazioni pensionistiche. ....	617
3. Il cumulo dei trattamenti: divieti e facoltà di opzione. ....	621
4. I supplementi di pensione. ....	622
5. Le maggiorazioni dei trattamenti a scopo sociale. ....	623
6. L'assegno per il nucleo familiare. ....	623
7. L'assegno di maternità. ....	624
8. L'indennità di mobilità. ....	625
9. Il TFR corrisposto dal Fondo di garanzia ex art. 2 della legge n. 297 del 1982. ....	627
10. Il TFR corrisposto dal Fondo di tesoreria INPS. ....	627
11. Indennità di buonuscita e prescrizione del diritto. ....	629
12. L'indebito previdenziale. ....	629

## CAPITOLO XXV

### LE PRESTAZIONI ASSISTENZIALI

(DI LUCLANO CLAFARDINI)

1. Premessa. ....	633
2. L'invalidità civile. ....	633
3. Domanda giudiziale e decadenza semestrale. ....	634
4. L'indennità di accompagnamento. ....	634
5. L'assegno sociale. ....	635
6. La prova dei requisiti reddituali. ....	636
7. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere e di soggetti assimilati. ....	637
8. Le prestazioni in favore di soggetti danneggiati da vaccinazioni o emotrasfusioni. ....	638
9. L'indennità di frequenza. ....	639

## CAPITOLO XXVI

### LA TUTELA INAIL

(DI LUCLANO CLAFARDINI)

1. Premessa. ....	641
2. L'azione di regresso dell'INAIL. ....	641

## CAPITOLO XXVII

### LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI LUCLANO CLAFARDINI)

1. Le Casse professionali. ....	643
2. Ragionieri e periti commerciali. ....	643
3. Dottori commercialisti. ....	644
4. Giornalisti. ....	644
5. Ingegneri e architetti. ....	645
6. La previdenza forense. ....	645

## CAPITOLO XXVIII

### LA PREVIDENZA INTEGRATIVA

(DI LUCLANO CLAFARDINI)

1. Finalità della previdenza complementare, natura dei relativi versamenti e mezzi di tutela contro il datore di lavoro insolvente. ....	647
2. La sorte dei versamenti non riscattati né trasferiti ad altra forma pensionistica. ....	649
3. La previdenza integrativa per i giornalisti. ....	650
4. Le forme di previdenza integrativa preesistenti alla legge n. 144 del 1000: il caso delle polizze attivate dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (INFN). ....	651

PARTE SESTA  
I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI  
(coordinata da Stefano Pepe)

CAPITOLO XXIX

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI STEFANO PEPE)

1. Premessa. ....	653
2. La giurisdizione. ....	653
3. Aspetti processuali. ....	654
4. Il procedimento espropriativo. ....	655
5. La determinazione dell'indennità di espropriazione. ....	656
6. L'opposizione alla stima. ....	658
7. Le diverse ipotesi di acquisizione in capo alla p.a. ....	658
8. L'espropriazione di bene gravato da uso civico. ....	661
9. La retrocessione. ....	661

CAPITOLO XXX

APPALTI PUBBLICI

(DI FRANCESCA DELLA VALLE)

1. La giurisdizione. ....	663
2. Il contratto di appalto. ....	664
3. L'esecuzione del contratto: patologie e rimedi. ....	664
4. L'arbitrato negli appalti pubblici. ....	668
5. Il subappalto. ....	669

CAPITOLO XXXI

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI CECILIA BERNARDO, GUIDO ROMANO, GIULIA STANO)

1. Le società in <i>house providing</i> nelle pronunce di legittimità. ....	671
2. Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario, giudice contabile e giudice amministrativo. ....	671
3. Conversione del contratto a progetto illegittimo in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. ....	673
4. I patti parasociali sottoscritti da enti pubblici. ....	673

CAPITOLO XXXII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

(DI FRANCESCO AGNINO)

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio di opposizione e regole processuali. ....	675
2. Giurisdizione. ....	682
3. Competenza ed incompetenza. ....	683
4. Altri vizi procedurali e procedimentali. ....	686
5. Cumulo materiale e concorso di persone. ....	690
6. Intramissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale. ....	693
7. Prescrizione. ....	695
8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedimentali e processuali. ....	697
9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta. ....	703

10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione. ....	705
11. Abuso di informazioni privilegiate. ....	706
12. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario. ....	706
13. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada: modalità di accertamento. ....	708
14. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura, requisiti e notificazione. ....	711
15. L'opposizione: il rito, la competenza, l'oggetto e gli effetti. ....	715
16. Le violazioni sanzionate dal codice della strada. ....	718
17. Le altre sanzioni. ....	720

## CAPITOLO XXXIII

### ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

(DI FRANCESCO AGNINO)

1. Premessa. ....	725
2. Elettorato passivo. ....	725
3. Contenzioso elettorale. ....	726

## CAPITOLO XXXIV

### I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(DI OLIMPIA MONACO - LUCA D'ADDARIO)

1. Premessa. ....	729
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati. ....	729
2.1. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni. ....	730
2.1.1. I doveri del magistrato. ....	730
2.1.2. I comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1 d.lgs. n. 109 dle 2006, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. ....	731
2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge. ....	731
2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori. ....	732
2.1.5. L'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato. ....	734
2.1.6. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. ....	735
2.1.7. La reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari, delle direttive o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti. ....	736
2.1.8. sottrazione abituale ed ingiustificata all'attività di servizio e condotta scorretta nei confronti di altri magistrati. ....	737
2.2. Illeciti extrafunzionali. ....	737
2.2.1. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri. ....	737
2.2.2. La frequentazione di persona sottoposta a procedimento penale trattato dal magistrato. ....	738
2.2.3. L'iscrizione o partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici. ....	738
2.3. La condotta disciplinare irrilevante. ....	739
2.4. Rapporto di specialità fra illeciti disciplinari. ....	741
2.5. La natura della sanzione disciplinare ed il criterio della proporzionalità nella scelta della sanzione da applicare. ....	742
2.6. Il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio. ....	744
3. Il giudizio disciplinare. ....	745
3.1. La prova documentale. ....	745
3.2. Le dichiarazioni rese nel procedimento disciplinare da parte di persone imputate in procedimenti connessi o di reati collegati. ....	745
3.3. La tardiva richiesta di discussione orale. ....	746
3.4. Obbligo di motivazione delle sentenze disciplinari. ....	746
3.5. Diversa qualificazione in diritto dei fatti contestati. ....	747

4. Il sindacato di legittimità. ....	748
5. Il giudizio d'impugnazione. ....	750
5.1. Instaurazione e parti del giudizio di impugnazione. ....	750
5.2. Impugnabilità delle sentenze disciplinari di assoluzione con la formula di cui all'art. 3- <i>bis</i> del d.lgs. n. 109 del 2006. ....	751
6. La responsabilità disciplinare degli avvocati. ....	751
6.1. Gli illeciti disciplinari. ....	751
6.2. Il criterio del favor rei. ....	752
6.3. Giudizio disciplinare e giudizio penale. ....	753
6.4. La responsabilità per fatti oggetto di procedimento penale anteriori all'iscrizione dell'avvocato al relativo albo professionale. ....	755
7. La responsabilità disciplinare dei notai. ....	755
7.1. Gli illeciti disciplinari. ....	755
7.2. Il giudizio disciplinare. Le attenuanti <i>ex</i> art. 144 l. n. 89 del 1913. ....	757

## APPROFONDIMENTI TEMATICI

### IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Premessa. ....	759
2. La gerarchia degli interessi. ....	759
3. Il Principio del risultato. ....	760
4. Il Principio della fiducia. ....	761
5. Il Principio dell'accesso al mercato. ....	763
6. Gli altri principi. ....	763
7. Osservazioni. ....	765

VOLUME SECONDO  
I PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

(coordinato da Giovanni Fanticini)



# PARTE QUARTA

## IMPRESA E MERCATO

(coordinata da Salvatore Leuzzi)

### CAPITOLO XVI

#### I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

(DI PAOLO FRAULINI)

SOMMARIO: 1. Il marchio. - 2. Il brevetto. - 3. Le condotte anticoncorrenziali *ex lege* 10 ottobre 1990, n. 287. - 4. La concorrenza sleale. - 5. I diritti del consumatore. - 6. Il diritto d'autore.

##### 1. Il marchio.

Sul tema della distintività del segno, onde scongiurare il possibile contrasto con un marchio precedentemente registrato, **Sez. 1, n. 21738/2023, Falabella, Rv. 668385-01**, si segnala per la sua innovatività sul tema dell'oggetto della verifica comparativa. La S.C. afferma, infatti, che ai fini dell'accertamento della nullità di un marchio che si assuma simile ad altro che sia dotato di rinomanza *ex art. 12, comma 1, lett. e) c.p.i.*, occorre prendere in esame la rinomanza di quest'ultimo al momento del deposito del primo, mentre ai fini del giudizio di contraffazione tra segni *ex art. 20, comma 1, lett. c) dello stesso codice*, deve guardarsi alla sua rinomanza nel momento in cui il marchio registrato per secondo ha iniziato ad essere oggetto di utilizzazione. Al contempo, ove si discuta dell'accertamento della nullità della registrazione *ex art. 12, comma 1, lett. b), c.p.i.* e dell'accertamento dell'uso vietato del segno che si assuma simile ad altro marchio denominativo precedentemente registrato, a norma dell'art. 20 comma 1, lett. b) del medesimo codice, non rilevano le modalità di utilizzo del marchio denominativo di cui sia stata lamentata la contraffazione, dovendosi piuttosto guardare a come il detto segno sia stato depositato e registrato.

Sul medesimo tema, da segnalare anche la rilevanza innovativa dell'insegnamento di **Sez. 1, n. 22916/2023, Catalozzi, Rv. 668443-01**, sul tema dell'oggetto della caratterizzazione distintiva che consente di superare il pericolo di confusione, laddove afferma - in una fattispecie ove si discuteva se l'uso delle parole "super", "bello", "grasso", anteposte o posposte a termini

descrittivi, fosse tale da attribuire attitudine individualizzante al segno nella sua interezza, rispetto alla domanda di contraffazione dei marchi oggetto di precedente registrazione - che la validità del segno distintivo non viene meno per la presenza di un elemento descrittivo qualora questo sia accompagnato da una qualche differenziazione, che può essere costituita da aggiunte di prefissi o suffissi, nonché da particolari distorsioni o combinazioni delle parole, che gli attribuiscano una propria individualità distinta da quella delle singole locuzioni che lo compongono.

In tema di marchi di forma, si segnala l'importanza di **Sez. 1, n. 33100/2023, Iofrida, Rv. 669606-01**, laddove - in una fattispecie ove si discuteva se la forma dello scooter Vespa desse o meno valore sostanziale al prodotto, essendo tra gli elementi valutati dal consumatore in comparazione con altri fattori quali l'affidabilità e la sicurezza - precisa che ove si discuta di marchio di forma, il divieto di registrazione del segno, previsto dall'art. 18, lett. c), del r.d. n. 929 del 1942 (legge marchi), sussiste ove la forma conferisca al prodotto un valore attrattivo aggiuntivo, tale da influenzare, anche insieme ad altre caratteristiche e non necessariamente quale unica o prevalente ragione, le scelte d'acquisto del consumatore.

Le stessa pronuncia contiene altra importante affermazione, a tenore della quale l'opera di industrial design può ricevere tutela nell'ambito del diritto d'autore ove, ai sensi dell'art. 2, n. 10, della l. n. 633 del 1941, contenga un *quid pluris*, costituito dal valore artistico - che va provato da chi ne invoca la protezione - sulla base di parametri oggettivi, non necessariamente tutti presenti in concreto, quali il riconoscimento delle qualità estetiche ed artistiche da parte degli ambienti culturali ed istituzionali, l'esposizione in mostre o musei, la pubblicazione su riviste specializzate, l'attribuzione di premi, l'acquisto di un valore di mercato tale da trascendere quello legato alla funzionalità, la creazione da parte di un noto artista (**Sez. 1, n. 33100/2023, Iofrida, Rv. 669606-02**).

In tema di marchio complesso, innovativo è il principio affermato da **Sez. 1, n. 22034/2023, Catalozzi, Rv. 668387-01**, laddove - in una fattispecie ove si discuteva se l'aggiunta dell'elemento patronimico "Gianni Altieri" fosse o meno sufficiente ad escludere il rischio di confusione tra gli elementi figurativi dei due segni a confronto - si afferma che la valutazione della capacità distintiva di un marchio complesso, composto da elementi denominativi ed elementi figurativi, impone al giudice di esaminare le qualità intrinseche di entrambi, nonché le loro rispettive posizioni, al fine di identificare la componente dominante, in quanto, sebbene i primi siano in linea di principio maggiormente distintivi rispetto ai secondi - dato che il consumatore medio farà più facilmente riferimento ai prodotti in oggetto citando il nome del marchio piuttosto che

descrivendone l'elemento figurativo - non ne consegue che gli elementi denominativi di un marchio debbano essere sempre considerati più distintivi rispetto agli elementi figurativi, potendo questi ultimi, per la forma, dimensioni, colore o la loro collocazione nel segno, occupare una posizione equivalente a quella dell'elemento denominativo.

Nella peculiare ipotesi di convalidazione del segno successivo, connessa alla tolleranza del titolare della privativa (c.d. "coesistenza"), particolare rilievo assume **Sez. 1, n. 23727/2023, Reggiani, Rv. 668694-01**, laddove - in una fattispecie ove si discuteva se fosse sufficiente la pregressa coesistenza dei due marchi in un ambito territorialmente delimitato, anziché sull'intero territorio nazionale - si afferma che la "preclusione per coesistenza", che rappresenta un'ipotesi del tutto particolare, in cui viene meno il requisito essenziale del pericolo di confusione tra i segni distintivi di cui all'art. 20, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 30 del 2005, richiede l'accertamento della prolungata coesistenza dei marchi ed anche della buona fede del titolare del marchio posteriore, fermo restando che la coesistenza deve essere valutata con riferimento all'intero ambito operativo della privativa di cui il titolare del diritto di esclusiva può godere e che, invece, proprio in ragione della menzionata coesistenza, gli è limitata, con la conseguenza che non può assumere rilievo, ai fini della integrazione di tale ipotesi, il fatto che il titolare del marchio per primo registrato abbia acconsentito all'utilizzo del marchio identico o simile in un ambito strettamente locale.

Sul medesimo tema della convalidazione, da porre in evidenza **Sez. 1, n. 07504/2023, Fidanzia, Rv. 667464-01**, laddove si precisa che ai fini della convalidazione del marchio posteriore *ex* art. 28, d.lgs. n. 30 del 2005, la registrazione del marchio costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, per la decorrenza del termine di preclusione per tolleranza, dovendo il titolare del marchio posteriore provare l'esistenza della conoscenza effettiva, e non legale, della registrazione e del suo uso successivo da parte del titolare del marchio anteriore.

In tema di esaurimento della capacità distintiva, particolarmente innovativo è l'insegnamento di **Sez. 1, n. 07378/2023, Fidanzia, Rv. 667267-02**, laddove si afferma che il principio dell'esaurimento del marchio, ai sensi dell'art. 7 della dir. 2008/95/CE, implica che, una volta immesso un bene in commercio nel territorio dell'UE, direttamente o attraverso un licenziatario, il titolare del marchio ne perde le relative facoltà di privativa, essendo l'esclusiva limitata al primo atto di commercializzazione, salvo che si tratti di articolo di lusso o di prestigio, che sia stato adottato un sistema di distribuzione selettiva o che la

commercializzazione, al di fuori della rete distributiva autorizzata, abbia arrecato un pregiudizio alla reputazione del marchio.

Sulla particolare ipotesi della ripresa dell'uso del marchio, ai fini della valutazione della sussistenza dei presupposti per la sua conseguente riabilitazione, si segnala **Sez. 1, n. 15903/2023, Falabella, Rv. 668018-01**, laddove - in una fattispecie ove si discuteva delle condizioni riabilitative connesse alla ripresa di una trasmissione di un programma televisivo - si sottolinea che la ripresa dell'uso del marchio, ai fini della riabilitazione dello stesso *ex* art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 30 del 2005 (codice di proprietà industriale), deve consistere in un'attività che ha ad oggetto un uso effettivo del segno, lo sfruttamento riabilitante del marchio che distingue uno spettacolo televisivo e che sia correlato alla visione dello stesso, non discende dal fatto che lo spettacolo sia trasmesso in chiaro sull'intero territorio nazionale, ma dal fatto che la programmazione sia tale da escludere che quell'uso, con riguardo al mercato televisivo, si debba considerare simbolico, aspetto questo che richiede un accertamento rigoroso da parte del giudice di merito, tenendo conto della frequenza e della durata della messa in onda dello spettacolo in questione.

In tema di marchi geografici di produzione dei prodotti destinati al consumo alimentare, si segnalano tre innovativi interventi della S.C. sul tema dei marchi DOP. Con la prima pronuncia, **Sez. 2, n. 10952/2023, Amato, Rv. 667690-02**, afferma che i consorzi di tutela delle D.O.P. rivestono la qualificazione di soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni, sicché le attività di controllo del rispetto del disciplinare delle D.O.P., ad essi attribuite dall'art. 53, comma 15, l. n. 128 del 1998 e successive modificazioni, sono dirette alla protezione della qualità del prodotto nell'interesse del consumatore, trattandosi di funzione di interesse generale che rientra nei compiti essenziali dello Stato in materia di tutela dell'alimentazione, proseguendo **Rv. 667690-01**, con il precisare che ai consorzi di tutela delle D.O.P. (Denominazioni di Origine Protetta) non si applica la disciplina dei rapporti tra marchi, D.O.P. e I.G.P. (Indicazioni di Origine Protetta) di cui all'art. 14, comma 2, del regolamento CE n. 510 del 2006, che tutela, a determinate condizioni, il marchio registrato o acquisito con l'uso in buona fede prima della data di deposito della domanda di registrazione della D.O.P. o della I.G.P., con la conseguenza che è soggetto a sanzione amministrativa per violazione dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 297 del 2004 (emanato in applicazione del regolamento CEE n. 2081 del 1992) il consorzio di tutela che nella sua ragione sociale usi una D.O.P. attribuita dal Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali ad un altro consorzio.

**Sez. 1, n. 07937/2023, Fidanzia, Rv. 667278-01**, avverte che, in ipotesi di conflitto fra una denominazione d'origine protetta (DOP) e un marchio, al fine

di accertare se ci si trova in presenza dello stesso prodotto o di prodotti affini o simili non è pertinente il riferimento alle classi merceologiche di cui alla c.d. tabella di Nizza, occorrendo avere riguardo al disciplinare allegato alla domanda di registrazione e contenente la descrizione del prodotto, con l'indicazione delle materie prime e delle sue principali caratteristiche (anche organolettiche), nonché del metodo finalizzato al suo ottenimento. Infine, **Sez. 1, n. 23746/2023, Reggiani, Rv. 668696-01**, afferma sul fronte sanzionatorio che l'illecito di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 297 del 2004, correlato al regolamento (CEE) n. 2081/92 sulla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari, ha come destinatario soltanto le organizzazioni di imprenditori interessati al medesimo prodotto agricolo o alimentare protetto dalla registrazione, che siano composte e strutturate in forme sovraindividuali e che conservino o assumano la denominazione protetta nella loro ragione o denominazione sociale 180 giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'avvenuto riconoscimento del Consorzio di tutela di quel prodotto agricolo o alimentare (o, se già riconosciuti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. cit., 180 giorni dopo l'entrata in vigore del menzionato d.lgs.) il quale, proprio perché riconosciuto, a differenza di tali organizzazioni, gode dei particolari poteri e funzioni di cui all'art. 53, comma 15, l. n. 128 del 1998.

Da segnalare, infine, l'interessante arresto di **Sez. 1, n. 11004/2023, Iofrida, Rv. 667740-01**, che riguarda l'ipotesi della sorte del segno distintivo in ipotesi di scissione societaria del titolare della provativa. La pronuncia afferma che, in tale ipotesi, si verifica una vicenda non meramente organizzativa, ma sostanzialmente traslativa dei beni inclusi nel patrimonio attribuito alla società beneficiaria della scissione, con la conseguenza che, essendo il marchio e la denominazione sociale dei segni distintivi autonomi - avendo il primo la funzione di identificare i prodotti fabbricati o commercializzati od i servizi resi da un imprenditore, la seconda quella di individuare la società come soggetto di diritto - l'attribuzione del marchio non implica anche il trasferimento della denominazione sociale, la quale può essere oggetto di valido trasferimento *inter vivos*, anche ove assimilata alla ditta sociale, solo nel caso in cui sia ceduta l'intera azienda, previo espresso consenso dell'alienante.

## 2. Il brevetto.

Sul generale tema della verifica delle condizioni per la brevettabilità del creato, si segnala l'importanza di **Sez. 1, n. 12881/2023, Nazzicone, Rv. 667914-01**, ove si distingue la diversa valutazione da riservare al segno oggetto di valutazione per l'ipotesi che esso debba essere riguardato come marchio

ovvero come oggetto di brevetto, essendosi affermato che i segni possono costituire oggetto di marchio, in quanto rispondano oggettivamente e preminentemente alla funzione distintiva del prodotto e della sua provenienza, senza esser vincolati dalla destinazione merceologica o dalla forma necessaria del prodotto stesso, sicché è suscettibile di brevetto la sola forma il cui pregio modifichi l'identità del prodotto in quanto idonea ad aumentarne il valore merceologico, senza mutarne la funzione ontologica, mentre non lo è la forma priva di carattere distintivo, tale essendo quella imposta dalla natura del prodotto come forma necessaria per l'ottenimento di un risultato tecnico ovvero quella che dà al prodotto un valore sostanziale.

Sempre in tema di descrizione, **Sez. 1, n. 03013/2023, Catallozzi, Rv. 666862-01**, afferma che la descrizione ed i disegni allegati alla domanda di concessione di un brevetto industriale, pur non potendo in alcun modo determinare l'ambito della tutela concessa dal brevetto laddove questo sia del tutto generico con riferimento all'indicazione dei limiti della protezione, possono essere utilizzati al fine di chiarire e interpretare la rivendicazione, in particolare nei casi in cui tali strumenti, nel circostanziare la struttura di una certa caratteristica del trovato, consentono di puntualizzare, in funzione limitativa, l'oggetto della rivendicazione stessa.

Particolare rilevanza assume anche l'arresto contenuto in **Sez. 1, n. 12499/2023, Nazzicone, Rv. 667917-02**, che, sul tema della verifica giurisdizionale da compiere in relazione alla rivendicazione del creato, precisa che la rivendicazione va interpretata alla luce del dato tecnico risultante dalla descrizione e dai disegni allegati, senza necessità che la relativa valutazione sia operata da un soggetto esperto del ramo, poiché l'interpretazione del brevetto va compiuta secondo i principi di razionalità ermeneutica, utilizzabili anche per gli atti diversi dal negozio giuridico, tenendo conto del tenore letterale delle parole tecniche e del loro significato logico e temperando la protezione del titolare e la sicurezza giuridica per i terzi.

In relazione al procedimento di brevettazione nei suoi diversi aspetti, si segnala innanzitutto **Sez. 1, n. 23124/2023, Catallozzi, Rv. 668466-01**, il richiedente ha la facoltà di correggere negli aspetti non sostanziali la domanda originariamente proposta prima della concessione del titolo richiesto, a condizione che gli elementi integrativi o modificativi delle rivendicazioni, della descrizione o dei disegni depositati siano già presenti nella domanda, anche se non descritti in modo sufficientemente chiaro ed esauriente o non specificamente rivendicati. Ciò che è giudicato conforme alla "ratio" del citato divieto - coerente con le disposizioni della Convenzione sul brevetto europeo - che è rivolta ad evitare che i richiedenti possano migliorare la loro posizione

giuridica mediante l'aggiunta di materia non indicata nella domanda inizialmente formulata, così da ottenere un indebito vantaggio e provocare la possibile lesione dell'affidamento dei terzi sul contenuto della domanda originaria.

Sul tema della possibile trasformazione della domanda di brevetto interviene **Sez. 1, n. 25454/2023, Mercolino, Rv. 668870-01**, laddove precisa che l'art. 58 del d.lgs. n. 30 del 2005, consentendo di trasformare la domanda di brevetto europeo, respinta o ritirata, in domanda nazionale per modello di utilità, non impedisce a colui che sia già titolare del brevetto nazionale per modello di utilità di presentare la domanda di brevetto europeo, il cui rilascio, tuttavia, comporta la cessazione degli effetti di quello italiano, che restano assorbiti dalla protezione assicurata dal brevetto europeo, per tutta la sua durata.

Per ciò che attiene al procedimento di registrazione nazionale, **Sez. 1, n. 28373/2023, Fidanzia, Rv. 669185-02**, avverte che nel procedimento davanti alla Commissione dei ricorsi *ex art. 136 c.p.i.*, l'obbligo della traduzione in lingua italiana - ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 47, comma 5, del d.m. n. 33 del 2010 e 148, comma 5, c.p.i. - non riguarda il solo ricorso, ma anche i documenti ad esso allegati, stante la natura speciale della legislazione in materia di proprietà industriale, caratterizzata da complessità e da particolare tecnicismo.

Sempre in tema di rappresentanza innanzi alla Commissione dei ricorsi, si segnala anche **Sez. 1, n. 22307/2023, Fraulini, Rv. 668432-01**, laddove si afferma che le sentenze della Commissione dei ricorsi avverso i provvedimenti dell'Ufficio Italiano Marchi e Brevetti sono impugnabili dal Ministero delle imprese e del made in Italy (già dello sviluppo economico), il quale, tutelando l'interesse pubblico connesso al controllo della legittimità dei poteri amministrativi esercitati nel procedimento di registrazione, ha interesse a tutelare la correttezza del sindacato della Commissione sulle decisioni di una propria articolazione interna (UIBM).

Sul tema delle invenzioni a uso industriale dei dipendenti, **Sez. 1, n. 03013/2023, Catalozzi, Rv. 666862-02**, afferma che l'art. 64 del d.lgs. n. 30 del 2005, nel disporre che i diritti derivanti dall'invenzione del dipendente spettano al datore di lavoro, sia in caso di invenzioni di servizio, in cui l'attività inventiva è prevista come oggetto del contratto, sia in caso di invenzioni di azienda, in cui la prestazione del lavoratore non ha ad oggetto il conseguimento di un risultato inventivo - il quale non rientra nell'attività dovuta, ma è a quest'ultima collegata come frutto non dovuto, né previsto, della prestazione lavorativa -, sancisce l'automatica appartenenza al datore di lavoro dei predetti diritti in virtù del collegamento tra l'attività inventiva e le mansioni espletate dal prestatore, in adempimento di un rapporto di lavoro, nell'interesse dell'impresa,

senza che assuma rilievo la mancata conoscenza dell'attività in questione da parte del datore.

Con specifico riferimento alla peculiarità dell'oggetto dell'invenzione, si segnalano per la loro peculiarità in tema di sfruttamento industriale di prodotti vegetali, tanto **Sez. 1, n. 06074/2023, Terrusi, Rv. 667118-01**, laddove si afferma che tra i requisiti del diritto di costituire occorre che la varietà sia nuova e distinta, concetto, quest'ultimo, che ai sensi dell'art. 104 c.p.i., ricorre quando la varietà vegetale si contraddistingue nettamente da ogni "altra", la cui esistenza, alla data del deposito della domanda di privativa, sia notoriamente conosciuta, sicché, ove si discorra della medesima varietà per la quale lo stesso costituente o il suo dante causa abbia chiesto all'estero l'attribuzione della privativa, non viene in questione un difetto di distinzione ai fini del giudizio di distinzione previsto dalla legge, in quanto la "medesima" varietà non può rientrare nel concetto di "altra" varietà già altrimenti notoriamente conosciuta; quanto **Sez. 1, n. 25439/2023, Mercolino, Rv. 668890-01**, secondo cui l'inosservanza del termine perentorio di un anno per l'esercizio del diritto di priorità, previsto dall'art. 3 del d.P.R. n. 974 del 1974, pur impedendo al richiedente di ricollegare la nuova domanda a quella originaria, con conseguente impossibilità di retrodatare alla presentazione di quest'ultima il giudizio di novità, non impedisce il rilascio del brevetto in Italia, poiché, a differenza del brevetto per invenzione industriale, la novità non deve essere valutata in senso assoluto ed in riferimento allo stato della tecnica, ma sulla base dei criteri di cui all'art. 1 del medesimo d.P.R., qualora non risulti il compimento di atti di commercializzazione in Italia o, da oltre quattro anni, in qualsiasi altro Stato.

Sul tema del danno da violazione del brevetto interviene **Sez. 1, n. 31170/2023, Falabella, Rv. 669420-01**, secondo cui il danno da perdita di valore che ne deriva è suscettibile di ristoro patrimoniale e può essere commisurato alla diminuita o annullata redditività del titolo di privativa, calcolato sulla base dell'ammontare delle royalties non percepite per effetto dell'illecito posto in essere, ma non può essere cumulato al lucro cessante, consistente nella retroversione degli utili conseguiti dal contraffattore nel medesimo arco di tempo, dovendosi escludere che si possa produrre una duplicazione del ristoro.

Sempre sul tema, **Sez. 1, n. 34428/2023, Reggiani, Rv. 669616-01**, ha affermato che, in tema di controversie sulla validità del brevetto, il titolare del diritto di privativa può sottoporre al giudice, in ogni stato e grado del processo, la riformulazione delle rivendicazioni prevista dall'art. 79, comma 3, del d.lgs. n. 30 del 2005 - il cui esercizio, nel corso del giudizio, assume la duplice natura, sostanziale e processuale, costituendo un atto del processo che comporta

disposizione del diritto di privativa oggetto della materia del contendere - ma, salvi i presupposti per la rimessione in termini, in primo grado, la relativa istanza può essere presentata fino a che, precisate dalle parti le conclusioni definitive, la causa non venga rimessa al collegio per la decisione. La valutazione della riformulazione non è sottoposta a un vaglio discrezionale del giudice, che è chiamato solo a verificarne i presupposti, sicché non può essere esclusa per ragioni di economia processuale, a meno che non risulti esercitata in violazione del dovere di buona fede processuale, e cioè non risulti espressione di un abuso del processo, in quanto finalizzata a raggiungere finalità eccedenti e ulteriori, con l'effetto di ritardare inutilmente i tempi di giudizio, sulla base di elementi dai quali emerga, in modo evidente e inequivoco, il carattere meramente fittizio ed artificioso della stessa. Abuso che non si configura nella specie, perché la riformulazione delle rivendicazioni è stabilita al fine di consentire al titolare del brevetto di conservare la privativa, sia pure con limitazioni, individuando egli stesso le modifiche alle rivendicazioni che devono essere compiute, sicché la presentazione della relativa istanza nel giudizio di appello, quando il brevetto sia stato già dichiarato in parte nullo in primo grado, non costituisce un uso non consentito di tale facoltà, ma un'esplicazione della stessa in piena coerenza con le finalità per cui è prevista.

### **3. Le condotte anticoncorrenziali *ex lege* 10 ottobre 1990, n. 287.**

In ambito antitrust, si segnalano alcune pronunce in tema di competenza delle Sezioni specializzate presso i Tribunali.

Secondo **Sez. 1, n. 00556/2023, Perrino, Rv. 666535-01**, la competenza della sezione specializzata per le imprese, estesa alle controversie di cui all'art. 33, comma 2, della legge n. 287 del 1990 ed a quelle relative alla violazione della normativa antitrust unionale, si applica anche alle azioni risarcitorie fondate sulla conclusione di contratti in contrasto con la citata normativa, in quanto la valutazione dell'illegittimità del contratto "a valle" implica l'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale commesso "a monte" con l'intesa vietata, di cui il singolo contratto rappresenta la sbocca, in quanto essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti.

Secondo **Sez. 6-1, n. 03248/2023, Falabella, Rv. 667161-01**, la competenza della sezione specializzata per le imprese, benché estesa alle controversie di cui all'art. 33, comma 2, della legge n. 287 del 1990 ed a quelle relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea, attrae anche la controversia riguardante la nullità della fideiussione a valle di intesa anticoncorrenziale solo se l'invalidità sia fatta valere in via di azione, non anche qualora sia sollevata in

via di eccezione, in quanto in questo secondo caso il giudice è chiamato a conoscere delle clausole e dell'intesa solo in via incidentale.

Afferma **Sez. 3, n. 34889/2023, Gorgoni, Rv. 669588-01**, che le intese vietate ai sensi dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (cd. "legge antitrust") non sono soltanto quelle trasfuse in contratti o negozi giuridici in senso tecnico, ma anche quelle veicolate da comportamenti o condotte "non negoziali", che con la consapevole partecipazione di almeno due imprese restringano o falsino, in qualsiasi forma e in modo consistente, il gioco della concorrenza all'interno del mercato. Ne consegue, da un lato, la riconducibilità nella nozione contemplata dalla norma dell'accordo manipolativo del tasso Euribor accertato dalla Commissione Antitrust Europea con decisione del 4 dicembre 2013, dall'altro, la nullità dei contratti "a valle" che si richiamino *per relationem* al tasso manipolato, assurgendo, infatti, la predetta decisione a prova privilegiata di un'intesa illecita, alla quale è irrilevante non abbia preso parte l'istituto bancario contraente.

#### **4. La concorrenza sleale.**

Sui presupposti lesivi interviene significativamente **Sez. 1, n. 21586/2023, Fidanzia, Rv. 668382-02**, laddove afferma in via generale che in tema di risarcimento del danno da concorrenza sleale, il pregiudizio alla reputazione commerciale derivante da attività di concorrenza sleale confusoria non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, ma va allegato e dimostrato da parte del danneggiato. Precisa poi la medesima pronuncia, **Rv. 668382-01**, che il rapporto di concorrenza tra due o più imprenditori, derivante dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, comporta che la comunanza di clientela non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio dall'imprenditore che lamenta la concorrenza sleale, che sono in grado di soddisfare quel bisogno.

Sulle scriminanti della condotta intervengono due fondamentali pronunce: **Sez. 1, n. 23739/2023, Reggiani, Rv. 668695-02**, che individua l'oggetto della prova esonerativa della responsabilità connessa alla presunzione di colpa, affermando che la dimostrazione dell'assenza dell'elemento soggettivo va valutata secondo il canone civilistico 'oggettivato', riferito a un modello standard di comportamento, enucleato dal criterio della diligenza *ex art. 1176 c.c.* e parametrato sul c.d. agente modello; **Sez. 1, n. 31170/2023, Falabella («Rv. 669420-03»)** specifica invece che l'esimente della legittima difesa, operando quando vi sia la necessità di difendere un diritto contro il pericolo attuale

dell'altrui offesa ingiusta, postula che la reazione risponda ai parametri della continenza generale e della proporzionalità rispetto all'offesa ricevuta e che la comunicazione sia veritiera, sicché essa non può essere invocata ove si diffondano, con toni offensivi, notizie false relativamente all'emanazione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Sul fondamentale tema dell'accertamento del danno conseguente alle condotte di concorrenza sleale, si segnalano: **Sez. 1, n. 06876/2023, Catalozzi, Rv. 667136-01**, che afferma che la tutela risarcitoria va riconosciuta anche con riferimento alla realizzazione di atti preparatori rispetto a quelli presi in considerazione dall'art. 2598 c.c., qualora sia dimostrata l'esistenza di un danno eziologicamente collegato a questi ultimi; ove il pregiudizio riguardi l'immagine e l'apprezzamento che i consumatori nutrono per i prodotti commercializzati con un determinato segno distintivo, il risarcimento è parametrato, oltre che sul danno emergente e sul danno non patrimoniale, anche sul danno da lucro cessante, sempreché la condotta lesiva abbia determinato una contrazione dei ricavi del danneggiato o abbia avuto, comunque, un'incidenza sul relativo importo. Saggiunge **Sez. 1, n. 12049/2023, Iofrida, Rv. 667749-01**, che la violazione di norme pubblicistiche non integra necessariamente un atto anticoncorrenziale *ex* art. 2598, n. 3, c.c., dovendosi distinguere tra norme volte a porre limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, la cui violazione è sempre riconducibile entro il paradigma contemplato da detta disposizione, e norme che impongono costi alle imprese operanti sul mercato, la cui violazione non costituisce di per sé l'illecito in parola, occorrendo che l'imprenditore che si duole degli atti del concorrente ne dimostri l'attitudine potenzialmente lesiva dei propri diritti, mediante malizioso ed artificioso squilibrio delle condizioni di mercato. Sempre sul tema della imputabilità della responsabilità interviene **Sez. 1, n. 12092/2023, Iofrida, Rv. 667802-01**, sottolineando che qualora l'atto lesivo sia posto in essere da un terzo interposto, occorre distinguere tra l'ipotesi in cui costui sia un dipendente dell'imprenditore avvantaggiato, nel qual caso quest'ultimo risponde dell'illecito ai sensi dell'art. 2049 c.c. purché sussista un nesso di "occasionalità necessaria" fra l'incarico affidato al terzo e il compimento dell'atto pregiudizievole, e la diversa ipotesi in cui l'interposto non sia un dipendente dell'imprenditore, nel qual caso la responsabilità di quest'ultimo si collega all'art. 2598 c.c., nella parte in cui qualifica illecito concorrenziale anche l'avvalersi "indirettamente" di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale, sempreché, tuttavia, pur in assenza di una partecipazione anche solo ispirativa dell'imprenditore, l'atto del terzo corrisponda al suo interesse e l'interposto si trovi con esso in una relazione tale da qualificarne l'agire come diretto ad avvantaggiarlo.

Specificamente sui criteri di quantificazione del danno risarcibile, si segnalano una serie di pronunce: **Sez. 1, n. 20800/2023, Caiazzo, Rv. 668311-01**, secondo cui il titolare del marchio oggetto di contraffazione può chiedere, in luogo del risarcimento del danno da lucro cessante, la restituzione (cd. “retroversione”) degli utili realizzati dall’autore della violazione, ai sensi dell’art. 125 del codice della proprietà industriale, senza che sia necessario allegare e provare che il convenuto abbia agito con colpa o dolo, ed anche nel caso in cui tali utili superino quelli che il titolare avrebbe potuto conseguire qualora la contraffazione non vi fosse stata, trattandosi di un rimedio diverso da quello puramente risarcitorio, improntato ad una funzione, oltre che compensativa anche dissuasiva e deterrente, volta a prevenire la pianificazione di attività contraffattivi da parte di operatori economici più efficienti per capacità imprenditoriale del titolare del diritto di proprietà industriale; **Sez. 1, n. 21123/2023, Caiazzo, Rv. 668379-01**, afferma che il danno provocato dalla commercializzazione di prodotti in violazione della privativa non può ritenersi *in re ipsa* ma, quale conseguenza diversa ed ulteriore dell’illecito connesso alla distorsione della concorrenza, comunque da eliminare, richiede di essere dedotto e provato secondo i principi generali che regolano le conseguenze del fatto illecito, in quanto solo in presenza di tale dimostrazione è consentito al giudice liquidare il danno, eventualmente facendo ricorso all’equità *ex art.* 1226 c.c.; **Sez. 1, n. 31170/2023, Falabella, Rv. 669420-02**, puntualizza che il rimedio della retroversione degli utili, previsto dall’art. 125, comma 3, c.p.i., essendo finalizzato a dissuadere dall’attività contraffattiva l’operatore economico che sia più efficiente del titolare della privativa, non muta entità in caso di pluralità dei danneggiati, nei cui confronti il contraffattore non può essere tenuto, al tempo stesso, al risarcimento del lucro cessante (siccome superiore agli utili da lui conseguiti) in favore di uno ed alla retroversione degli utili in favore degli altri, ovvero ad una plurima retroversione in favore di ciascuno di loro, dovendo, semmai, il giudice di merito valutare come ripartire tra i diversi aventi diritto il risarcimento del danno o l’utile retrovertibile oggetto della condanna.

Merita, infine, segnalare quanto affermato da **Sez. 1, n. 25454/2023, Micolino, Rv. 668870-03**, secondo cui l’inibitoria degli atti di concorrenza sleale, pur essendo subordinata all’accertamento del rischio, anche non evidente, di reiterazione della condotta illecita, non può essere pronunciata, ove, sulla base degli elementi acquisiti agli atti, la sussistenza di tale rischio possa essere esclusa in concreto, per la constatata impossibilità di ulteriori atti illeciti, il cui accertamento costituisce un giudizio di fatto, riservato al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità esclusivamente per omesso esami di fatti controversi e decisivi per il giudizio o per difetto di motivazione.

## 5. I diritti del consumatore.

Sull'abusività delle clausole contenute nei contratti del consumatore interviene **Sez. 3, n. 08911/2023, Saija, Rv. 667554-01**, laddove si afferma che la natura "abusiva" delle clausole contenute nel contratto stipulato da un consumatore, ove non sia stata oggetto di accertamento nel giudizio preordinato all'impugnazione del titolo, non può essere eccepita né rilevata d'ufficio in seno all'opposizione distributiva *ex art. 512 c.p.c.*, allorquando il bene pignorato sia già stato trasferito a un terzo, non contrastando tale conclusione con la direttiva 93/13/CEE, come interpretata dalla sentenza della CGUE del 17 maggio 2022, causa C-600/19, Ibercaja Banco SA, sempre che al consumatore sia consentito far valere i propri diritti in un separato giudizio risarcitorio.

Sul tema della vessatorietà delle clausole interviene **Sez. 1, n. 30556/2023, Di Marzio, Rv. 669365-01**, che rileva come le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie o abusive, e pertanto nulle, se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e ciò anche nel caso in cui riguardano la stessa determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi contrattualmente resi.

## 6. Il diritto d'autore.

Sulla casistica, meritano di essere segnalate per la loro innovatività tanto **Sez. 1, n. 01651/2023, Scotti, Rv. 666778-01**, che rileva come nel regime giuridico che precede l'introduzione dell'art. 43-*bis* l. n. 633 del 1941, alla rassegna stampa si applica in via estensiva il disposto dell'art. 65, comma 1, l. cit. ed è pertanto lecita la riproduzione, nella menzionata rassegna, di articoli, informazioni e notizie, pubblicati su giornali e periodici editi, non oggetto di riserva di riproduzione e utilizzazione, purché venga indicata la fonte da cui sono tratti, la data di pubblicazione e il nome dell'autore, se riportato; quanto **Sez. 1, n. 14117/2023, Fidanzia, Rv. 667921-01**, secondo cui l'art. 45 della l. n. 633 del 1941, nel prevedere che al produttore spetta l'esercizio dei diritti di utilizzazione economica dell'opera cinematografica, detta una presunzione che vale fino a prova contraria, presupponendo che il produttore si assicuri preventivamente dagli autori (del soggetto, della sceneggiatura e della musica) i diritti di sfruttamento cinematografico dell'opera per tutta la durata del diritto di utilizzazione economica spettante all'autore, onde prevenire, in radice, ogni possibile controversia giuridica relativa a tali futuri diritti. Ne consegue che chi contesti al produttore cinematografico l'intervenuta acquisizione a titolo

derivativo della titolarità dei diritti di utilizzazione dell'opera, o anche solo l'estensione o l'ambito temporale di tali diritti, è tenuto a fornirne la prova alla luce delle concrete pattuizioni contrattuali.

Più in generale, sempre in tema di tutela autorale, **Sez. 1, n. 23935/2023, Amatore, Rv. 668889-01**, afferma che ai sensi dell'art. 12 della l. n. 633 del 1941, la prima pubblicazione dell'opera artistica, tramite la sua utilizzazione economica, non coincide necessariamente con la cessione onerosa a terzi dell'opera stessa, potendosi realizzare anche con altre diverse modalità, attraverso le quali l'autore manifesta la sua volontà di assumere la paternità del manufatto e di immetterlo nel circuito artistico, come la presentazione a mostre e musei aperti alla partecipazione del pubblico.

# CAPITOLO XVII

## IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI CECILIA BERNARDO, GUIDO ROMANO, GIULIA STANO)\*

SOMMARIO: 1. Le società in generale. - 1.1. Le vicende modificative ed estintive delle società. - 1.2. Le clausole antistallo. La *russian roulette clause*. - 1.3. Cessione di partecipazioni societarie. - 1.4. Profili processuali. - 2. Le società di persone. - 2.1. Autonomia sostanziale e processuale della società rispetto ai singoli soci. - 2.2. Continuazione dell'attività di impresa da parte degli eredi. Responsabilità *ex art.* 2297 c.c. - 2.3. Responsabilità per inadempimento della società in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio. - 2.4. Assoggettabilità a esecuzione della quota anche anteriormente allo scioglimento della società. - 2.5. Violazione del divieto di concorrenza. - 3. Le società di capitali. - 3.1. Le azioni. - 3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo. - 3.3. Le deliberazioni dell'assemblea. - 3.4. Gli amministratori. - 3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori. - 3.6. La responsabilità da direzione e coordinamento. - 3.7. La concessione abusiva di credito. - 3.8. Le operazioni straordinarie. - 4. Particolari società di capitali. - 4.1. Le società cooperative.

### 1. Le società in generale.

Nel corso del 2023 la Suprema Corte ha adottato alcune pronunce che hanno interessato in generale la materia societaria, in particolare esaminando le caratteristiche delle vicende modificative ed estintive delle società e della cessione di partecipazioni sociali; le società di persone; la figura degli amministratori e la loro responsabilità; la legittimità delle clausole antistallo e, in particolare, della clausola della *roulette* russa; la concessione abusiva di credito e, infine, le operazioni straordinarie.

Vengono di seguito riportate le decisioni che hanno approfondito le tematiche appena menzionate, unitamente a quelle adottate sulle medesime questioni, o su questioni connesse, ma riferite ai singoli tipi societari, in modo da evidenziarne gli aspetti comuni e le differenze.

#### 1.1. Le vicende modificative ed estintive delle società.

È, ormai, consolidato il principio affermato dalle Sez. U, n. 06070/2013, Rordorf, Rv. 625323-01, secondo cui, dopo la riforma del diritto societario, attuata dal d.lgs. n. 6 del 2003, con la cancellazione dal registro delle imprese la società si estingue, determinandosi un fenomeno di tipo successorio, in virtù del

---

\* Paragrafi nn. 1, 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 a cura di Cecilia Bernardo; paragrafi nn. 2, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 a cura di Giulia Stano; paragrafi nn. 3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 4, 4.1 a cura di Guido Romano.

quale tutti i rapporti attivi e passivi ancora in essere si trasferiscono ai soci della società estinta.

Nell'anno in rassegna, infatti, **Sez. 2, n. 24246/2023, Varrone, Rv. 668728-02**, ha ribadito l'orientamento, già risalente a Sez. 1, n. 23269/2016, M. Di Marzio, Rv. 642411-01, secondo il quale l'estinzione di una società di persone conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese determina un fenomeno di tipo successorio in virtù del quale sono trasferiti ai soci esclusivamente le obbligazioni ancora inadempite ed i beni o i diritti non compresi nel bilancio finale di liquidazione, con esclusione, invece, delle mere pretese, ancorché azionabili in giudizio e dei crediti ancora incerti o illiquidi necessitanti dell'accertamento giudiziale non concluso, il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente, quindi, di ritenere che la società vi abbia implicitamente rinunciato, con la conseguenza che gli *ex* soci non hanno la legittimazione a farli valere in giudizio.

Secondo **Sez. 3, n. 21071/2023, Cirillo, Rv. 668748-01**, a seguito della cancellazione di una società di persone dal registro delle imprese, la successione dei soci non opera in relazione ai crediti illiquidi e inesigibili non compresi nel bilancio finale di liquidazione, i quali si presumono tacitamente rinunciati a beneficio della sollecita definizione del procedimento estintivo della società, salva la prova contraria da parte di colui che intenda far valere la corrispondente pretesa, senza che assuma rilievo, a tal fine, la dichiarata qualità di *ex*-socio o di liquidatore, non necessariamente implicante la successione dal lato passivo nel correlativo obbligo. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dagli *ex* soci di una società di persone, cancellata dal registro delle imprese nel corso del giudizio di appello, in mancanza della dimostrazione che il credito originariamente azionato dalla stessa - il quale, essendo ancora *sub iudice*, non poteva considerarsi liquido ed esigibile - non fosse stato implicitamente rinunciato).

Tale decisione si pone in linea di continuità con un precedente indirizzo giurisprudenziale che aveva affermato che, in tema di effetti della cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese, non si verifica la successione dei soci nella titolarità di mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e di crediti ancora incerti o illiquidi che, ove non compresi nel bilancio di liquidazione, devono ritenersi rinunciati dalla società a favore della conclusione del procedimento estintivo. (Sez. 1, n. 19302/2018, Tricomi, Rv. 649904-01). Nella specie, la S.C. aveva confermato la sentenza di merito che aveva negato la legittimazione del socio ad agire *ex art.* 2033 c.c. per crediti della società, sciolta senza essere messa in liquidazione, non menzionati nell'atto di scioglimento, pur contenente la delega ad un socio per la riscossione di eventuali sopravvenienze).

Tuttavia, successivamente la S.C. aveva modificato il proprio orientamento - rispetto al quale la decisione assunta nell'anno in rassegna si pone in linea di discontinuità - affermando (Sez. 6-1, n. 30075/2020, Nazzicone, Rv. 660194-01) che, nel caso di cancellazione della società dal registro delle imprese (tanto più se si tratta di cancellazione d'ufficio *ex art.* 2490, ultimo comma, c.c.) non può ritenersi automaticamente rinunciato il credito controverso (nella specie derivante dall'azione promossa *ex art.* 2476 c.c.), atteso che la regola è la successione in favore dei soci dei residui attivi, salvo la remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 c.c., che deve essere allegata e provata con rigore da chi intenda farla valere, dimostrando tutti i presupposti della fattispecie, ossia la inequivoca volontà remissoria e la destinazione della dichiarazione ad uno specifico creditore (nel medesimo senso, Sez. 1, n. 09464/2020, Nazzicone, Rv. 657639-01, che aveva affermato che l'estinzione di una società conseguente alla sua cancellazione dal registro delle imprese, ove intervenuta nella pendenza di un giudizio dalla stessa originariamente intrapreso, non determina anche l'estinzione della pretesa azionata, salvo che il creditore abbia manifestato, anche attraverso un comportamento concludente, la volontà di rimettere il debito comunicandola al debitore e sempre che quest'ultimo non abbia dichiarato, in un congruo termine, di non volerne profittare).

Peraltro, con riferimento alla ipotesi di cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese, **Sez. 5, n. 22692/2023, Lenoci, Rv. 668525-01**, ha affermato che deve ritenersi sempre ammissibile l'accertamento nei confronti dei soci che sono destinati a succedere nei rapporti debitori già facenti capo alla società cancellata, ma non definiti all'esito della liquidazione, indipendentemente dalla circostanza che essi abbiano goduto di un qualche riparto in base al bilancio finale di liquidazione, ciò che non incide, peraltro, neppure sull'interesse ad agire del fisco creditore, potendovi essere la possibilità di sopravvenienze attive, o anche semplicemente la possibile esistenza di beni e diritti non contemplati nel bilancio, per i quali sorge l'interesse dell'amministrazione finanziaria a procurarsi un titolo nei confronti dei soci medesimi.

Quanto alla distribuzione degli oneri probatori incombenti su chi agisce nei confronti dei soci in caso di credito non soddisfatto verso la società di capitali cancellata dal registro delle imprese, **Sez. 2, n. 10752/2023, Scarpa, Rv. 667684-01**, (ponendosi in continuità con Sez. 1, n. 15474/2017, Falabella, Rv. 644762-02), ha stabilito che il socio può essere obbligato a rispondere verso il creditore sociale ove quest'ultimo provi l'avvenuta distribuzione dell'attivo e la conseguente riscossione di una quota di esso da parte del socio in base al bilancio finale di liquidazione, incombendo, di converso, sul socio convenuto in

giudizio l'onere della prova di aver effettivamente utilizzato le somme ricevute in base al bilancio finale di liquidazione per il pagamento dei debiti della società. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della corte di appello che aveva erroneamente ritenuto provato, da parte del socio, il pagamento, con le somme rivenienti dalla liquidazione finale, di altri creditori della società sulla sola base dell'emissione di assegni bancari, la cui consegna non ha, di per sé, efficacia solutoria).

Con riferimento alla responsabilità dei soci a seguito della liquidazione, **Sez. 2, n. 31109/2023, Caponi, Rv. 669377-01**, ha affermato che, in tema di credito non soddisfatto verso la società di capitali cancellata dal registro delle imprese, nella nozione di "somme" dai soci rimosse in base al bilancio finale di liquidazione - fino a concorrenza delle quali i soci medesimi possono essere obbligati a rispondere verso i creditori sociali - vanno ricompresi anche gli "elementi attivi", quali i "beni", costituenti l'oggetto della responsabilità patrimoniale del debitore. (In applicazione del suddetto principio, la S.C., nel confermare la sentenza impugnata, ha affermato che due *ex* soci di società cancellata fossero tenuti al pagamento di debiti sociali non solo nei limiti delle somme liquide incassate in base al bilancio finale di liquidazione, ma anche per il controvalore in denaro - quantificato con il bilancio in questione - di partecipazioni, loro attribuite pro quota, di una società terza delle quali era titolare la società estinta).

Con specifico riferimento agli aspetti tributari, **Sez. 1, n. 18310/2023, Perrino, Rv. 668300-01**, ha stabilito che, in tema di cancellazione della società dal registro delle imprese, il differimento quinquennale degli effetti dell'estinzione previsto dall'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2014, con disposizione avente natura sostanziale e operante nei confronti dell'amministrazione finanziaria e degli altri enti creditori o di riscossione ivi indicati, con riguardo a tributi o contributi, implica che in detto ambito il liquidatore conservi tutti i poteri di rappresentanza della società sul piano sostanziale e processuale, tra i quali rientra anche quello di aderire alla definizione agevolata dei carichi affidati all'agente della riscossione. Si è dato, così, seguito al principio espresso da Sez. 5, n. 36892/2022, Lume, Rv. 666520-01, la quale aveva, da un lato, ritenuto che il liquidatore è legittimato non soltanto a ricevere le notificazioni degli atti impositivi, ma anche ad opporsi ad essi, conferendo mandato alle liti, e, dall'altro, escluso la legittimazione dei soci.

Infine, merita menzione, **Sez. 2, n. 03653/2023, Dongiacomo, Rv. 667151-01**, secondo la quale chiunque vi abbia un interesse, purché legittimato all'azione, può agire in giudizio in sede contenziosa per ottenere una sentenza che accerti, con forza di giudicato, l'inesistenza delle condizioni richieste dalle

legge per la cancellazione dal registro delle imprese della società contro la quale abbia proposto, o intenda proporre, un'azione di impugnazione di un contratto del quale la società risulta parte acquirente, o venditrice e, dunque, passivamente legittimata, ovvero litisconsorte necessaria, senza che rilevi che il giudice del registro delle imprese abbia già ritenuto, in sede camerale, sussistere le indicate condizioni e non abbia, quindi, ordinato, a norma dell'art. 2191 c.c., la cancellazione d'ufficio dell'intervenuta cancellazione volontaria della società dal registro stesso. (Nella specie, la S.C., pur affermando la tardività della domanda volta ad accertare l'illegittimità della previa cancellazione della società dal relativo registro rispetto all'azione di nullità, simulazione e revoca di compravendita immobiliare proposta nei confronti di quest'ultima, ne ha affermato l'ammissibilità).

## 1.2. Le clausole antistallo. La *russian roulette clause*.

Nell'anno in rassegna la S.C. si è occupata, in una importante occasione, delle clausole antistallo e, in particolare, della c.d. *russian roulette clause*.

Le prime sono clausole che hanno la finalità di evitare che le società, il cui capitale sociale è diviso pariteticamente tra due soggetti o gruppi di soggetti, possano risultare sostanzialmente paralizzate in caso di divergenza tra le due parti di eguale peso nella compagine societaria.

Tra le clausole antistallo una delle più note è la menzionata *russian roulette clause*.

Sebbene quest'ultima si presenti in formule con più varianti, lo schema più frequentemente utilizzato si incentra essenzialmente sul seguente meccanismo. In presenza di conflitti o stalli non altrimenti risolvibili (*trigger events*), ad uno dei soci è conferita la facoltà di rivolgere un'offerta di acquisto all'altro socio, comunicando il valore che attribuisce alle partecipazioni rappresentative dell'intero capitale sociale e, quindi, percentualmente, il prezzo a cui è disponibile ad acquistare. Il socio oblato è posto dinnanzi all'alternativa tra accettare l'offerta e vendere al prezzo così determinato al socio che ha intrapreso l'iniziativa ovvero acquistare la partecipazione dell'altro assumendo come base di determinazione del prezzo il valore del capitale sociale comunicato dalla controparte e quindi ad un prezzo ancora una volta rapportato percentualmente all'intera partecipazione da acquistare. Peraltro, la clausola, come nel caso di specie, non prevede i criteri che il socio cui è rimessa l'iniziativa deve seguire per la valutazione delle azioni.

Ciò posto, intervenendo per la prima volta nella materia ora accennata, **Sez. 1, n. 22375/2023, Fraulini, Rv. 668462-01**, ha precisato che la clausola cd. *russian roulette*, contenuta in un patto parasociale, è valida, in quanto soddisfa

l'interesse dei soci paciscenti ad evitare la possibile paralisi del funzionamento dell'assemblea derivante dalla contrapposizione del loro paritetico peso nell'esercizio del diritto di voto, sicché deve negarsi che la determinazione del suo contenuto sia rimessa all'unilaterale arbitrio di un socio a danno dell'altro. Inoltre, la medesima decisione ha anche chiarito che alla clausola cd. *russian roulette*, contenuta in un patto parasociale, non è applicabile analogicamente il principio di equa valorizzazione delle azioni, previsto, in caso di recesso del socio, dall'art. 2437-ter c.c., e in caso di riscatto delle azioni, dall'art. 2437-sexies c.c., in quanto detta clausola non costituisce in stato di soggezione il socio oblatore rispetto a quello che la attiva, ma lascia al primo la facoltà di acquistare, allo stesso prezzo, la partecipazione del socio proponente (**Sez. 1, n. 22375/2023, Fraulini, Rv. 668462-02**).

### 1.3. Cessione di partecipazioni societarie.

Nell'anno in rassegna, la S.C. è intervenuta in materia di vendita di partecipazioni stabilendo che, ove al pagamento di una parte del corrispettivo si affianchi, al fine del pagamento del prezzo residuo, l'assunzione a carico dell'acquirente dell'obbligo di eseguire un finanziamento in favore della società compravenduta, con l'accordo che il socio entrante si attivi affinché quest'ultima paghi la relativa somma non allo stesso socio entrante, ma ai soci alienanti, al fine di tenerli indenni degli esborsi in precedenza eseguiti in favore della società a titolo di versamenti in conto aumento capitale sociale, tale accertata natura (di versamenti in conto aumento del capitale e non di finanziamenti) degli originari versamenti dei soci alienanti alla società non rende di per sé nulla, per violazione dell'art. 2423 c.c. o per preteso rimborso del capitale di rischio, la clausola che l'assunzione di quell'obbligo preveda. In questo senso si è espressa **Sez. 1, n. 07530/2023, Nazzicone, Rv. 667465-01**.

### 1.4. Profili processuali.

Nell'anno in rassegna, varie sono le pronunce che hanno affrontato profili processuali nell'ambito della materia societaria.

Con riferimento all'intervento del socio in un giudizio che vede coinvolta la società ed un terzo, **Sez. 3, n. 17004/2023, Vincenti, Rv. 668196-02**, ha affermato che, in tema di società di capitali, l'intervento adesivo in appello del socio, che lamenti un pregiudizio alla consistenza della propria partecipazione, derivante dal danno subito dal patrimonio sociale per il fatto illecito di un terzo, non è ammissibile, poiché egli, non essendo titolare di un diritto distinto ed autonomo rispetto al diritto fatto valere dalla compagine sociale, direttamente

colpita dall'illecito, non può qualificarsi come terzo legittimato all'opposizione *ex art. 404 c.p.c.* Tale arresto si pone in linea di continuità con il principio, precedentemente affermato, secondo il quale l'intervento in appello è ammissibile soltanto quando l'interventore faccia valere una situazione soggettiva che lo legittima a proporre opposizione di terzo, ai sensi dell'articolo 404 c.p.c., ossia nel caso in cui egli rivendichi, nei confronti di entrambe le parti, la titolarità di un diritto autonomo la cui tutela sia incompatibile con la situazione accertata o costituita dalla sentenza di primo grado, e non anche quando l'intervento stesso sia qualificabile come adesivo, perché volto a sostenere l'impugnazione di una delle parti, al fine di porsi al riparo da un pregiudizio mediato e dipendente dai rapporti che lo legano ad una di esse (così, Sez. 1, n. 32887/2022, Marulli, Rv. 666135-01).

Quanto alla rappresentanza processuale delle società e, in generale delle persone giuridiche, secondo l'orientamento consolidato (cfr., Sez. 5, n. 06799/2020, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 657399-01), ove il potere rappresentativo derivi da un atto soggetto a pubblicità legale, non spetta a colui che abbia rilasciato la procura fornirne la prova, ma alla parte che ne contesti i poteri l'onere di dimostrarne l'inesistenza. Nell'anno in rassegna, **Sez. 3, n. 13365/2023, Spaziani, Rv. 667696-01**, ha chiarito che il suddetto principio si applica a tutti i casi in cui stia in giudizio un soggetto collettivo, quand'anche non dotato di formale personalità giuridica; ne deriva che per le società di mutuo soccorso, da ricondursi alla figura della società cooperativa a mutualità prevalente, l'esistenza del potere di rappresentanza dell'ente è dimostrato dal regime di pubblicità legale che le caratterizza, da individuarsi nell'iscrizione all'albo nazionale degli enti cooperativi, sostitutivo del registro prefettizio, articolato su base provinciale; ove, peraltro, manchi un collegamento territoriale, come accade nell'ipotesi in cui l'ente mutualistico ha sede all'estero, la funzione pubblicitaria di tale iscrizione può essere surrogata attraverso l'attuazione di altre adeguate forme pubblicitarie, ed in particolare mediante la sottoposizione al regime della pubblicità consolare.

La S.C., poi, si è soffermata anche sulle controversie che possono essere devolute agli arbitri e sulla ricorribilità in cassazione avverso i provvedimenti resi ai sensi dell'art. 2409 c.c.

Con riferimento al primo aspetto, **Sez. 1, n. 09434/2023, Campese, Rv. 667487-01**, ha stabilito che l'impugnazione di delibere societarie aventi ad oggetto operazioni sul capitale sociale, per aumento o riduzione, è compromettibile in arbitri allorquando, in ragione della prospettazione offerta dalle parti, la corrispondente controversia non investa, in modo diretto e non semplicemente mediato, gli interessi - dei soci, della società o di terzi ad essa

estranei - protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, diversamente finendosi per devolvere agli arbitri diritti (sostanziali) inderogabili protetti da una specifica norma che li regola.

Inoltre, **Sez. 1, n. 02164/2023, Crolla, Rv. 666782-01**, ha affermato che, in mancanza di esplicita previsione statutaria che estenda l'arbitrabilità delle controversie societarie agli eredi del socio, questi ultimi, anche se titolari di un diritto di credito alla liquidazione della quota, sono estranei alla società e, pertanto, non possono promuovere la causa per ottenere tale liquidazione davanti agli arbitri. Nel caso di specie la S.C. ha confermato la decisione della corte di merito secondo cui la disposizione statutaria riproduttiva del contenuto dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 5 del 2003, ai sensi della quale gli atti costitutivi delle società possono prevedere "la devoluzione agli arbitri di alcune o di tutte le controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società che abbiano oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale", esclude che gli eredi, non subentrati nella società per mancato consenso del socio superstite, siano titolari di un credito inerente al rapporto societario.

Con riguardo al secondo profilo accennato, **Sez. 6-1, n. 00388/2023, Di Marzio, Rv. 666532-01**, ha stabilito - dando seguito ad un costante orientamento (Sez. 1, n. 30052/2011, Ceccherini, Rv. 620890-01; Sez. 1, n. 00403/2010, Piccininni, Rv. 611077-01) - che i provvedimenti resi sulla denuncia di irregolarità nella gestione di una società *ex art.* 2409 c.c., ancorché comportino la nomina di un ispettore o di un amministratore con la revoca di quello prescelto dall'assemblea, ovvero risolvano questioni inerenti alla regolarità del relativo procedimento, sono privi di decisorietà; ne consegue che la decisione resa dalla Corte d'appello sul reclamo nei confronti di detti provvedimenti non è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111 Cost., tranne che per la parte in cui rechi condanna alle spese.

Quanto, poi, alla problematica relativa alla competenza delle Sezioni specializzate in materia di impresa, **Sez. 6-3, n. 02335/2023, Spaziani, Rv. 666733-01**, ha stabilito che la controversia in materia di patti parasociali "atipici" rientra tra quelle devolute alla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, poiché la nozione di accordo parasociale contemplata dall'art. 3, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 168 del 2003, è più ampia di quella prevista dall'art. 122 del TUF e dall'art. 2341-*bis* c.c., rientrandovi tutti gli accordi con cui i soci, o alcuni di essi, attuano un regolamento di rapporti, non vincolante nei confronti della società, difforme o complementare rispetto a quanto previsto dallo statuto sociale. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva qualificato come patto parasociale la transazione volta a ridefinire i

rapporti già regolati da un precedente accordo parasociale, poiché stabiliva un regolamento complementare rispetto a quello statutario, non essendo influente sulla causa concreta perseguita il tipo contrattuale utilizzato dalle parti).

## **2. Le società di persone.**

Le decisioni adottate dalla Corte di cassazione in tema di società di persone nell'anno in rassegna hanno ad oggetto, in particolare: la autonomia sostanziale e processuale della società rispetto ai singoli soci; la sussistenza di una società di fatto tra eredi che continuino l'attività di impresa e regime della relativa responsabilità; la responsabilità per inadempimento della società in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio; l'assoggettabilità ad esecuzione della quota anche anteriormente allo scioglimento della società; la responsabilità dell'accomandatario per violazione del divieto di concorrenza e danno risarcibile.

### **2.1. Autonomia sostanziale e processuale della società rispetto ai singoli soci.**

Come noto, la società di persone, anche se sprovvista di personalità giuridica, costituisce un distinto centro di interessi dotato di una propria autonomia sostanziale e di una propria capacità processuale, distinta da quella dei soci. Sulla base di tale principio, **Sez. 3, n. 20990/2023, Cricenti, Rv. 668479-01**, ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la legittimazione del socio di una società di persone a far valere l'inadempimento di un notaio al contratto con il quale questi era stato incaricato di procedere al conferimento di un bene del primo nella società, sul presupposto che parte di tale contratto fosse unicamente la società, non potendo qualificarsi il socio come terzo beneficiario della prestazione ai sensi dell'art. 1411 c.c. - avendo tratto dalla stessa, al più, un vantaggio di mero fatto - né potendosi prospettare un effetto protettivo del contratto nei suoi confronti, difettando l'identità del suo interesse rispetto a quello della società stipulante.

### **2.2. Continuazione dell'attività di impresa da parte degli eredi. Responsabilità ex art. 2297 c.c.**

In continuità con l'orientamento di legittimità espresso, di recente, da Sez. L, n. 24197/2020, Lorito, Rv. 659439-01, la S.C. ha affermato che in caso di continuazione dell'attività di impresa del *de cuius* da parte degli eredi non si configura una mera comunione di godimento, ma, fino all'iscrizione nel registro delle imprese, una società di fatto o irregolare, con conseguente responsabilità

solidale ed illimitata di tutti i soci *ex art. 2297 c.c.*; conseguentemente, se l'erede è convenuto in giudizio per il pagamento dei debiti sociali non quale socio di fatto, ma quale mero successore *mortis causa* del *de cuius*, va dichiarato il suo difetto di legittimazione passiva, perché - evocato in tale veste - egli nemmeno potrebbe far valere il beneficio della preventiva escussione del patrimonio sociale (**Sez. L, n. 32353/2023, Rivero, Rv. 669580-01**).

### **2.3. Responsabilità per inadempimento della società in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio.**

Nella pronuncia di **Sez. 3, n. 29306/2023, Dell'Utri, Rv. 669127-01**, con riferimento ad un caso in cui una s.n.c. era rimasta inadempiente all'obbligo di pagamento dei canoni di locazione, la S.C. ha affermato che nelle società di persone, in caso di scioglimento del rapporto sociale limitatamente a un socio, la responsabilità di quest'ultimo verso i terzi per le obbligazioni sociali anteriormente contratte si protrae finché dura il rapporto sociale, poiché il termine "responsabilità" (di cui all'art. 2290 c.c.) allude non già al momento in cui l'obbligazione è sorta, ma a quello in cui è divenuta esigibile ed è rimasta inadempita, e rispetto alla tutela dell'affidamento dei terzi sulla corresponsabilità dei singoli soci per le obbligazioni sociali assume preminente rilievo che, con lo scioglimento del rapporto sociale, si interrompe qualsivoglia controllabilità, da parte del socio uscente, del successivo adempimento delle obbligazioni della società, ormai integralmente rimesso all'iniziativa e alla diligenza dei soci superstiti.

### **2.4. Assoggettabilità a esecuzione della quota anche anteriormente allo scioglimento della società.**

Nelle società di persone, le quote di partecipazione di una società di persone che per disposizione dell'atto costitutivo siano liberamente trasferibili, salvo il diritto di prelazione in favore degli altri soci, possono essere sottoposte a sequestro conservativo ed essere espropriate a beneficio dei creditori particolari del socio anche prima dello scioglimento della società. Nel riaffermare questo principio, **Sez. 3, n. 29267/2023, Valle, Rv. 669323-01**, in linea di continuità con il precedente **Sez. 1, n. 15605/2002, Marziale G., Rv. 558296-01**, ha censurato la decisione della corte di merito che, in tema di revocatoria ordinaria di atti di conferimento in fondo patrimoniale operati da parte di soci fideiussori di una società in accomandita semplice, aveva trascurato di soffermarsi, ai fini della prova dell'*eventus damni*, sul profilo della sussistenza nel patrimonio di riferimento di beni residui idonei a garantire le obbligazioni della debitrice principale, in quanto aggredibili da parte dei creditori sociali.

## 2.5. Violazione del divieto di concorrenza.

Sul punto, **Sez. 1, n. 23010/2023, Nazzicone, Rv. 668444-01**, ha affermato che viola il divieto di concorrenza, previsto dall'art. 2301 c.c., l'accomandatario di una società di persone titolare di rapporto di agenzia di assicurazioni, che, dopo aver disdetto a nome della società il contratto di agenzia da essa intrattenuto, lo abbia poi assunto in proprio, procurando il trasferimento del portafoglio in capo ad una nuova società a lui riferibile, senza che il legittimo recesso dell'unico accomandatario, titolare del requisito della iscrizione all'albo degli agenti di assicurazione, possa in sé escludere l'esistenza di un danno, solo perché valido ed efficace. Quanto al danno risarcibile, derivante nel caso di specie dallo sviamento del pacchetto dei clienti assicurati in favore di una società neocostituita, la medesima pronuncia ha stabilito che la liquidazione va effettuata dal giudice del merito, anche a mezzo di c.t.u., secondo i metodi di valutazione del reddito aziendale prospettico, tenuto conto della differenza fra l'ammontare complessivo dei mancati ricavi e quello dei costi non sostenuti, che la società danneggiata avrebbe conseguito o sopportato, in mancanza della condotta di illecita concorrenza (**Sez. 1, n. 23010/2023, Nazzicone, Rv. 668444-02**).

## 3. Le società di capitali.

Vengono di seguito riportate le decisioni adottate dalla Corte di cassazione, nel corso del 2023, con specifico riferimento alle società di capitali. Trattano, in particolare, di azioni, di finanziamenti e i conferimenti a vario titolo da parte dei soci, delle deliberazioni assembleari, dell'amministrazione, delle azioni di responsabilità, della responsabilità da direzione e coordinamento e della concessione abusiva di credito. In alcuni casi, la Corte di cassazione ha affrontato le singole questioni, riferendosi in generale alle società di capitali, mentre, in altri casi, come di volta in volta precisato, ha esaminato in particolare la disciplina propria delle S.p.a. o delle s.r.l.

### 3.1. Le azioni.

Con una prima decisione, la S.C. è intervenuta in tema di acquisto di azioni proprie. Secondo **Sez. 1, n. 28148/2023, Terrusi, Rv. 669287-01**, in tema di società per azioni, il nuovo testo dell'art. 2358 c.c., introdotto dal d.lgs. n. 142 del 2008, pur avendo consentito il prestito per l'acquisto di azioni proprie in presenza di specifiche condizioni (quali l'autorizzazione dell'assemblea straordinaria e la predisposizione di una relazione illustrativa da parte degli

amministratori), prevede ancora un divieto generale di tali operazioni di assistenza finanziaria - volto a tutelare l'interesse di soci e creditori alla conservazione del patrimonio sociale - la cui violazione, trattandosi di norma imperativa di grado elevato, comporta la nullità *ex art.* 1418 c.c. non solo del finanziamento, ma anche dell'atto di acquisto, ove ne sia dimostrato, anche mediante presunzioni, il collegamento funzionale da chi intenda far valere la nullità dell'operazione nel suo complesso. (Nella specie, la S.C. ha cassato il provvedimento impugnato, che aveva ravvisato il collegamento funzionale tra l'operazione di assistenza finanziaria, priva delle condizioni di cui all'art. 2358 c.c., e due cessioni di azioni solo in quanto previste nel medesimo atto).

Ulteriore decisione ha interessato la tematica del riscatto delle azioni previsto dall'art. 2437-*sexies* c.c. e dei suoi presupposti. **Sez. 1, n. 12498/2023, Nazzicone, Rv. 667754-01**, ha affermato che, in tema di società per azioni, il riscatto di azioni *ex art.* 2437-*sexies* c.c. costituisce un istituto a causa neutra che consente alla società o ai soci l'esercizio di un'opzione di acquisizione forzosa delle partecipazioni sociali di uno dei soci stessi, con l'effetto di comportarne l'uscita dall'ente; detto istituto, assimilabile all'esclusione sul piano degli effetti, se ne differenzia in quanto ammette, in mancanza di altre concrete possibilità, la riduzione del capitale sociale o lo scioglimento della società, esigendo, in ogni caso, al pari dell'esclusione stessa, che i presupposti integrativi della fattispecie siano essere adeguatamente determinati o determinabili, ai sensi dell'art. 1346 c.c.

### **3.2. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo.**

Nell'ambito delle erogazioni che possono garantire un beneficio finanziario alla società ricevente, i soci possono effettuare apporti fuori capitale (effettuati *causa societatis* e senza obbligo di rimborso), oppure veri e propri prestiti, da cui deriva un obbligo di rimborso a carico della società. Qualora il finanziamento sia stato erogato in una situazione di difficoltà finanziaria o di squilibrio patrimoniale della società, il diritto del socio al suo rimborso sorge postergato, ai sensi dell'art. 2467 c.c. Come precisato dalla Sez. 1, n. 12994/2019, Nazzicone, Rv. 654252-01, la postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento sino a quando non sia superata la situazione di difficoltà economico-finanziaria prevista dalla norma. Di conseguenza, la società è tenuta a rifiutare al socio il rimborso del finanziamento, in presenza della indicata situazione, ove esistente non solo al momento della concessione del finanziamento, ma anche a quello

della richiesta di rimborso, trattandosi di fatto impeditivo del diritto alla restituzione del finanziamento rilevabile dal giudice d'ufficio.

Nell'anno in rassegna, è stata precisata la nozione di finanziamento dei soci. In particolare, **Sez. 1, n. 30054/2023, M. Di Marzio, Rv. 669362-01**, ha precisato che, in tema di fallimento, ai fini dell'ammissione allo stato passivo, la nozione di finanziamento dei soci a favore della società, di cui all'art. 2467 c.c., non comprende i soli contratti di credito, in quanto il secondo comma della stessa norma prevede che rientrino in quella categoria i finanziamenti effettuati in qualsiasi forma, così da assumere rilevanza anche il rilascio di garanzie e l'effettuazione di forniture senza corrispettivo, in quanto ciò si traduca in un volontario apporto economico utile proveniente dal socio, che consenta alla società di non sostenere immediatamente un costo.

La giurisprudenza di legittimità ha inteso, poi, operare una delimitazione delle diverse tipologie di versamenti che i soci possono eseguire a favore della società.

In particolare, **Sez. 1, n. 24093/2023, Fidanzia, Rv. 668858-01**, ha stabilito che, per versamento in conto futuro aumento di capitale devono intendersi quelle dazioni di danaro dei soci a favore della società che non siano, tuttavia, definitivamente acquisite al patrimonio sociale, avendo uno specifico vincolo di destinazione, con la conseguenza che, ove l'aumento non sia operato, il socio avrà diritto alla restituzione di quanto versato, per essere venuta meno la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale da lui eseguita in favore della società, quale ripetizione dell'indebitato (in questa direzione già Sez. 6-1, n. 34503/2021, Nazzicone, Rv. 663311-01, secondo la quale l'erogazione di somme di denaro "in conto futuro aumento di capitale", effettuata dal socio in favore della società, deve essere iscritta in bilancio come riserva, e non come finanziamento soci, in quanto, ove l'aumento intervenga, le somme confluiscono automaticamente nel capitale sociale, mentre, in caso contrario, devono essere restituite, in conseguenza del mancato perfezionamento della fattispecie programmata). La medesima **Sez. 1, n. 24093/2023, Fidanzia, Rv. 668858-02**, ora richiamata, si è anche soffermata sulla prova necessaria per qualificare in tal modo l'apporto economico precisando che, per qualificare la dazione come versamento in conto futuro aumento di capitale, l'interprete deve verificare che la volontà delle parti di subordinare il versamento all'aumento di capitale risulti in modo chiaro e inequivoco, utilizzando, all'uopo, indici di dettaglio (quali l'indicazione del termine finale entro cui verrà deliberato l'aumento, il comportamento delle parti, eventuali annotazioni contenute nelle scritture contabili o nella nota integrativa al bilancio, clausole statutarie) e, comunque, qualsiasi altra circostanza del caso concreto, capace di svelare la comune intenzione delle parti e gli interessi

coinvolti, non essendo, all'uopo, sufficiente la sola denominazione adoperata nelle scritture contabili.

### 3.3. Le deliberazioni dell'assemblea.

Nell'anno in rassegna, la S.C. ha adottato alcune significative pronunce relative alle delibere assembleari.

È stato, in primo luogo, affermato da **Sez. 1, n. 17461/2023, Catalozzi, Rv. 668294-01**, che, in tema di delibere assembleari societarie, l'interesse alla loro impugnazione sorge, in relazione a quanto previsto dall'art. 2479-ter, comma 2, c.c., per il mero fatto dell'adozione con la partecipazione determinante di un socio in conflitto di interessi e per la loro idoneità ad arrecare un danno alla società, dovendosi invece prescindere dalla possibilità o meno per l'assemblea di approvare una delibera di diverso contenuto, corrispondente alla volontà del socio impugnante, laddove per mancanza del "quorum" costitutivo il socio in conflitto si fosse astenuto.

La Corte, poi, si è soffermata sul momento dal quale decorre il termine per impugnare. **Sez. 1, n. 14469/2023, Amatore, Rv. 667926-01**, ha stabilito che, in tema di società, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2479-ter, comma 4, e 2379-ter, comma 1, c.c., il termine per l'impugnativa dell'aumento di capitale sociale decorre, per le s.r.l., dall'iscrizione della relativa deliberazione nel registro delle imprese e non già dalla trascrizione nel libro delle decisioni dei soci.

Qualora, poi, nel corso del giudizio consti la sostituzione di una deliberazione invalida con altra successiva, sulla scorta dell'art. 2377, comma 8, c.c., **Sez. 1, n. 08816/2023, Campese, Rv. 667471-01**, ha precisato che, ai fini della declaratoria di cessazione della materia del contendere per sopravvenuta carenza di interesse delle parti alla naturale conclusione del giudizio, il giudice deve verificare che la nuova delibera detti una disciplina sostanziale idonea a rimuovere la precedente causa di invalidità.

La Corte ha avuto modo di approfondire che i poteri del giudice in ordine alle impugnazioni di delibere assembleari. In particolare, **Sez. 1, n. 10233/2023, Dongiacomo, Rv. 667604-01**, ha stabilito che, in tema di società, il giudice, se investito dell'azione di nullità di una delibera assembleare, ha sempre il potere (e il dovere), in ragione della natura autodeterminata del diritto cui tale domanda accede, di rilevare e di dichiarare in via ufficiosa, e anche in appello, la nullità della stessa per un vizio diverso da quello denunciato; se, invece, la domanda ha per oggetto l'esecuzione o l'annullamento della delibera, la rilevabilità d'ufficio della nullità di quest'ultima da parte del giudice nel corso del processo e fino alla precisazione delle conclusioni dev'essere coordinata con il principio della domanda per cui il giudice, da una parte, può sempre rilevare la nullità della

delibera, anche in appello, trattandosi di eccezione in senso lato, in funzione del rigetto della domanda ma, dall'altra parte, non può dichiarare la nullità della delibera impugnata ove manchi una domanda in tal senso ritualmente proposta, anche nel corso del giudizio che faccia seguito della rilevazione del giudice, dalla parte interessata; nell'uno e nell'altro caso, tuttavia, tale potere (e dovere) di rilevazione non può essere esercitato dal giudice oltre il termine di decadenza, la cui decorrenza è rilevabile d'ufficio e può essere impedita solo dalla formale rilevazione del vizio di nullità ad opera del giudice o della parte, pari a tre anni dall'iscrizione o dal deposito della delibera stessa nel registro delle imprese ovvero dalla sua trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea.

In due occasioni la Corte è intervenuta sulle deliberazioni di approvazione del bilancio di esercizio. È orientamento consolidato che tutte le disposizioni codicistiche sul bilancio abbiano natura imperativa e che ciò valga non solo per quelle disposizioni che prescrivono la chiarezza nella redazione del bilancio ed impongono una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico (art. 2423, comma 2, c.c.), ma addirittura per quelle che impongono, in casi eccezionali, di derogare la normativa codicistica (cfr., art. 2423, comma 4, c.c.). Ciò in quanto il bilancio ha la funzione non soltanto di misurare gli utili e le perdite dell'impresa al termine dell'esercizio, ma anche nel fornire ai soci ed al mercato tutte le informazioni che il legislatore ha ritenuto a tal fine di prescrivere.

A tal riguardo, **Sez. 1, n. 07433/2023, Nazzicone, Rv. 667463-01**, ha precisato che, nelle società di capitali, il bilancio di esercizio, avendo la funzione non solo di misurare gli utili e le perdite dell'impresa, ma anche di fornire ai soci e al mercato tutte le informazioni richieste dall'art. 2423 c.c., deve essere redatto nel rispetto dei principi di verità, correttezza e chiarezza e delle regole di redazione poste dal legislatore, che, pur essendo tratte dai principi contabili ed avendo un contenuto di discrezionalità tecnica, sono norme giuridiche cogenti, alla cui violazione consegue l'illiceità del bilancio e la nullità della deliberazione assembleare con cui è stato approvato, poiché le scelte operate dai redattori, nel fornire la rappresentazione contabile dell'elemento considerato, sono sempre sindacabili, salvo che non siano riconducibili all'ambito proprio delle scelte insindacabili di gestione.

Una importante decisione è intervenuta sul tema della necessità o meno per il socio dissenziente, il quale abbia impugnato il bilancio relativo ad un determinato esercizio, di procedere ad impugnare anche i bilanci successivamente intervenuti che "ripetano" lo stesso vizio già denunciato. Secondo **Sez. 1, n. 14338/2023, Amatore, Rv. 667923-01**, le impugnazioni previste dagli art. 2377 e 2379 c.c. nei confronti delle delibere di approvazione

del bilancio non richiedono, dopo l'impugnazione del primo bilancio, anche quella dei bilanci *medio tempore* chiusi nel corso del giudizio, poiché, ai sensi dell'art. 2434-*bis*, comma 3, c.c., l'amministratore deve tener conto delle ragioni dell'intervenuta dichiarazione giudiziale di invalidità non solo nella predisposizione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale questa viene dichiarata, ma anche correggere i bilanci seguenti a quello impugnato, con la conseguenza che la mancata impugnazione di questi ultimi non priva dell'interesse ad agire il socio impugnante.

### 3.4. Gli amministratori.

Nel periodo in rassegna, sono state adottate varie pronunce che hanno riguardato l'organo gestorio delle società di capitali.

Con riferimento al potere rappresentativo degli amministratori, **Sez. 2, n. 32455/2023, Poletti, Rv. 669390-01**, ha affermato che, in tema di fallimento, sebbene a norma dell'art. 2382 c.c., nella versione *ratione temporis* applicabile anteriormente alla novella apportata dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 6 del 2003, sia prevista la decadenza automatica dalla carica dell'amministratore fallito di una s.r.l., nondimeno, qualora costui abbia concluso un contratto di compravendita di un immobile nella titolarità dell'ente, la circostanza della carenza di potere rappresentativo correlata all'accertamento dell'insolvenza non è opponibile ai compratori in virtù dell'avvenuta esecuzione delle formalità pubblicitarie previste per la sentenza di fallimento, che invero sono idonee a garantire la conoscibilità dell'apertura della procedura concorsuale, non anche ad integrare la prova della sicura consapevolezza da parte dei terzi circa l'esistenza di una causa di ineleggibilità ad amministratore o di decadenza dalla relativa carica.

Quanto alla revoca dell'amministratore di società a responsabilità limitata, **Sez. 1, n. 04586/2023, Caprioli, Rv. 667017-01**, ha precisato che essa può essere disposta in ogni tempo dall'assemblea dei soci, anche in assenza di giusta causa ma, essendo il rapporto di amministrazione riconducibile quale *species* a sé stante al *genus* del mandato, l'amministratore revocato *ante tempus* senza giusta causa ha diritto al risarcimento del danno, per il principio posto dall'art. 1725, comma 1, c.c., salvo espressa pattuizione statutaria o convenzionale in senso contrario.

Spesso le controversie tra società ed amministratori sono assoggettate dallo statuto sociale alla cognizione del giudice arbitrale. Sul punto, **Sez. 6-1, n. 06221/2023, Falabella, Rv. 667164-01**, ha stabilito che la vincolatività della clausola compromissoria statutaria nei confronti degli amministratori di società ha fondamento pattizio, derivando dall'adesione che gli stessi implicitamente

prestano con l'accettazione della carica; ne deriva che non è opponibile agli stessi la soppressione della clausola compromissoria intervenuta a seguito di modifica dell'atto costitutivo successiva alla cessazione della carica e, pertanto, in assenza di specifica adesione da parte dell'amministratore a tale modifica, la predetta soppressione non è idonea ad escludere la competenza arbitrale per le controversie relative a fatti insorti in costanza del rapporto organico.

### 3.5. Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori.

Numerose sono le pronunce adottate dalla Suprema Corte che hanno precisato i contorni delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi di gestione di società di capitali.

Come è noto, per giurisprudenza costante (risalente a Sez. 1, n. 03652/1997, Rordorf, Rv. 503948-01; di recente Sez. 1, n. 28718/2020, Campese, Rv. 660020-01), all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità *ex art.* 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.

Nell'anno in rassegna, **Sez. 1, n. 02172/2023, Fidanzia, Rv. 666986-01**, nel ribadire il suesposto principio, ha precisato che, in materia di responsabilità degli amministratori di società di capitali, l'insindacabilità del merito delle scelte di gestione trova un limite nella ragionevolezza delle stesse da compiersi *ex ante* secondo i parametri della diligenza del mandatario, tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere. (Nella specie, la S.C. ha rigettato il ricorso avverso la decisione d'appello che aveva qualificato come atto di *mala gestio* l'acquisto di un ramo d'azienda gravemente indebitato e dissestato, in quanto non accompagnato dalla contestuale adozione di adeguate risposte organizzative idonee a consentirne il rilancio).

Sotto altro profilo, la responsabilità degli amministratori deve essere tenuta distinta dall'inadempimento, da parte della società, di una obbligazione su di

essa gravante in favore di un terzo. **Sez. 1, n. 07272/2023, Nazzicone, Rv. 667216-01**, ha, così, precisato che l'inadempimento contrattuale di una società di capitali non può, di per sé, implicare responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente *ex artt.* 2395 o 2476, comma 6, c.c., nella formulazione *ratione temporis* vigente, atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, postula fatti illeciti direttamente imputabili a comportamento colposo o doloso degli amministratori medesimi; laddove ne ricorrano tutti gli estremi può, peraltro, configurarsi un concorso tra l'inadempimento della società e l'illecito dell'amministratore.

Quanto alle singole condotte dell'organo gestorio che possono comportare una responsabilità dei suoi componenti, **Sez. 1, n. 07279/2023, Nazzicone, Rv. 667266-01**, ha stabilito che, il contratto concluso in conflitto di interessi integra l'illecito di cui all'art. 2476 c.c. allorché l'amministratore abbia fatto prevalere un interesse extrasociale, che oltre ad essere incompatibile con quello della società, sia per essa pregiudizievole, alla stregua di una valutazione della condotta, operata secondo un giudizio *ex ante*, che tenga conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta analoga a quella adottata, nonché della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza della corte territoriale, che aveva escluso il carattere illecito dell'attribuzione, in favore dell'amministratore revocato, di un compenso, stabilito all'esito di una transazione intervenuta a definizione della controversia intrapresa dal medesimo avverso la società).

**Sez. 1, n. 05461/2023, Perrino, Rv. 668291-01**, ha, poi, affermato che, in tema di fusione per incorporazione, gli amministratori della società incorporante sono responsabili per non aver eliminato o attenuato le conseguenze dannose delle infrazioni fiscali commesse dalla società incorporata prima della fusione, in quanto quest'ultima vicenda modificativa dell'atto costitutivo, relativo a tutte le società partecipanti, determina l'imputazione alla società incorporante di tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare la società incorporata o fusa. La medesima decisione ha, poi, precisato che, in tema di responsabilità degli amministratori della società incorporante per le infrazioni fiscali commesse dalla società incorporata, da cui sia derivato un danno rappresentato dalle sanzioni e dagli interessi applicati per l'utilizzo del credito Iva dell'incorporata, in mancanza di dichiarazione, è configurabile il concorso di colpa della stessa società danneggiata *ex art.* 1227 c.c., ove abbia la certezza dell'effettiva sussistenza del credito utilizzato e, nondimeno, non abbia giudizialmente contestato l'avviso ricevuto dall'amministrazione finanziaria, in quanto detto

credito fiscale sorge con il compimento delle operazioni imponibili, qualora le poste a credito sopravanzino quelle a debito, a prescindere dalla dichiarazione, che è mero requisito formale inidoneo ai fini dell'insorgenza del credito IVA (**Sez. 1, n. 05461/2023, Perrino, Rv. 668291-02**).

La S.C. è intervenuta con riferimento alle azioni di responsabilità promosse dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 l.fall., che, come è noto, consente al predetto, in via esclusiva e mediante un'unica azione dal carattere unitario ed inscindibile, di formulare istanze risarcitorie verso gli amministratori, i liquidatori ed i sindaci, tanto con riferimento ai presupposti della responsabilità di questi verso la società, quanto a quelli della responsabilità verso i creditori sociali.

Con riferimento al tema della prescrizione, **Sez. 1, n. 03552/2023, Catalozzi, Rv. 666868-01**, ha quindi stabilito che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori *ex art. 2394 c.c.*, esercitata dal curatore fallimentare a norma dell'art. 146 l.fall., è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti; pertanto, in ragione dell'onerosità della prova gravante sul curatore, sussiste una presunzione *iuris tantum* di coincidenza tra il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, ricadendo sull'amministratore la prova contraria della diversa data, anteriore, di insorgenza e percepibilità dello stato di incapacità patrimoniale, con la deduzione di fatti sintomatici di assoluta evidenza, la cui valutazione spetta al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità, se non nei limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. Si è così dato seguito all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (si veda, in particolare, Sez. 1, n. 24715/2015, Lamorgese, Rv. 638141-01).

**Sez. 1, n. 25593/2023, Fidanzia, Rv. 668931-01**, ha ribadito che la proposizione dell'azione di responsabilità nei confronti di una pluralità di amministratori di società dà luogo ad una fattispecie di litisconsorzio facoltativo e non già necessario, cui consegue comunque l'applicabilità dell'art. 1310 c.c., sicché l'atto interruttivo della prescrizione contro uno di essi ha effetto anche nei confronti degli altri. Si è così dato seguito ad un principio costante nella giurisprudenza di legittimità (si veda, da ultimo, Sez. 1, n. 21497/2020, Iofrida, Rv. 659419-01).

Con riferimento agli obblighi di gestione conservativa del patrimonio sociale (art. 2486 c.c.), **Sez. 1, n. 06893/2023, Vannucci, Rv. 667213-01**, ha affermato che la responsabilità degli amministratori verso il creditore di società a responsabilità limitata - per il compimento di atti gestori non funzionali alla conservazione del patrimonio sociale dopo il verificarsi della causa di

scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4), c.c. - è disciplinata nel successivo art. 2486 c.c. e, pur avendo natura extracontrattuale, non è suscettibile di essere ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 c.c., non venendo in evidenza un "fatto illecito" nel senso postulato da detta norma, in quanto gli amministratori agiscono nel compimento delle operazioni pregiudizievoli non in proprio ma in qualità di organi investiti della rappresentanza dell'ente.

### **3.6. La responsabilità da direzione e coordinamento.**

In due occasioni, la S.C. ha avuto modo di affrontare la responsabilità risarcitoria prevista dall'art. 2497 c.c. a carico delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento.

In particolare, secondo **Sez. 1, n. 07930/2023, Scotti, Rv. 667277-01**, l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c., promovibile nei confronti di enti che esercitando attività di direzione e coordinamento di altre società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, postula che i primi svolgano su queste ultime un controllo rispondente al paradigma dell'art. 2359 c.c., norma che esige - fuori dai casi di dominio o influenza assembleare - che lo stesso si fondi su di un particolare vincolo contrattuale, non essendo sufficiente un mero vincolo di fatto, scaturente da una dipendenza economica e tecnologica delle società asseritamente eterodirette e dall'erogazione del credito a lungo termine a loro favore; il relativo accertamento è riservato al giudice del merito e, scaturendo dalla valutazione delle prove, lo stesso è sindacabile in sede di legittimità solo per vizio motivazionale, nei ristretti limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Quanto al termine prescrizione applicabile a questa tipologia di azioni, **Sez. 1, n. 07262/2023, Falabella, Rv. 667139-01**, ha stabilito che, nell'azione risarcitoria *ex* art. 2497 c.c. nei confronti di società che svolga attività di direzione e coordinamento di altra società, il *dies a quo* del termine di prescrizione quinquennale decorre dal momento in cui il pregiudizio per gli interessi sociali sia conoscibile da parte dei soci della società eterodiretta e non dalla realizzazione dei singoli atti concretanti l'illecita condotta di direzione e coordinamento.

### **3.7. La concessione abusiva di credito.**

Nell'anno in rassegna, la Corte è tornata sull'argomento della concessione abusiva di credito da parte degli istituti bancari a società che versano in stato di

crisi o d'insolvenza, sulla scia della importante decisione Sez. 1, n. 18610/2021, Nazzicone, Rv. 661819-01. In tale precedente, la Corte aveva evidenziato che la responsabilità della banca, in caso di abusiva concessione del credito all'impresa in stato di difficoltà economico-finanziaria, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l.fall., in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fattori causativi del medesimo danno, senza che, per altro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di litisconsorzio facoltativo. Sempre in quell'occasione la Corte aveva precisato che non integra un'abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi di impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione "ex ante", di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito a detti scopi.

Ebbene, nel corso del 2023, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che l'erogazione del credito che sia qualificabile come abusiva, in quanto effettuata, con dolo o colpa, ad un'impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in assenza di concrete prospettive di superamento della crisi, integra un illecito del soggetto finanziatore, per essere questi venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione, obbligando il medesimo al risarcimento del danno, ove ne discenda un aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività di impresa. (**Sez. 1, n. 29840/2023, Abete, Rv. 669358-02**).

Nell'affermare tale principio, la S.C. ha cassato la pronuncia di merito impugnata, in quanto il tribunale non aveva provveduto, a decorrere dall'esercizio antecedente all'operazione di finanziamento controversa e, successivamente, sino all'ultimo esercizio precedente la dichiarazione di fallimento, al vaglio analitico della situazione economico-patrimoniale della società successivamente fallita, attraverso il riscontro dei netti patrimoniali e della relativa evoluzione alla luce degli utili ovvero delle perdite registratesi nel medesimo lasso temporale. Nella medesima decisione è stato, poi, precisato che sussiste la legittimazione del curatore fallimentare ad azionare la responsabilità correlata al danno patrimoniale sofferto dalla società finanziata poi fallita, in quanto l'organo concorsuale in parola è gestore ex art. 31 l.fall. del patrimonio dell'imprenditore fallito, dunque abilitato ad azionare ex artt. 42 e 43 l.fall. i diritti soggettivi già radicati nel patrimonio di quest'ultimo (**Sez. 1, n. 29840/2023, Abete, Rv. 669358-01**).

### 3.8. Le operazioni straordinarie.

Nell'anno in rassegna, vanno menzionate talune pronunce in tema di operazioni straordinarie, cioè quelle operazioni di riorganizzazione della società che si riflettono sul patrimonio sociale e sulla posizione dei soci.

In tema di trasformazione di una società di persone in una società di capitali (c.d. "trasformazione omogenea progressiva"), **Sez. 1, n. 17473/2023, Amatore, Rv. 668296-01**, ha ritenuto che l'art. 2500-*quinquies* c.c. richiede necessariamente, ai fini della liberazione dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni sorte anteriormente ad essa, una comunicazione formale da parte della società debitrice nei confronti dei creditori sociali, in assenza della quale il consenso di questi ultimi non può in alcun modo presumersi. La decisione si pone in linea di continuità con Sez. 6-1, n. 13772/2021, Dolmetta, Rv. 661438-01, secondo la quale, in tema di trasformazione della società, la presunzione del consenso dei creditori alla liberazione dei soci illimitatamente responsabili, *ex art. 2500-quinquies*, comma 2 c.c., opera solo sia rispettato il percorso stabilito dalla norma, dovendo la comunicazione, che può provenire tanto dalla società quanto dai soci, avere come oggetto specifico la detta trasformazione ed essere trasmessa ai singoli creditori con mezzi che consentano di dimostrarne l'avvenuto ricevimento, sicché nessun valore può riconoscersi alla conoscenza dell'avvenuta trasformazione che il creditore abbia conseguito *aliunde*, in via incidentale ed indiretta, da atti della società in corso di trasformazione o già trasformata. (Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di merito che aveva condannato, per l'inadempimento ad un contratto preliminare, i soci illimitatamente responsabili di una s.n.c. - successivamente trasformatasi in s.r.l. - promittente venditrice di un immobile, a restituire gli acconti corrisposti ai promissari acquirenti, avendo ritenuto che i pagamenti effettuati da questi ultimi direttamente alla s.r.l., non potessero far presumere il loro consenso alla rinuncia alla responsabilità solidale dei soci illimitatamente responsabili).

Sempre in tema di trasformazione omogenea progressiva (trasformazione di una società di persone in società di capitali), **Sez. 1, n. 05017/2023, Vannucci, Rv. 666876-01**, ha stabilito, in tema di fideiussione per obbligazione futura, che la liberazione del garante *ex art. 1956 c.c.* non si determina per la sola circostanza che il debitore garantito si sia successivamente trasformato da società di persone in società di capitali, in quanto gli effetti della trasformazione previsti dall'art. 2498 c.c., di per sé, non determinano alcun peggioramento delle condizioni patrimoniali della società debitrice in riferimento alla responsabilità dei soci della società trasformata: delle obbligazioni sociali passive anteriori alla

trasformazione i soci difatti continuano a rispondere personalmente e illimitatamente (salvo che i creditori sociali non abbiano prestato il proprio consenso alla trasformazione) e per le obbligazioni sociali sorte dopo la trasformazione l'insussistenza di una responsabilità solidale e illimitata dei soci della società di capitali non determina alcun mutamento della consistenza quantitativa e qualitativa dell'indebitamento della società e del suo patrimonio anteriore alla trasformazione.

La S.C., poi, si è occupata anche della trasformazione eterogenea regressiva da società di capitali in comunione di azienda e dei poteri dell'amministratore fino al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione della società trasformanda. **Sez. 5, n. 25008/2023, D'Aquino, Rv. 669072-01**, ha precisato, infatti, che, in tema di contenzioso tributario in materia societaria, l'amministratore di una s.r.l. trasformata in comunione di azienda è legittimato a ricevere la notificazione dell'avviso di accertamento emesso nei confronti della società sino al momento di decadenza dalla carica, da individuarsi alla scadenza del termine di sessanta giorni dall'iscrizione nel Registro delle imprese della cancellazione della società trasformanda, poiché nel periodo antecedente, nonostante l'iscrizione della delibera di trasformazione eterogenea, l'operazione è un fatto puramente interno, che non produce effetti nei confronti dei terzi.

Quanto alla fusione di società (anche nella forma della incorporazione) **Sez. 1, n. 13685/2023, Di Marzio, Rv. 667905-01**, ha affermato che essa dà luogo ad una vicenda estintivo-successoria simile alla successione *mortis causa* a titolo universale tra persone fisiche, con la conseguenza che il suo intervento in corso di giudizio fa sì che la notifica della sentenza *ex art. 285 c.p.c.* presso il difensore della società estinta sia inefficace ai fini della decorrenza del termine breve per impugnare, non esistendo alcuna norma che investa il predetto della difesa della società incorporante. Peraltro, tale interpretazione, derivando da radicale e imprevedibile mutamento del precedente univoco orientamento giurisprudenziale che vedeva, per contro, la fusione come fenomeno a carattere modificativo-evolutivo, costituisce un caso di *prospective overruling*, finalizzato a porre la parte al riparo dagli effetti processuali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) di mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo. (Nella specie, la S.C., ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'appello in quanto proposto oltre il termine c.d. "breve" decorrente dalla notificazione della sentenza, pur essendo questa avvenuta nei confronti della società incorporante, ma presso il difensore della società incorporata, in ragione della ravvisata sussistenza del *prospective overruling* processuale).

Sempre con riferimento alla fusione, **Sez. 3, n. 12128/2023, Rossi, Rv. 667583-01**, ha precisato che gli effetti giuridici della fusione o dell'incorporazione si producono dal momento dell'adempimento delle formalità pubblicitarie concernenti il deposito, per l'iscrizione nel registro delle imprese, dell'atto di fusione; ne consegue che - ai fini del riconoscimento della legittimazione all'impugnazione della società incorporante o risultante dalla fusione, in qualità di successore della società soccombente nel grado precedente - è necessaria la prova del predetto adempimento.

Poiché, infine, la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, **Sez. 1, n. 06324/2023, Abete, Rv. 667131-01**, ha stabilito che è giuridicamente inesistente la sentenza che dichiara il fallimento di quest'ultima oltre l'anno previsto dall'art. 10 l.fall. e che tale vizio radicale, impedendo il passaggio in giudicato del provvedimento, può essere fatto valere, oltre che con l'impugnazione ordinaria, con un'autonoma *actio nullitatis*.

La S.C. ha avuto anche occasione di affrontare la questione concernente la natura giuridica dell'atto di scissione. **Sez. 1, n. 11004/2023, Iofrida, Rv. 667740-01**, ha affermato che, con riferimento ai segni distintivi, la scissione parziale societaria dà luogo ad una vicenda non meramente organizzativa, ma sostanzialmente traslativa dei beni inclusi nel patrimonio attribuito alla società beneficiaria della scissione, con la conseguenza che, essendo il marchio e la denominazione sociale dei segni distintivi autonomi - avendo il primo la funzione di identificare i prodotti fabbricati o commercializzati od i servizi resi da un imprenditore, la seconda quella di individuare la società come soggetto di diritto - l'attribuzione del marchio non implica anche il trasferimento della denominazione sociale, la quale può essere oggetto di valido trasferimento *inter vivos*, anche ove assimilata alla ditta sociale, solo nel caso in cui sia ceduta l'intera azienda, previo espresso consenso dell'alienante.

#### **4. Particolari società di capitali.**

Vengono di seguito riportate le pronunce della S.C. che hanno esaminato società regolate da una disciplina del tutto speciale, con particolare riferimento alle società cooperative. A tali figure devono essere affiancate le società a partecipazione pubblica, comprese le società *in house*, a cui, proprio per l'accentuata specificità, viene dedicato un autonomo capitolo, nella parte riservata ai rapporti con i pubblici poteri, cui si rinvia.

#### 4.1. Le società cooperative.

Nell'anno in rassegna, la Suprema Corte si è innanzitutto occupata di questioni relative alla particolare natura del rapporto del socio all'interno della cooperativa. Come è noto, infatti, con la partecipazione ad una società cooperativa, il singolo pone in essere due tipi di rapporti: quello mutualistico (che ha riflessi sul piano patrimoniale) e quello sociale (che attribuisce al socio dei poteri all'interno dell'organizzazione).

Secondo **Sez. 2, n. 23606/2023, Varrone, Rv. 668409-01**, (ponendosi in linea di continuità con Sez. 1, n. 26222/2014, Didone, Rv. 633871-01), il principio secondo il quale i rimedi generali dettati in tema di inadempimento contrattuale (risoluzione del contratto, *exceptio inadimpleti contractus* ecc.) non sono utilizzabili nel diverso ambito dei contratti societari (per essere questi ultimi caratterizzati non già dalla corrispettività delle prestazioni dei soci, bensì dalla comunione di scopo, sicché i rimedi invocabili sono quelli del recesso e dell'esclusione del socio) non si applica alle società cooperative, nelle quali il rapporto attinente al conseguimento dei servizi o dei beni prodotti dalla società ed aventi ad oggetto prestazioni di collaborazione o di scambio tra socio e società si palesa ulteriore rispetto a quello relativo alla partecipazione all'organizzazione della vita sociale ed è caratterizzato non dalla comunione di scopo, ma dalla contrapposizione tra quelle prestazioni e la retribuzione o il prezzo corrispettivo. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto ammissibile l'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.* proposta dal socio nei confronti di una società cooperativa agricola e zootecnica, venendo in rilievo un rapporto di natura sinallagmatica tra l'obbligo del socio di conferire il latte e quello della società di pagamento del conferimento stesso).

Quanto alle cooperative edilizie, **Sez. 1, n. 07331/2023, Caiazzo, Rv. 667236-01**, ha affermato che il socio decaduto per mancata titolarità dei requisiti di legge, non avendo stipulato l'atto d'acquisto dell'alloggio e non avendone ricevuto l'assegnazione, non deve restituire il mutuo contratto per l'edificazione dell'immobile a lui destinato, dovendosi identificare i "soggetti interessati" menzionati al riguardo dall'art. 23, l. n. 457 del 1978, nella stessa cooperativa, se il contributo sul programma costruttivo viene annullato prima dell'assegnazione degli alloggi, o i privati, se sono assegnatari, o se hanno realizzato loro gli alloggi.



# CAPITOLO XVIII

## IL DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

(DI ALESSANDRO FAROLFI)

SOMMARIO: 1. Questioni pregiudiziali. - 2. Intermediazione finanziaria. - 3. I rapporti bancari. - 4. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari. - 5. La responsabilità della banca. - 6. Titoli di credito.

### 1. Questioni pregiudiziali.

Si segnalano in questa materia tre questioni originate da rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, già assegnate alle Sezioni unite con i seguenti provvedimenti:

a) decreto della Prima Presidente del 06/09/2023, su rinvio del Tribunale di Salerno, in tema di mutuo con ammortamento alla francese di cui sia indicato il TAN e l'importo delle rate, domandandosi se occorra l'indicazione del regime composto degli interessi ai fini del rispetto di determinatezza e determinabilità dell'oggetto contrattuale, nonché ai fini della possibile applicazione della nullità di cui all'art. 117 comma 4 TUB, per violazione dei principi di trasparenza contrattuale;

b) decreto della Prima Presidente del 18/09/2023, su rinvio del Tribunale di Milano, sul valore del titolo esecutivo giudiziale di condanna e, in particolare, nella parte in cui rinvia agli interessi legali, se questi ultimi debbano ritenersi esclusivamente quelli di cui al primo comma dell'art. 1284 c.c., ovvero se possa ritenersi implicito il richiamo al maggior tasso (c.d. super-interesse) di cui al quarto comma della stessa disposizione;

c) il provvedimento che precede si intreccia strettamente con l'ulteriore decreto presidenziale, emesso in pari data, circa i rapporti fra art. 1284, comma 4, c.c. e art. 429 c.p.c. in tema di crediti di lavoro, domandandosi in particolare se quest'ultima disposizione abbia natura speciale o sia destinata ad integrarsi con la prima.

### 2. Intermediazione finanziaria.

La S.C. ha, nel corso del 2023, confermato con più decisioni il proprio orientamento secondo cui il riscontrato inadempimento della banca agli obblighi di adeguata informazione ingenera una presunzione legale di sussistenza del nesso causale tra l'inadempimento e il danno patito dall'investitore suscettibile di prova contraria da parte dell'intermediario; quest'ultima, tuttavia, non può risolversi nella dimostrazione della generica

propensione al rischio del cliente (ad es. **Sez. 1, n. 19322/2023, Dongiacomo, Rv. 668306-01**; **Sez. 1, n. 12990/2023, Campese, Rv. 667897-01**; **Sez. 3, n. 07288/2023, Moscarini, Rv. 667045-01**).

La S.C. ha altresì precisato, in una controversia relativa all'acquisto di bond argentini, che ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria per inadempimento degli obblighi formativi, la prescrizione non decorre dal momento in cui viene impartito l'ordine d'acquisto dei titoli, bensì da quello in cui si manifesta in concreto il pregiudizio patrimoniale, ossia la conseguenza dannosa rappresentata dalla perdita patrimoniale sofferta (**Sez. 1, n. 02066/2023, Terrusi, Rv. 669355-01**).

Sul rapporto fra contratto quadro e singoli ordini, **Sez. 1, n. 24648/2023, Amatore, Rv. 668862-01**, ha dichiarato che “l'inadempimento degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario ben può giustificare tanto la risoluzione del contratto quadro, quanto quella dei singoli ordini, nella misura in cui si riveli idoneo a determinare un'alterazione dell'equilibrio contrattuale, atteso che l'assolvimento di tali obblighi costituisce il ponte endocontrattuale di passaggio tra la funzione di investimento, come resa dal contratto quadro, e i singoli investimenti, come inevitabilmente espressi dai singoli ordini, consistendo, in questa «cinghia di trasmissione», la protezione sostanziale che il sistema vigente viene ad assicurare all'investitore”; peraltro, rispetto al tema della protezione dell'investitore per i contratti conclusi “fuori sede” - di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 58 del 1998 - si è precisato che “non è sufficiente che l'avviso sul diritto di recesso spettante all'investitore sia inserito nel contratto quadro di investimento, neppure ove si assuma l'esistenza di un collegamento negoziale tra tale contratto e le schede di prenotazione dei successivi ordini di investimento, essendo invece necessario che l'avviso sia inserito nei singoli ordini che danno luogo al collocamento degli strumenti finanziari (**Sez. 1, n. 22221/2023, Amatore, Rv. 668388-01**).

Sempre in tema di obblighi informativi, **Sez. 1, n. 19104/2023, Reggiani, Rv. 668034-01**, ha precisato che in tema di intermediazione finanziaria, l'obbligo di informazione attiva, posto a carico dell'intermediario ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 58 del 1998 e dell'art. 28, comma 2, del regolamento Consob n. 11522 del 1998, secondo la disciplina previgente al d.lgs. n. 164 del 2007, impone all'intermediario di fornire informazioni non generiche sulla specifica operazione che l'investitore intende compiere, sicché, in caso di acquisto di obbligazioni di uno Stato straniero, deve fornire informazioni sul grado di rischio di insolvenza di tale Stato, derivante dalle condizioni dell'emittente e dalle prospettive future dello stesso, aggiornate al momento in

cui è compiuta l'operazione, eventualmente facendo ricorso agli indici di valutazione delle principali agenzie di rating.

Peraltro, se **Sez. 1, n. 16041/2023, Perrino, Rv. 668019-02**, ha stabilito che l'art. 31 del regolamento Consob n. 11522 del 1998 (applicabile "ratione temporis"), secondo il quale gli investitori persone fisiche rientrano nella categoria degli operatori qualificati ove documentino il possesso dei requisiti di professionalità stabiliti per i soggetti che svolgono funzione di amministrazione, direzione e controllo presso società di intermediazione mobiliare, impone all'intermediario di accertare, al momento dell'instaurazione del rapporto, il pregresso svolgimento di quei ruoli e compiti da parte dell'investitore per il periodo minimo indicato, in quanto non è sufficiente ad escludere la responsabilità del primo la semplice dichiarazione del cliente di esonerarlo dalla detta verifica, la precedente **Sez. 1, n. 13446/2023, Perrino, Rv. 667903-01**, ha precisato che gli obblighi informativi gravanti sull'intermediario, che devono essere assolti prima dell'acquisto dei prodotti finanziari, non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma gli elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonei a integrare l'ipotesi di annullabilità del contratto per errore, giacché la doglianza dell'investitore inerente all'acquisto di un titolo privo del positivo andamento sperato resta confinata nell'irrilevante sfera dei motivi.

### **3. I rapporti bancari.**

Sul rapporto di conto corrente e l'esecuzione secondo buona fede del contratto **Sez. 1, n. 30588/2023, Catalozzi, Rv. 669366-01**, ha affermato che ancorché all'istituto di credito non faccia capo un dovere generale di monitorare la regolarità delle operazioni ordinate dal cliente, nondimeno - in applicazione dei doveri di esecuzione del mandato secondo buona fede - ad esso è ascritto un obbligo di protezione che, ogni qualvolta l'operazione appaia *ictu oculi* anomala e non rispondente agli interessi del correntista, impone di rifiutarne l'esecuzione o, quantomeno, di informare il cliente".

Sullo stesso tema si è precisato, quanto alle conseguenze restitutorie derivanti dalla nullità contrattuale (per difetto di forma) che detta patologia negoziale comporta il venir meno dalla causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali, con conseguente applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebito; ne deriva che, da un lato, deve essere restituito alla banca, anche mediante addebito in conto corrente, non solo il capitale erogato, ma anche gli interessi al tasso legale e, dall'altro, la banca deve restituire alla controparte le somme ricevute in eccesso in forza del contratto nullo e, quindi, non il capitale mutuato (che comunque le deve essere restituito), ma gli interessi ricevuti al

tasso pattuito nel contratto viziato” (**Sez. 1, n. 27390/2023, Dongiacomo, Rv. 669134-01**). Più in generale, peraltro, **Sez. 1, n. 28500/2023, Abete, Rv. 669186-01**, ha ribadito che il requisito della forma scritta previsto dall’art. 117, comma 1, T.U.B., deve essere inteso in senso funzionale, avuto riguardo alla finalità di protezione del cliente assunta dalla norma, potendo, pertanto, ritenersi rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, da questi sottoscritta, senza che sia necessaria anche la sottoscrizione della banca, il cui consenso ben può desumersi alla stregua dei comportamenti concludenti dalla stessa tenuti. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto pienamente valido il contratto sottoscritto dal solo cliente, sul presupposto che la banca avesse sistematicamente dato corso al rapporto, sin dal momento della stipula, secondo le condizioni indicate per iscritto).

Sempre in tema di conto corrente, si è affermato che “qualora, a fronte di un’azione di ripetizione dell’indebitto esercitata dal correntista, la banca convenuta eccepisca la prescrizione del diritto di credito sul presupposto della natura solutoria delle rimesse, l’esistenza di un contratto di apertura di credito che consenta di attribuire semplice natura ripristinatoria della provvista alle rimesse oggetto della ripetizione dell’indebitto e, conseguentemente, di far decorrere il termine di prescrizione a far data dalla chiusura del rapporto, costituisce una eccezione in senso lato, come tale rilevabile d’ufficio dal giudice anche in grado di appello, purché l’affidamento risulti dai documenti legittimamente acquisiti al processo o dalle deduzioni contenute negli atti difensivi delle parti (**Sez. 1, n. 20455/2023, Campese, Rv. 668309-01**).

Sul tema ricorrente dei tassi usurari si è ritenuto che ai fini del relativo calcolo debba essere conteggiato anche il costo dell’assicurazione sostenuto dal debitore per ottenere il credito, in base all’art. 644, comma 4, c.p.”, non assumendo contraria rilevanza la diversa indicazione contenuta nelle istruzioni della Banca d’Italia, in quanto mere norme di natura secondaria (così **Sez. 2, n. 29501/2023, Trapuzzano, Rv. 669298-01**); invece, **Sez. 3, n. 27545/2023, Gianniti, Rv. 669094-02**, ha ritenuto che la pretesa della banca di riscuotere interessi divenuti usurari nel corso del rapporto, avendo ad oggetto l’esecuzione di una prestazione oggettivamente sproporzionata, sia contraria al principio di buona fede (*contra*, **Sez. 3, n. 24743/2023, Spaziani, Rv. 668651-01**, e con sfumature diverse anche Sez. U, n. 19597/2020, Nazzicone, Rv. 658833-02).

In tema di contratto autonomo di garanzia, invece, **Sez. 1, n. 09071/2023, Di Marzio, Rv. 667476-01**, ha affermato che il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative; conseguentemente può essere sollevata nei confronti della

banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta.

Si registrano diverse pronunce in tema di contenzioso originato dalla c.d. crisi delle banche verificatasi a partire da circa un decennio fa (banche venete, Banca delle Marche, Carife) come **Sez. 1, n. 11321/2023, Nazzicone, Rv. 667744-01**, in tema di procedimento diretto per l'ottenimento di un indennizzo da parte del fondo di solidarietà; **Sez. 3, n. 17834/2023, Fanticini, Rv. 668449-01**, in tema di efficacia del titolo esecutivo nei confronti della banca cessionaria; **Sez. 1, n. 27524/2023, Perrino, Rv. 669141-01**, in tema di l.c.a. della banca ed accertamento dell'insolvenza su istanza del commissario liquidatore.

Con riferimento alla risoluzione della Banca delle Marche, **Sez. 1, n. 33416/2023, Valentino, Rv. 669610-01**, ha da ultimo affermato che deve ritenersi, ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. n. 180 del 2015, che tra le passività cedute in favore dell'ente "ponte" - e da questo trasferite ulteriormente alla banca incorporante - rientrano anche quelle derivanti da condotte poste in essere prima della data di efficacia della cessione, anche se non accertate giudizialmente, poiché, essendo il debito già sorto per effetto dell'illecito compiuto, rimane irrilevante il momento della proposizione della relativa domanda giudiziaria (in motivazione si è avuto modo di precisare che la disciplina di tale risoluzione bancaria differisce da quella dedicata alla c.d. crisi delle banche venete)

Da segnalare in questa materia come sia stata dichiarata inammissibile, in quanto implicante valutazioni non solo in diritto ma anche in fatto, la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Potenza sulla legittimazione passiva di Banca Apulia, ovvero di Banca Intesa, a seconda dell'interpretazione da adottare circa il contenuto del contratto di cessione di attività e passività *ex art. 3 del d.l. 99/2017*, conv. con modd. nella l. n. 121 del 2017.

Sulla questione ricorrente della legittimazione a seguito di operazioni di cartolarizzazione di crediti (cessioni in blocco) **Sez. 3, n. 04277/2023, Rossi, Rv. 666807-02**, ha statuito che in caso di cessione "in blocco" dei crediti da parte di una banca *ex art. 58 d.lgs. n. 385 del 1993*, la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale che rechi l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti "in blocco" è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno dei rapporti oggetto della cessione, allorché gli elementi che accomunano le singole categorie consentano di individuarli senza incertezze; resta comunque devoluta al giudice di merito la valutazione dell'idoneità asseverativa, nei termini sopra indicati, del suddetto avviso, alla stregua di un accertamento di fatto non

censurabile in sede di legittimità in mancanza dei presupposti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Da notare che per **Sez. 3, n. 00061/2023, Tatangelo, Rv. 666489-02**, il saggio d'interessi previsto dall'art. 1284, comma 4, c.c., trova applicazione alle obbligazioni restitutorie derivanti da nullità contrattuale". La decisione si occupa di un tema molto sentito, tanto da costituire oggetto di due rinvii pregiudiziali, già assegnati alle Sezioni Unite (vds. retro, § 1).

Ancora, in tema di trasparenza bancaria e con decisione suscettibile di applicazione a numerose fattispecie, **Sez. 1, n. 04597/2023, Fidanzia, Rv. 666991-01**, ha stabilito che l'indice sintetico di costo (ISC), altrimenti detto tasso annuo effettivo globale (TAEG), è solo un indicatore sintetico del costo complessivo dell'operazione di finanziamento, che comprende anche gli oneri amministrativi di gestione e, come tale, non rientra nel novero dei tassi, prezzi ed altre condizioni, la cui mancata indicazione nella forma scritta è sanzionata con la nullità, seguita dalla sostituzione automatica *ex art.* 117 del d.lgs. n. 385 del 1993; l'applicazione di condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate può, tuttavia, determinando la violazione di regole di condotta della banca, dar luogo a responsabilità contrattuale o precontrattuale di quest'ultima.

#### **4. La vigilanza sull'operato di banche e intermediari finanziari.**

Anche le tematiche relative alla vigilanza sull'attività degli operatori bancari e finanziari sono state più volte affrontate dal S.C. nel corso dell'anno in rassegna. **Sez. 2, n. 27833/2023, Giannaccari, Rv. 668993-01**, ha affermato che in tema di intermediazione finanziaria, le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob, *ex art.* 190 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.), non hanno natura penale, stante l'assenza di una afflittività economica particolarmente spinta e della previsione di sanzioni accessorie e della confisca, di talché non può essere utilmente invocato, in assenza di una specifica previsione, il principio del favor rei al fine di applicare le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 ad opera dell'art. 5 del d.lgs. n. 72 del 2015.

**Sez. 2, n. 24375/2023, Papa, Rv. 668803-01**, ponendosi in una medesima ottica, ha stabilito che le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob, *ex art.* 190 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.), non hanno natura penale stante l'assenza della connotazione dell'afflittività economica e della previsione di sanzioni accessorie e della confisca.

Per **Sez. 2, n. 18675/2023, Grasso, Rv. 668394-01**, invece, la fattispecie d'illecito di cui all'art. 190-*bis*, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 58 del 1998, essendo posta a presidio della tutela del risparmiatore dal pericolo astratto di pregiudizio, non richiede che sia provato il danno da esso concretamente subito, sicché, ai

fini della punibilità, è sufficiente dimostrare la potenziale pericolosità della condotta, la quale deve essere improntata a correttezza e trasparenza, onde evitare detto rischio.

Quanto alla tempistica del procedimento, **Sez. 2, n. 09022/2023, Oliva, Rv. 667516-01**, ha rimarcato che in tema di sanzioni amministrative per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il termine per la contestazione degli illeciti decorre dal momento del relativo accertamento, il quale non coincide necessariamente né con quello della mera constatazione dei fatti nella loro materialità né con quello in cui le relazioni o i rapporti finali degli incaricati degli accertamenti siano stati depositati o comunque messi a disposizione degli organi dell'autorità di supervisione competenti al relativo esame, dovendosi tener conto, a tal fine, del tempo strettamente necessario affinché, al termine delle verifiche preliminari, la constatazione dei fatti avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, senza ingiustificati ritardi derivanti da disfunzioni burocratiche o artificiose protrazioni nello svolgimento dei compiti assegnati ai diversi organi.

In ordine alla disciplina applicabile, **Sez. 2, n. 15352/2023, Cavallino, Rv. 667967-02**, ha stabilito che per quanto riguarda le sanzioni amministrative, la direttiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 si applica, come emerge fin dal primo considerando, alle imprese di investimento e non solo agli enti creditizi. La medesima pronuncia ha altresì precisato che l'art. 190-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998 prevede un criterio di imputazione della responsabilità fondato sull'attività in concreto esercitata dai soggetti inseriti all'interno dell'organizzazione dell'intermediario, senza che al riguardo sia necessaria alcuna qualifica formale, mentre l'inosservanza delle regole di comportamento di cui agli artt. 21 e 35-*decies* d.lgs. n. 58 del 1998 costituisce un illecito omissivo a carattere permanente con la conseguenza che, trattandosi di illecito amministrativo, il principio di legalità e di irretroattività comporta l'assoggettamento della condotta illecita alla legge del tempo del suo verificarsi in base al principio *tempus regit actum*.

Da evidenziare, altresì, come la stessa attività di vigilanza possa dare luogo - in caso di omissioni rilevanti - a forme di responsabilizzazione della stessa Consob: **Sez. 3, n. 19378/2023, Saija, Rv. 668135-01**, ha infatti ritenuto che la responsabilità delle società di intermediazione mobiliare per la perdita del capitale investito dal risparmiatore ha natura di responsabilità risarcitoria contrattuale, che, in ragione dell'omogeneità dei crediti vantati, concorre, ai sensi dell'art. 2055 c.c., con la responsabilità risarcitoria di natura aquiliana della CONSOB, per omessa vigilanza sulla medesima società: ne consegue che l'interruzione della prescrizione compiuta dal creditore nei confronti di uno dei

soggetti obbligati ha effetto anche nei confronti degli altri condebitori solidali, ai sensi dell'art. 1310, comma 1, c.c.

## **5. La responsabilità della banca.**

In tema di responsabilità della banca, **Sez. 1, n. 30505/2023, Catalozzi, Rv. 669295-01**, ha stabilito che in tema di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia commissivo che omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza. Nel caso di specie, la Corte ha negato costituisse un'ipotesi di dolo il mero silenzio dei funzionari della banca circa le condizioni di una fideiussione, in quanto non accompagnato da condotte ingannatorie e comunque connesso all'erroneo affidamento ingeneratosi nel cliente in ragione della mancata lettura del testo contrattuale.

Per **Sez. 1, n. 27349/2023, Falabella, Rv. 669133-01**, possono essere invocati i principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento incolpevole allorché vi sia, da un lato, la buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante e, dall'altro, anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente. Nel caso di specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva respinto la domanda risarcitoria proposta nei confronti della banca da una società, la quale aveva tollerato per oltre quattro anni e mezzo che una propria collaboratrice, priva del potere di compiere atti dispositivi in rappresentanza della medesima società, avesse continuato a svolgere operazioni di addebito sul proprio conto corrente - nel caso almeno 124 - senza preoccuparsi di acquisire contezza del reale andamento del rapporto, omettendo altresì di segnalare alla banca la mancata ricezione dei relativi estratti conto.

In una fattispecie particolare, **Sez. 3, n. 26463/2023, Pellicchia, Rv. 668664-01**, ha affermato che in tema di responsabilità professionale, ove il notaio, nella stipulazione di un contratto di mutuo ipotecario, abbia proceduto all'identificazione della persona del mutuatario, poi risultata inesistente, fondandosi anche sulla corrispondenza tra i dati risultanti dal documento di identità esibito dalla parte con quelli riportati nella documentazione dell'istruttoria effettuata dalla banca, è configurabile il concorso colposo dell'istituto di credito in ordine alla causazione del danno, per avere fornito al professionista un ulteriore elemento di convincimento circa l'effettiva identità

del mutuatario, trasmettendogli la delibera di concessione del mutuo indicante come destinatario la persona inesistente.

Più in generale, **Sez. 1, n. 25712/2023, Lamorgese, Rv. 668933-01**, ha ritenuto che in tema di concorso del fatto colposo del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso, a norma dell'art. 1227 c.c. - applicabile, per l'espresso richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c., anche nel campo della responsabilità extracontrattuale - la prova che il creditore-danneggiato avrebbe potuto evitare i danni dei quali chiede il risarcimento, usando l'ordinaria diligenza, deve essere fornita dal debitore-danneggiante che pretende di non risarcire, in tutto o in parte, il creditore. Nel caso di specie, la Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che - in violazione del suddetto riparto dell'onere probatorio - aveva fondato un concorso di colpa del cliente sull'asserita negligente custodia di codici numerici, pur accertando, contestualmente, che la banca aveva dato esecuzione a quattro ordini di bonifico ravvicinati, su di un conto da anni non movimentato e senza svolgere ulteriori accertamenti, nonostante la macroscopica difformità delle firme ivi apposte rispetto allo "*specimen*" in possesso dell'istituto. Peraltro, secondo **Sez. 1, n. 16555/2023, Micolino, Rv. 668021-01**, la legittimità della prassi di richiedere telefonicamente informazioni alla banca trattaria o emittente circa l'esistenza di una provvista sufficiente a pagarli non esonera la banca negoziatrice, in relazione agli obblighi di diligenza professionale imposti dalla peculiarità del caso concreto, *ex art.* 1176, comma 2, c.c., dall'adozione di diverse modalità di comunicazione con la banca sulla quale sia stato tratto l'assegno o che l'abbia emesso, al fine di tutelare gli interessi del correntista e degli altri soggetti coinvolti nella circolazione del titolo. Nel caso di specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di appello che aveva ritenuto sufficienti le informazioni che la banca negoziatrice aveva assunto telefonicamente presso la banca che aveva emesso l'assegno circolare, nonostante che dall'istruttoria fossero emerse incongruenze nelle risposte date dall'operatore della banca emittente circa la data di emissione dell'assegno.

Invece, per **Sez. 3, n. 20713/2023, Cirillo, Rv. 668476-03**, la banca che, pur conoscendone le difficoltà economiche, concede finanziamenti al debitore principale confidando nella solvibilità del fideiussore, senza informare quest'ultimo dell'aumentato rischio e senza chiederne la preventiva autorizzazione, incorre in violazione degli obblighi generici e specifici di correttezza e di buona fede contrattuale. La mancata richiesta di autorizzazione non può tuttavia configurare una violazione contrattuale liberatoria se la conoscenza delle difficoltà economiche in cui versa il debitore principale è comune o può presumersi tale. Nel caso di specie, la Corte ha confermato la

sentenza di merito, la quale aveva escluso l'effetto liberatorio *ex art.* 1956 c.c. in ragione del fatto che, dei tre fideiussori ricorrenti - tutti legati da rapporti di parentela -, uno era socio della società garantita e un altro ne era stato, in precedenza, amministratore.

## 6. Titoli di credito.

In tema di assegno bancario, **Sez. 2, n. 31229/2023, Picaro, Rv. 669378-01**, ha affermato che in caso di pagamento con assegno bancario postdatato, l'eventuale incasso prima della scadenza non costituisce un illecito giuridico in quanto gli assegni bancari sono titoli di credito pagabili a vista per cui il patto di postdatazione è nullo ed improduttivo di effetti giuridici. Invece, **Sez. 2, n. 23819/2023, Manna, Rv. 668720-01**, ha stabilito che la presentazione all'incasso di un assegno bancario di importo pari o superiore a 1.000,00 euro, privo della clausola di non trasferibilità, è sanzionato dall'art. 49, comma 5, del d.lgs. n.231 del 2007 e non già dal comma 1 del medesimo articolo, che si applica ai soli titoli al portatore, tra i quali non sono ricompresi gli assegni bancari. Nel caso di specie, la Corte ha cassato la sentenza di appello che aveva ritenuto che la presentazione all'incasso di un assegno bancario di importo di euro 1573,00, non poteva più essere considerata, a partire dal 1° gennaio 2016, un illecito amministrativo, tenuto conto dell'innalzamento della soglia ad euro 2.999,00 per i titoli al portatore.

**Sez. 1, n. 20387/2023, Campese, Rv. 668429-01**, ha invece stabilito che ai sensi dell'art. 58 del r.d. n. 1736 del 1933, l'offerta reale dell'assegno bancario ed il suo deposito presso la cancelleria del giudice competente costituiscono entrambi requisiti di proponibilità della domanda che il possessore del titolo, che intenda esercitare l'azione causale, è tenuto ad osservare onde tutelare il debitore dal rischio del contemporaneo esperimento, da parte di diversi creditori, dell'azione cambiaria e di quella causale e consentirgli di conservare le eventuali azioni di regresso fondate sul titolo, sicché l'inosservanza di tali adempimenti, non rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione del debitore, non ostacola l'esame della domanda ove sopravvenga, in corso di causa, la prescrizione dell'azione cambiaria, il cui onere di allegazione e prova grava sul creditore, venendo in tal caso meno il pericolo che il debitore sia tenuto a pagare due volte per lo stesso titolo. Nel caso di specie, il suddetto principio è stato esteso dalla Cassazione anche al caso di azione fondata su un'anticipazione bancaria in conto corrente concessa a fronte della girata di un assegno bancario.

Peraltro, **Sez. 3, n. 06342/2023, Rossetti, Rv. 667076-01**, ha precisato che l'efficacia di titolo esecutivo dell'assegno bancario è subordinata al rispetto dei requisiti di forma e contenuto dettati dalla legge, in virtù del combinato disposto

degli artt. 50 e 51 del r.d. n. 1736 del 1933, richiamati dal successivo art. 55, comma 1; ne consegue che tale efficacia non compete all'assegno recante una data insuperabilmente incerta, impedendo quest'ultima di stabilire se il traente avesse la capacità di emetterlo al momento dell'emissione, oltre che di individuare la decorrenza del termine di presentazione per il pagamento. Il caso di specie riguardava un assegno nel quale l'anno di emissione risultava essere stato corretto da "2015" a "2016".

In tema di cambiale, invece, **Sez. 1, n. 00469/2023, Pazzi, Rv. 666726-01**, ha affermato che la responsabilità sussidiaria del *falsus procurator* ex art. 11 legge cambiaria presuppone il venir meno della responsabilità del preteso rappresentato, il quale deve a tal fine avere necessariamente disconosciuto il carattere impegnativo della sottoscrizione effettuata in suo nome, formulando un'eccezione di parte tesa a far rilevare il difetto di rappresentanza del sottoscrittore, dovendo escludersi che tale circostanza sia suscettibile di rilievo officioso da parte del giudice.

Quanto all'onere della prova in materia di imputazione del pagamento eseguito mediante titoli di credito, **Sez. 2, n. 27247/2023, Varrone, Rv. 669151-01**, ha rilevato che in tema di prova del pagamento, soltanto a fronte della comprovata esistenza di un pagamento avente efficacia estintiva, ossia puntualmente eseguito con riferimento ad un determinato credito, l'onere della prova viene nuovamente a gravare sul creditore il quale controdeduca che il pagamento deve imputarsi ad un credito diverso. Ne consegue che tale principio non può trovare applicazione quando il pagamento venga eccepito mediante la produzione di assegni o cambiali, che per la loro natura presuppongono l'esistenza di un'obbligazione cartolare (e l'astrattezza della causa), così da ribaltare nuovamente l'onere probatorio in capo al debitore, che deve dimostrare il collegamento dei titoli di credito prodotti con i crediti azionati, ove ciò sia contestato dal creditore.

Sul tema, si può ricordare anche **Sez. 1, n. 31970/2023, Marulli, Rv. 669570-01**, secondo cui in tema di liquidazione delle spese sostenute per l'attuazione di un progetto finanziato con fondi comunitari, per il rimborso delle sole spese sostenute è sufficiente che il pagamento, avvenuto mediante assegno bancario saldato dopo la scadenza del termine di rendicontazione, sia stato quietanzato dalla controparte, sicché, in presenza di tali presupposti, non è possibile chiederne la ripetizione, non potendo essere messa in discussione, per la normativa unionale, l'effettività del pagamento debitamente quietanzato dalla controparte.

Sul tema dei buoni postali fruttiferi, la S.C. è intervenuta diverse volte nell'anno in rassegna: **Sez. 1, n. 22577/2023, Falabella, Rv. 668433-01**, ha

dichiarato che in materia di buoni postali fruttiferi cointestati recanti la clausola “pari facoltà di rimborso”, in caso di morte di uno dei cointestatari, ciascun cointestatario superstite è legittimato a ottenere il rimborso dell’intera somma portata dal documento, non trovando applicazione l’articolo 187, comma 1, del d.P.R. 1 giugno 1989, n. 256 del 1989 che, in tema di libretti di risparmio, impone la necessaria quietanza di tutti gli aventi diritto, atteso che i buoni fruttiferi circolano “a vista” e tale diversa natura impedisce l’applicazione analogica della citata disciplina; **Sez. 1, n. 22619/2023, Falabella, Rv. 668438-01**, ha invece stabilito che poiché l’interpretazione del testo contrattuale deve raccordare il senso letterale delle parole alla dichiarazione negoziale nel suo complesso, non potendola limitare a una parte soltanto di essa, l’indicazione, per i buoni postali della serie ‘Q/P’, di rendimenti relativi alla serie ‘P’ per l’ultimo periodo di fruttuosità del titolo non è in sé decisivo sul piano interpretativo, in presenza della stampigliatura, sul buono, di una tabella sostitutiva di quella della serie ‘P’, in cui erano inseriti i detti rendimenti, tanto più ove si consideri che la tabella in questione adotta una modalità di rappresentazione degli interessi promessi che risulta eccentrica rispetto a quella di cui alla precedente tabella, così da rendere evidente l’assenza di continuità tra le diverse previsioni, di talché, in presenza di una incompleta o ambigua espressione della volontà delle parti quanto ai rendimenti del buono postale di nuova emissione rientrante nella previsione dell’art. 173 d.P.R. n. 156 del 1973, opera una integrazione suppletiva che consente di associare al titolo i tassi contemplati, per la serie che interessa, dal decreto ministeriale richiamato dal primo comma del detto articolo.

# CAPITOLO XIX

## IL DIRITTO DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

(DI ALESSANDRO FAROLFI E SALVATORE LEUZZI)\*

SOMMARIO: 1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti. - 1.1. L'estensione del fallimento e le società cancellate. - 1.2. Il procedimento prefallimentare. - 1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento e il decreto di rigetto. - 2. Gli organi delle procedure concorsuali. - 2.1. I reclami endoconcorsuali. - 3. I pagamenti in costanza di fallimento e le azioni di inefficacia. - 3.1. Le azioni *ex art. 66 l.fall.* - 3.2. Le revocatorie fallimentari. - 4. I rapporti pendenti. - 5. La formazione dello stato passivo. - 5.1. Segue: profili processuali. - 6. La liquidazione dell'attivo. - 7. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. - 8. Il concordato fallimentare. - 9. Il concordato preventivo in generale. - 9.1. L'ammissione, la revoca, l'omologa. - 10. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. - 11. Il sovraindebitamento.

### 1. Il fallimento dell'imprenditore: i presupposti.

Come è noto, il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti anche CCII), approvato con il d.lgs. 12 gennaio 2019, 14 - più volte modificato ed entrato in vigore il 15 luglio 2022 - ha abrogato la legge fallimentare e sostituito il fallimento con una procedura sostanzialmente analoga, denominata liquidazione giudiziale. Peraltro, la norma transitoria contenuta nell'art. 390 c.c.i. dispone che i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto siano definiti secondo le disposizioni della legge fallimentare e della l. n. 3/2012 e succ. modd. L'art. 121 del c.c.i., peraltro, conferma la linea di continuità fra liquidazione giudiziale e fallimento, stabilendo che "le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori commerciali che non dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), e che siano in stato di insolvenza".

---

\* Paragrafi nn. 1, 1.2, 1.3, 2, 2.1, 3, 3.1, 3.2, 4, 5, 5.1 a cura di Alessandro Farolfi; paragrafi nn. 6, 7, 8, 9, 9.1, 10, 11 a cura di Salvatore Leuzzi.

In attesa che l'applicazione delle disposizioni di nuovo conio giunga al vaglio della S.C., diverse sono state le decisioni che nel corso di quest'anno si sono occupate di fallimento e dei suoi presupposti, confermando gli orientamenti ormai acquisiti.

Con riferimento al presupposto oggettivo, caratterizzato dallo stato di insolvenza, va in primo luogo ricordato che l'art. 5, comma 2, l.fall. lo individua, stabilendo che "lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". La stessa definizione, va subito aggiunto, è stata testualmente ripresa e, quindi, confermata dall'art. 2, comma 1, lett. b) del nuovo Codice, sì che l'elaborazione giurisprudenziale relativa appare destinata a mantenere la sua attualità.

Volendo qui segnalare le principali novità, si deve ricordare che con riferimento a tale presupposto ed ai rapporti con la definizione del debito tributario, **Sez. 1, n. 17884/2023, Pazzi, Rv. 668012-01**, ha precisato che in tema di dichiarazione di fallimento, la temporanea inesigibilità del credito erariale, conseguente alla presentazione della domanda di ammissione alla definizione agevolata dei ruoli *ex art. 1 del d.l. n. 148 del 2017*, pur incidendo sulla possibilità di avviare o proseguire eventuali azioni esecutive, non esclude la legittimazione dell'Agenzia delle Entrate a richiedere il fallimento, né comporta l'improcedibilità del relativo giudizio prefallimentare; l'eventuale esito positivo della domanda, che è onere del debitore provare essere intervenuto prima della dichiarazione di fallimento, può, invece, costituire oggetto di valutazione ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza.

In ordine al presupposto soggettivo della procedura concorsuale maggiore, rappresentato tradizionalmente la qualità di imprenditore commerciale "sopra soglia" del debitore, nel corso del 2023 si è affrontato in modo specifico il tema del fallimento della c.d. supersocietà di fatto, distinguendo tale fattispecie dalla *holding* di fatto. **Sez. 1, n. 04784/2023, Campese, Rv. 666994-01**, ha tracciato il confine discrezionale tra tali due figure, stabilendo che la supersocietà di fatto si differenzia dalla *holding* di fatto perché, mentre nella prima tutti i soci perseguono un comune intento sociale, nella seconda le singole società perseguono l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo, le quali, oltre a rispondere, *ex art. 2497 c.c.*, dell'abuso di attività di direzione e coordinamento ai curatori dei fallimenti delle singole società sottoposte a tale attività, possono anche essere, a loro volta, dichiarate fallite, ove ne sia accertata l'insolvenza, a richiesta dei soggetti legittimati.

Il principio generale della fallibilità dell'imprenditore commerciale è stato riaffermato, in una situazione peculiare, da **Sez. 1, n. 08794/2023, Mercolino,**

**Rv. 667470-01**, secondo cui le società di capitali a totale partecipazione pubblica che esercitano attività commerciale, ove ne ricorrano i presupposti, sono assoggettabili al fallimento e la circostanza che risultino affidatarie di servizi d'interesse pubblico o gestiscano beni di natura demaniale non crea un rapporto di immedesimazione tra l'ente territoriale e le stesse suscettibile di escluderne l'assoggettamento alla procedura concorsuale.

La rilevanza dimensionale dell'attività di impresa è stata sottolineata da **Sez. 1, n. 05480/2023, Dongiacomo, Rv. 667116-01**, secondo cui ai fini della dichiarazione di fallimento, l'art. 1, comma 2, l.fall., nel testo modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007, stabilisce la necessità del superamento di alcune soglie dimensionali, escludendo implicitamente la possibilità di ricorrere al criterio qualitativo sancito dall'art. 2083 c.c. in tema di c.d. "piccolo imprenditore". A tale riguardo, peraltro, **Sez. 1, n. 21241/2023, Dongiacomo, Rv. 668380-01**, ha stabilito che ai fini della verifica del requisito di fallibilità previsto dall'art. 1, comma 2, lett. c), l.fall., nel testo introdotto dal d.lgs. n. 169 del 2007, è necessario considerare, nell'esposizione debitoria rilevante, anche i crediti contestati, trattandosi di un dato oggettivo, che non può dipendere dall'atteggiamento o dall'opinione soggettiva del debitore.

Sui profili probatori di tale presupposto dimensionale, **Sez. 1, n. 20907/2023, Pazzi, Rv. 668677-02**, ha sottolineato che l'alterità fra la società e il trust liquidatorio da essa istituito esclude che la prova dell'insussistenza dei requisiti dimensionali *ex art. 1, comma 2, l.fall.* possa essere resa dalla prima mediante documentazione concernente l'andamento contabile ed economico del patrimonio segregato.

Sul tema delle società agricole, **Sez. 1, n. 32977/2023, Tricomi, Rv. Rv. 669605-01**, ha chiarito che l'art. 2 del d.lgs. n. 99 del 2004, nel richiedere che i ricavi derivanti dalla locazione o dall'affitto di fabbricati ad uso abitativo o di terreni e relativi fabbricati strumentali all'esercizio dell'attività rurale siano marginali (nell'ordine del 10% dell'ammontare dei ricavi complessivi), rappresenta una norma di carattere meramente fiscale, tesa a definire un regime tributario agevolato anche per l'impresa agricola esercitata in forma collettiva, con la conseguenza che l'individuazione dei requisiti da valutare per accertare la fallibilità o meno di una società agricola va operata in base alle norme del codice civile e della legge fallimentare, non a quelle statali o comunitarie di settore. Per **Sez. 1, n. 03647/2023, Dongiacomo, Rv. 666869-01**, invece, l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo, che eserciti anche attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli, postula la dimostrazione della sussistenza delle condizioni per ricondurre tale attività nell'ambito di quelle connesse, di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. e, in particolare,

che essa abbia come oggetto prevalente prodotti propri e non ceduti o coltivati da terzi; l'onere della prova di tali condizioni va posto a carico di chi le invochi, in ossequio all'art. 2697, comma 2, c.c.

Quanto all'attività agrituristica, **Sez. 1, n. 04790/2023, Abete, Rv. 666995-01**, ha affermato che l'indagine sulla natura, commerciale o agricola, di un'impresa agrituristica, ai fini della sua assoggettabilità a fallimento, ai sensi dell'art. 1 l.fall., va condotta sulla base di criteri uniformi valevoli per l'intero territorio nazionale, e non già sulla base di criteri valutativi evincibili dalle singole leggi regionali, che possono fungere solo da supporto interpretativo; l'apprezzamento, in concreto, della ricorrenza dei requisiti di connessione tra attività agrituristiche ed attività agricole, nonché della prevalenza di queste ultime rispetto alle prime, va condotto alla luce dell'art. 2135, comma 3, c.c., integrato dalle previsioni della legge 20 febbraio 2006, n. 96 sulla disciplina dell'agriturismo, tenuto conto che quest'ultima costituisce un'attività para-alberghiera, che non si sostanzia nella mera somministrazione di pasti e bevande, onde la verifica della sua connessione con l'attività agricola non può esaurirsi nell'accertamento dell'utilizzo prevalente di materie prime ottenute dalla coltivazione del fondo e va, piuttosto, compiuta avuto riguardo all'uso, nel suo esercizio, di dotazioni (quali i locali adibiti alla ricezione degli ospiti) e di ulteriori risorse (sia tecniche che umane) dell'azienda, che sono normalmente impiegate nell'attività agricola.

Sulle attività agricole "connesse", **Sez. 1, n. 02162/2023, Zuliani, Rv. 666662-01**, ha affermato che ai fini della nozione di impresa agricola desumibile dall'art. 2135 c.c., rilevante ai fini dell'esonero dalla dichiarazione di fallimento, l'attività di produzione di energia mediante l'utilizzo di biomasse può essere inclusa tra le attività connesse ad attività agricola prevalente *ex art* 1, comma 423, della l. n. 266 del 2005, ove siano rispettati i limiti quantitativi dell'energia prodotta stabiliti dalla legge, dovendo comunque procedersi all'indagine sull'origine delle biomasse e sul rapporto tra produzione agricola e produzione di energia, dovendosi così interpretare il chiaro dato letterale dell'art. 14, comma 13-*quater*, del d.lgs. n. 99 del 2004, che espressamente si riferisce solo alla produzione delle biomasse e non alla produzione di energia mediante biomasse.

La Corte ha inoltre affrontato per la prima volta il tema dell'assoggettabilità a fallimento o liquidazione coatta amministrativa delle cooperative costituenti "imprese sociali", rifiutando la regola della tradizionale alternatività delle due procedure concorsuali. Secondo **Sez. 1, n. 29801/2023, Vella, Rv. 669237-01**, infatti, le cooperative sociali e i loro consorzi, di cui alla legge n. 381 del 1991, devono ritenersi qualificate di diritto, in base all'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 112 del 2017, come imprese sociali, risultando perciò assoggettate alla sola

liquidazione coatta amministrativa ed esentate dal fallimento, così come previsto dall'art. 14, comma 1, del medesimo d.lgs., in deroga alla disciplina dell'art. 2545-terdecies c.c.

### 1.1. L'estensione del fallimento e le società cancellate.

Nel corso dell'anno in rassegna il S.C. ha affrontato il tema della solidarietà passiva nelle associazioni non riconosciute, con riguardo al profilo peculiare della rilevanza ai fini di una possibile fallibilità "in estensione". **Sez. 1, n. 23896/2023, Vella, Rv. 668853-01**, ha precisato che la responsabilità personale e solidale prevista dall'art. 38 c.c. è circoscritta alle singole obbligazioni negoziali assunte ed è assimilabile a quella del fideiussore per le obbligazioni del debitore principale. Il fallimento dell'associazione non riconosciuta non comporta il fallimento "per ripercussione" di chi ha agito in nome e per conto dell'associazione medesima, che si limita a rispondere in via personale e solidale delle specifiche obbligazioni scaturite dall'attività negoziale così posta in essere.

Sempre in tema di estensione della procedura fallimentare, **Sez. 1, n. 04385/2023, Campese, Rv. 667115-01**, ha ritenuto che in ipotesi di fallimento dell'imprenditore che eserciti l'attività d'impresa in forma apparentemente individuale, per la dichiarazione del fallimento in estensione, *ex* art. 147, comma 5, l.fall. della società di fatto occulta costituita tra il predetto e i suoi familiari, nonché del fallimento in ripercussione di questi ultimi quali soci illimitatamente responsabili, ai sensi del comma 1 della norma anzidetta, è indispensabile la prova del rapporto sociale, ai fini della quale le fideiussioni e i finanziamenti in favore dell'imprenditore possono costituire indici rivelatori sempreché, per la loro sistematicità e per ogni altro elemento concreto, siano ricollegabili ad una costante opera di sostegno del garante o finanziatore all'attività di impresa, qualificabile come collaborazione di un socio al raggiungimento degli scopi sociali.

Secondo **Sez. 1, n. 07537/2023, Amatore, Rv. 667219-01**, invece, proposta dal P.M. non legittimato istanza di fallimento in estensione, ai sensi dell'art. 147, comma 5, l.fall., l'adesione ad essa degli originari creditori istanti per il fallimento della società fallita vale quale istanza autonoma, ai sensi della disposizione citata, idonea ad incardinare validamente il procedimento di fallimento in estensione.

In ordine alla dichiarazione di fallimento di società cancellate, **Sez. 1, n. 20907/2023, Pazzi, Rv. 668677-01**, ha precisato che ai fini del rispetto del termine previsto dall'art. 10 l.fall. l'iscrizione nel registro delle imprese del decreto con cui il giudice del registro, ai sensi dell'art. 2191 c.c., ordina la cancellazione della pregressa cancellazione della società già iscritta, fa presumere sino a prova contraria la continuazione dell'attività d'impresa, atteso che il rilievo

di regola solo dichiarativo della pubblicità comporta che l'iscrizione del detto decreto rende opponibile ai terzi l'insussistenza delle condizioni che avevano dato luogo alla cancellazione della società alla data in cui questa era stata iscritta e determina altresì, con effetto retroattivo, il venir meno dell'estinzione della società per non essersi questa effettivamente verificata.

Per converso, **Sez. 1, n. 06324/2023, Abete, Rv. 667131-01**, ha stabilito che la fusione per incorporazione estingue la società incorporata, sicché è giuridicamente inesistente la sentenza che dichiara il fallimento di quest'ultima oltre l'anno previsto dall'art. 10 l.fall. e tale vizio radicale, impedendo il passaggio in giudicato del provvedimento, può essere fatto valere, oltre che con l'impugnazione ordinaria, con un'autonoma *actio nullitatis*.

## 1.2. Il procedimento prefallimentare.

In tema di procedimento prefallimentare, una questione frequentemente trattata riguarda l'accertamento della qualità di creditore del ricorrente che richiama il fallimento del proprio debitore, trattandosi di verifica che ne segna la legittimazione attiva e, al tempo stesso, caratterizza la peculiarità dell'accertamento in sede prefallimentare rispetto ad un giudizio di cognizione volto all'accertamento ed alla possibile condanna al pagamento del medesimo credito. Al riguardo, **Sez. 1, n. 27590/2023, Perrino, Rv. 669143-01**, ha stabilito che il patto col debitore in forza del quale il creditore si obbliga a non mettere in esecuzione, per un determinato periodo di tempo e a certe condizioni, il credito portato da un titolo esecutivo (c.d. *pactum de non exequendo*), se stipulato prima della formazione del giudicato nel processo avente ad oggetto l'accertamento del credito, non preclude al creditore, una volta munito del titolo, la legittimazione a proporre l'istanza di fallimento del debitore, in quanto le parti possono disporre della situazione sostanziale, ma non dell'oggetto del processo.

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, **Sez. 1, n. 18310/2023, Perrino, Rv. 668300-02**, ha chiarito che in tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, non è configurabile un diritto del debitore ad ottenere il differimento della trattazione per poter procedere alla definizione della propria posizione debitoria, né il relativo diniego configura una violazione del diritto di difesa, spettando al giudice il compito di bilanciare le esigenze di difesa del debitore con la tutela degli interessi pubblicistici al soddisfacimento dei quali è finalizzata la procedura fallimentare.

In tema di rispetto del contraddittorio, **Sez. 1, n. 07604/2023, Falabella, Rv. 667269-01**, ha dichiarato che nel caso in cui il procedimento di fallimento riguardi un soggetto deceduto, l'erede di questo, ancorché non sia imprenditore e non sia subentrato nell'impresa del "*de cuius*", deve essere convocato avanti al

tribunale competente alla dichiarazione di fallimento, nel rispetto del principio del contraddittorio enunciato, in termini generali, dall'art. 15, comma 2, della l.fall., come sostituito dall'art. 13 d.lgs. n. 5 del 2006 e dall'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 169 del 2007; tale norma, infatti, rende il detto erede il naturale contraddittore della parte istante con riferimento a una domanda che, per essere diretta alla pronuncia di fallimento dell'imprenditore defunto, è idonea a spiegare effetto nei confronti del successore di questo.

Sottolinea l'aspetto sostanziale e non puramente formale del contraddittorio nel procedimento prefallimentare, **Sez. 1, n. 03117/2023, Perrino, Rv. 666863-01**, secondo cui in caso di omessa notifica al socio illimitatamente responsabile del ricorso per dichiarazione di fallimento e del pedissequo decreto di convocazione delle parti, la spontanea comparizione all'udienza di detto debitore - sebbene effettuata al solo scopo di far valere detta omissione - produce un effetto sanante, in quanto nei procedimenti camerati occorre assicurare il contraddittorio, senza che siano però predeterminate le forme con le quali esso va instaurato.

Sempre in tema di procedimento, **Sez. 1, n. 03524/2023, Pazzi, Rv. 666987-01**, ha chiarito che la mancanza della sottoscrizione digitale del giudice nel decreto di convocazione notificato alla parte rende l'atto non semplicemente nullo, ma inesistente, come tale non suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo *ex* art. 156, comma 3, c.p.c.; conseguentemente, ove detto vizio sia denunciato in sede di reclamo, l'accertamento circa la valida presenza di detta sottoscrizione digitale da parte del giudice d'appello non può avvenire mediante acritico recepimento di una perizia stragiudiziale prodotta dal curatore, trattandosi di mera allegazione defensionale di cui il giudice, per il principio del libero convincimento, deve fornire adeguata motivazione, qualora contenga dati o considerazioni ritenute rilevanti ai fini della decisione.

### **1.3. I reclami avverso la sentenza di fallimento.**

Quanto alla natura del procedimento di impugnazione della sentenza di fallimento, **Sez. 1, n. 29817/2023, Di Marzio, Rv. 669239-01**, ha precisato che l'indicazione, nel reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti, prevista dall'art. 18, comma 2, n. 4, l.fall., non è richiesta a pena di inammissibilità di successive produzioni, sulla base di un'interpretazione non rigoristica suggerita dalla natura informale del procedimento di reclamo. Nel caso di specie, in applicazione del detto principio, è stata cassata la decisione della corte d'appello che, nel rigettare il reclamo, non aveva autorizzato, in sede di udienza di discussione, il deposito di una relazione predisposta dalla

reclamante, mentre aveva consentito il deposito da parte del curatore di scritti integranti di fatto una relazione contenente repliche a quella di cui la corte di merito aveva negato il deposito, così violando il principio del contraddittorio.

Quanto al termine per proporre reclamo, **Sez. 1, n. 27916/2023, Crolla, Rv. 669159-01**, ha sancito che il termine breve per l'impugnazione di una sentenza decorre dalla conoscenza legale della stessa, ossia da una conoscenza conseguita per effetto di un'attività svolta nel processo o in funzione dello stesso della quale la parte sia destinataria o che essa stessa ponga in essere, e che sia normativamente idonea a determinare detta conoscenza, non essendo sufficiente la conoscenza effettiva *aliunde* dell'atto. In applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha escluso che la proposizione del reclamo avverso la sentenza di fallimento di una società da parte del suo liquidatore in proprio, quale terzo interessato *ex art. 18, comma 4 l.fall.*, e non come legale rappresentante della stessa, sia idonea a radicare la conoscenza legale della sentenza di fallimento in capo alla società e, di conseguenza, a far decorrere nei confronti di essa il termine breve di trenta giorni per l'impugnazione.

Quanto all'ulteriore ricorso per cassazione, si è precisato che Il ricorrente per cassazione contro la sentenza di rigetto del reclamo avverso la dichiarazione di fallimento è tenuto a produrre, a pena di improcedibilità, ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 2 c.p.c., copia autentica della sentenza impugnata unitamente alla relazione di notificazione od alla equipollente comunicazione integrale, ovvero ad allegare la mancata esecuzione di tali adempimenti, salvo che il ricorso sia notificato entro trenta giorni dalla pubblicazione della sentenza impugnata od altresì che la copia notificata o comunicata della sentenza medesima sia comunque nella disponibilità della Corte di cassazione, alla quale non spetta attivarsi per supplire all'inosservanza della parte al precetto posto dalla citata norma (cfr. **Sez. 1, n. 24023/2023, Di Marzio, Rv. 668857-01**).

## **2. Gli organi delle procedure concorsuali.**

Sulla terzietà del curatore rispetto al fallito e sulla indisponibilità dei diritti della massa da parte dell'organo della procedura concorsuale si fonda, tradizionalmente, l'idea che al curatore non possa essere deferito l'interrogatorio formale né il giuramento decisorio. **Sez. U, n. 25442/2023, Federici, Rv. 668741-01**, ha sul punto stabilito che in tema di accertamento del passivo fallimentare, qualora, in sede di controversia insorta per il rigetto della ammissione di un credito, maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell'art. 2956, comma 1, n. 2, c.c., sia eccepita dal curatore la prescrizione presuntiva del credito e il creditore deferisca giuramento decisorio,

la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia avvenuto o meno produce gli effetti del mancato giuramento.

Sulla legittimazione processuale del curatore, **Sez. 1, n. 29840/2023, Abete, Rv. 669358-01**, ha stabilito che in tema di abusiva concessione di credito, sussiste la legittimazione del curatore fallimentare ad azionare la responsabilità correlata al danno patrimoniale sofferto dalla società finanziata poi fallita, in quanto l'organo concorsuale in parola è gestore *ex art. 31 l.fall.* del patrimonio dell'imprenditore fallito, dunque abilitato ad azionare *ex artt. 42 e 43 l.fall.* i diritti soggettivi già radicati nel patrimonio di quest'ultimo.

Sul compenso del curatore, invece, in alcune ipotesi peculiari, **Sez. 1, n. 27523/2023, Terrusi, Rv. 669140-01**, ha ritenuto che nell'ipotesi di revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, è onere del curatore, il quale agisca per il pagamento del compenso, individuare sin dall'atto introduttivo il soggetto che reputi gravato del pagamento, mentre è compito del tribunale verificare, illustrandolo, quale sia stato il contributo causale di quel soggetto sull'apertura della procedura; in mancanza, non è possibile porre tale compenso a carico del patrimonio del fallito, dovendo esso essere sopportato, stante il carattere di officiosità della procedura fallimentare, dall'amministrazione dello Stato. (Affermando tale principio la S.C. ha cassato la decisione impugnata, che aveva posto a carico della società fallita tornata "in bonis" il compenso del curatore, in ragione del risultato utile dell'attività da questi svolta nell'ambito della procedura revocata). Invece, **Sez. 1, n. 27442/2023, Terrusi, Rv. 669136-01**, ha precisato che la regola dell'art. 146 del d.P.R. n. 115 del 2002 (cd. T.U. "Spese di giustizia"), in forza della quale qualora tra i beni compresi nel fallimento non vi sia denaro per gli atti richiesti dalla legge le spese ed onorari del curatore sono anticipati dall'erario, ancorché dettata per il caso tipico del fallimento privo di attivo, si estende per identità di ratio al caso del fallimento con attivo insufficiente; la somma liquidabile al curatore va computata al netto degli oneri fiscali (compresi Iva e accessori), essendo il curatore un ausiliario di giustizia che ripete i suoi poteri dal tribunale fallimentare, esercitandoli su un piano pubblicistico e nell'ambito di un processo, con criteri, modalità e responsabilità particolari, estranei a quelli che caratterizzano la prestazione dell'attività professionale vera e propria.

In tema di rapporti fra i diversi organi della procedura concorsuale e, più in particolare, sull'obbligo di astensione del giudice delegato che abbia rapporti sentimentali con il curatore, invece, **Sez. U, n. 28167/2023, Scrima, Rv. 668908-02**, ha osservato che integra l'illecito disciplinare *ex art. 2, comma 1, lett. c)*, d.lgs. n. 109 del 2006, la condotta del magistrato, con funzione di giudice delegato alle procedure concorsuali, che omette di astenersi, per gravi ragioni di

convenienza, nelle procedure in cui il curatore fallimentare ha o ha avuto una relazione sentimentale con l'incolpato, a nulla rilevando che questa sia iniziata successivamente al conferimento dell'incarico, in quanto il dovere di astensione sussiste anche con riferimento alle attività connesse a quelle più propriamente giurisdizionali, come quella di vigilanza sull'operato del curatore.

### **2.1. I reclami endoconcorsuali.**

Il tema è stato affrontato, sotto la particolare ottica della liquidazione dei compensi del legale che abbia difeso in un giudizio civile la procedura fallimentare, da **Sez. 1, n. 27586/2023, Perrino, Rv. 669142-01**, che specificando quanto già osservato da Cass. n. 4269/2016, ha ulteriormente precisato che qualora il giudice della causa in cui si sia costituita la procedura fallimentare liquidi a titolo di spese legali un importo maggiore rispetto a quello individuato dal giudice delegato su istanza del difensore e la pronuncia passi in giudicato, quest'ultimo determina la definitività del solo parametro di determinazione del valore della causa trattata e non già della quantificazione delle somme operata e il difensore, in sede di reclamo *ex art. 26 l.fall.* contro il decreto di liquidazione, ha diritto di pretendere la differenza a titolo di ingiustificato arricchimento della massa, che gli è riconosciuta con pronuncia i cui effetti sono sospensivamente condizionati all'effettivo incameramento della somma corrispondente da parte del curatore, ove non sia già avvenuto.

**Sez. 1, n. 20731/2023, Fidanzia, Rv. 668378-01**, si è invece occupata dei limiti del reclamo endofallimentare *ex art. 26 l.fall.*, stabilendo che in sede di ripartizione dell'attivo del fallimento, oggetto della cognizione del giudice delegato sono solo le questioni relative alla graduazione dei crediti all'ammontare della somma distribuita, restando esclusa la proponibilità, in tale sede, di ogni altra questione relativa all'esistenza, qualità e quantità dei crediti e dei privilegi, in quanto riservata in via esclusiva al procedimento dell'accertamento del passivo; pertanto, tali questioni devono essere proposte con la forma dell'opposizione allo stato passivo *ex art. 98 l.fall.*, restando altrimenti precluse, né possono essere fatte valere come osservazioni e poi con il reclamo *ex art. 26 l.fall.* avverso il decreto del giudice delegato che renda esecutivo il piano di riparto.

Sul tema dei rimedi impugnatori avverso gli atti di liquidazione dell'attivo, **Sez. 1, n. 19712/2023, Pazzi, Rv. 668428-01**, ha affermato che nel caso in cui il curatore preveda all'interno del programma di liquidazione che le vendite vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di procedura civile, con delega delle operazioni di vendita, la disciplina di cui agli artt. 591-*bis* e 591 *ter* c.p.c. - quest'ultimo nel testo introdotto dall'art. 13, comma 1, lett. cc-*bis*, del d.l.

n. 83 del 2015, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2015 e non ancora modificato, per i procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023, dall'art. 3, comma 42, lett. b), del d.lgs. n. 149 del 2022 - si applica nella sua interezza, con la conseguenza che: 1) l'ordinanza emessa dal g.d. ai sensi dell'art. 591 *ter* c.p.c. è impugnabile col reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c.; 2) l'ordinanza collegiale pronunciata all'esito di tale reclamo non ha natura decisoria, né definitiva; 3) la medesima ordinanza, in ragione di una simile natura, non è impugnabile con ricorso per cassazione, né ordinario, né straordinario ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.; 4) eventuali nullità verificatesi nel corso delle operazioni delegate al professionista si trasmetteranno agli atti successivi riservati al g.d., i quali soltanto potranno essere impugnati ai sensi dell'art. 26 l.fall.

### 3. I pagamenti in costanza di fallimento e le azioni di inefficacia.

Il tema dei pagamenti in costanza di fallimento viene generalmente ricondotto all'art. 44 l.fall. che, imponendo lo “spossessamento” del fallito, afferma che “tutti gli atti compiuti dal fallito e i pagamenti da lui eseguiti dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori. Sono egualmente inefficaci i pagamenti ricevuti dal fallito dopo la sentenza dichiarativa di fallimento”.

L'esistenza di tale principio, nonché l'effetto di “cristallizzazione” del passivo che deriva dall'apertura della procedura concorsuale maggiore ha portato il S.C. ad affermare un principio molto importante. Secondo **Sez. 5, n. 26728/2023, Nonno, Rv. 669077-01**, infatti, in tema di sanzioni pecuniarie per violazioni delle leggi tributarie, il fallimento del contribuente prima della scadenza del termine di pagamento del tributo non consente di imputare a lui o agli organi della procedura alcuna colpevole inadempienza, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 472 del 1997, poiché, prima della dichiarazione dello stato di insolvenza, i termini per effettuare il pagamento da parte del contribuente *in bonis* non sono ancora scaduti e, dopo tale dichiarazione, in ragione dell'applicazione delle regole del concorso, il pagamento non può più essere validamente eseguito dagli organi della procedura.

#### 3.1. Le azioni *ex art. 66 l.fall.*

Con riferimento alla distinzione tra azione revocatoria ordinaria e medesima azione esercitata dal curatore, **Sez. 3, n. 34214/2023, Graziosi, Rv. 669527-01**, ha stabilito che nel giudizio per revocatoria ordinaria proposto nei confronti dell'acquirente, il creditore non può, ove si verifichi una alienazione successiva del medesimo immobile, inserire un'ulteriore domanda nei confronti del terzo

subacquirente, poiché la domanda nei confronti di quest'ultimo non può dirsi né di garanzia né comune a quella inizialmente introdotta, secondo quanto richiesto dall'art. 106 c.p.c. per la chiamata del terzo, potendo il suo acquisto essere pregiudicato solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 2901, comma 4, c.c., e tenuto conto che solo al curatore fallimentare è consentito, ai sensi dell'art. 66, comma 2, l.fall., ampliare "a cascata", l'ordinaria azione revocatoria contro tutti i successivi subacquirenti, al fine di assicurare, in ragione della superiore difficoltà di recupero, una più intensa tutela dei creditori dell'alienante caduto in fallimento. Più in generale, per **Sez. 3, n. 28286/2023, Gorgoni, Rv. 669316-01**, la revocatoria ordinaria *ex art. 66 l.fall.* ha natura derivata rispetto all'azione *ex art. 2901 c.c.*, soggiacendo a presupposti identici, tra cui quello oggettivo dell'*eventus damni*, la cui prova, tuttavia, deve essere fornita dal curatore, non trovando applicazione la regola generale prevista per l'*actio pauliana* secondo cui, a fronte dell'allegazione, da parte del creditore, delle circostanze che integrano il presupposto in parola, incombe sul debitore l'onere di provare che il patrimonio residuo è sufficiente a soddisfare le ragioni della controparte.

Ribadendo un consolidato indirizzo, **Sez. 3, n. 25361/2023, Ambrosi, Rv. 668796-01**, ha rilevato che la costituzione del fondo patrimoniale effettuata dall'imprenditore successivamente fallito può essere dichiarata inefficace nei confronti della massa per mezzo dell'azione revocatoria ordinaria, proposta dal curatore a norma dell'art. 2901 c.c., espressamente richiamato dall'art. 66 l.fall. Mentre **Sez. 2, n. 00524/2023, Dongiacomo, Rv. 666552-01**, ha osservato che in caso di fallimento della società, l'azione revocatoria *ex art. 66 l.fall.* può essere esercitata dal curatore, quale rappresentante contemporaneamente sia della massa dei creditori, sia del debitore fallito, anche a tutela della pretesa creditoria dei dipendenti della società a titolo di trattamento di fine rapporto determinato dal fallimento, assumendo rilievo, ai fini della sussistenza del carattere pregiudizievole dell'atto dispositivo del debitore, non il momento dell'esigibilità di tale credito (da individuarsi con la cessazione del rapporto di lavoro subordinato), ma il fatto che quest'ultimo matura (ed è perciò certo nell'*an* e liquido nel *quantum*) con il progressivo svolgimento del rapporto stesso; pertanto il curatore deve allegare e dimostrare: sia la preesistenza delle ragioni creditorie rispetto all'atto dispositivo pregiudizievole; sia, in deroga ai principi generali, l'idoneità dello stesso a mutare, qualitativamente o quantitativamente, il patrimonio residuo del debitore e a rendere impossibile o più difficile, per natura e dimensioni, il soddisfacimento dei creditori e, quindi, provare che il credito azionato, ancorché inesigibile per essere il relativo rapporto di lavoro, in quel momento, ancora in corso di svolgimento, è rimasto pregiudicato nei termini suindicati. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza

di merito che aveva escluso la sussistenza del pregiudizio alle ragioni dei creditori preesistenti all'atto impugnato, in quanto il curatore non aveva provato l'inadeguatezza del patrimonio residuo della società poi fallita, ritenendo che non fossero all'uopo valorizzabili i crediti da trattamento di fine rapporto dei dipendenti siccome sorti in epoca successiva all'atto di cessione.

**Sez. 1, n. 06795/2023, Terrusi, Rv. 667134-02**, ha invece precisato che qualora sia stata proposta un'azione revocatoria ordinaria per fare dichiarare inopponibile ad un singolo creditore un atto di disposizione patrimoniale compiuto dal debitore e, in pendenza del relativo giudizio sopravvenga il fallimento di quest'ultimo, la prosecuzione del giudizio in corso da parte della curatela, secondo la legittimazione concessa dall'art. 66 l.fall., comporta sul piano probatorio che il curatore costituitosi debba soltanto dimostrare il pregiudizio derivante dall'atto dispositivo, a prescindere dall'insinuazione al passivo fallimentare del credito inizialmente dedotto nel giudizio dall'attore originario.

Con una importante precisazione, destinata ad anticipare in qualche modo la disciplina del nuovo Codice della crisi, **Sez. 1, n. 01147/2023, Mercolino, Rv. 666659-01**, ha stabilito che le esenzioni previste dall'art. 67, comma 3, l.fall. trovano applicazione non soltanto all'azione revocatoria fallimentare, ma, alle condizioni per la stessa previste, anche all'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore, nonché a quella esercitata al di fuori del fallimento, nel caso in cui il giudizio promosso dal singolo creditore sia proseguito dal curatore.

### 3.2. Le revocatorie fallimentari.

Nel corso dell'anno in rassegna si può iniziare con il ricordare una decisione che si è occupata della prova del presupposto soggettivo in un caso in cui era cumulativamente proposta dal curatore un'azione per la revoca di pagamenti "anormali" e normali. **Sez. 1, n. 14390/2023, Di Marzio, Rv. 667925-01**, al riguardo ha sancito che una volta accertata l'effettuazione dei pagamenti con mezzi anormali, ai sensi dell'art. 67, comma 1, n. 2 l.fall., senza che il creditore abbia fornito la prova della *inscientia decoctionis*, la sua conoscenza dello stato di insolvenza deve essere considerata accertata in concreto anche in riferimento alla domanda di revoca di pagamenti riconducibili al secondo comma della medesima disposizione, collocati nello stesso arco temporale. Nell'affermare tale principio, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva sostenuto l'esistenza di un diverso valore probatorio della presunzione legale "iuris tantum" di cui all'art. 2728 c.c., collegata all'anormalità del pagamento, rispetto alla presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c.

Sempre in ordine ai presupposti dell'azione revocatoria fallimentare, **Sez. 1, n. 11357/2023, Pazzi, Rv. 667746-01**, ha affrontato la questione della semplificazione probatoria che detta azione comporta rispetto all'*actio pauliana*, ex art. 2901 c.c., stabilendo che in tema di azione revocatoria fallimentare, lo stato di insolvenza del debitore nel cd. "periodo sospetto" anteriore alla dichiarazione di fallimento è oggetto di una presunzione "iuris et de iure" derivante dalla stessa apertura della procedura concorsuale, con la conseguenza che, da un lato, la procedura attrice non è tenuta a fornire alcuna dimostrazione positiva del ricorrere di detto stato al momento dell'esecuzione dell'atto revocando, mentre il convenuto, dall'altro, non è ammesso a provare che il debitore versava in una mera situazione di temporanea difficoltà ad adempiere, né siffatto accertamento può essere compiuto d'ufficio dal giudice del merito.

Peraltro, **Sez. 1, n. 23072/2023, Vannucci, Rv. 668465-01**, ha pure affermato che in tema di effetti del fallimento, è priva di fondamento la richiesta di disapplicazione dell'art. 67, comma 2, della l.fall. (nel testo *ratione temporis* applicabile), per asserito contrasto con il diritto dell'Unione europea, in quanto in tale ordinamento non esistono norme direttamente applicabili recanti la disciplina degli atti inefficaci nei confronti degli organi delle procedure di insolvenza dei singoli Stati membri, rinviandosi piuttosto, per tale aspetto, alla legge dello Stato di apertura della procedura di insolvenza; del pari, neppure la norma censurata in tema di inefficacia dei pagamenti può ritenersi incostituzionale, atteso che il criterio della ragionevolezza, quale limite alla discrezionalità del legislatore nella disciplina dei rapporti diseguali, vale solo quanto alle leggi dello Stato e non nella diversa prospettiva della comparazione fra queste ultime e le leggi di altri Stati sovrani.

Con riferimento alla tematica della revocatoria di "rimesse" bancarie, **Sez. 1, n. 34494/2023, Dongiacomo, Rv. 669617-01**, ha ritenuto che l'art. 67, comma 3, l.fall., richiedendo che le rimesse abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria, presuppone che il conto sia regolarmente operativo, consentendo al correntista di eseguirvi movimentazioni attive e passive; ove, al contrario, il conto corrente sia stato chiuso anche solo in via di fatto, le rimesse affluite costituiscono atti di pagamento del debito in quel momento esistente e sono revocabili, a norma del comma 2 del citato art. 67, nel limite restitutorio previsto dall'art. 70, comma 3, l.fall., se effettuate nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento. Sullo stesso ambito, **Sez. 1, n. 27266/2023, Dongiacomo, Rv. 669130-02**, ha precisato che in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario affluite su un conto scoperto, per potersene escludere la dichiarazione di inefficacia, in quanto dipendenti da operazioni bilanciate, è necessario il venir meno della funzione

solutoria delle stesse, in virtù di accordi intercorsi tra il *solvens* e l'*accipiens*, che le abbiano destinate a costituire la provvista di coeve o prossime operazioni di pagamenti o prelievi mirati in favore di terzi o del cliente stesso, in modo tale da poter negare che la banca abbia beneficiato dell'operazione sia prima, all'atto della rimessa, sia dopo, all'atto del suo impiego; la prova dell'esistenza dei predetti accordi, che giovino a caratterizzare la rimessa, piuttosto che come operazione di rientro, come una specifica provvista per una operazione speculare a debito, in relazione ad un ordine ricevuto ed accettato o ad una incontestata manifestazione di volontà, ove non derivi da un atto scritto, può anche essere desunta da *facta concludentia*, purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale.

Quanto alle esenzioni da revocatoria, **Sez. 1, n. 06508/2023, Dongiacomo, Rv. 667150-01**, ha precisato che l'esenzione dalla revocatoria degli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento, prevista dall'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., postula che il giudice investito di una domanda o di un'eccezione di revocatoria valuti, secondo una prospettiva "*ex ante*", parametrata sulla condizione del terzo contraente che faccia valere l'esenzione, l'idoneità del piano in parola a perseguire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, assicurando il riequilibrio della sua situazione finanziaria, con una valutazione che, tuttavia, deve essere condotta in negativo, nei limiti dell'assoluta ed evidente inettitudine del piano presentato dal debitore a tal fine. Con riferimento alle garanzie finanziarie, **Sez. 1, n. 29998/2023, Perrino, Rv. 669360-01**, ha precisato che il d.lgs. n. 170 del 2004, di attuazione della direttiva 2002/47/CE, non ha inciso sul regime di revocabilità, ai sensi dell'art. 67 l.fall., dei contratti di garanzia finanziaria o di fornitura di essa stipulati nel c.d. periodo sospetto; ne consegue che l'incameramento della somma derivante dall'escussione della garanzia, anche se legittimamente conseguito in via autonoma dopo l'apertura della procedura concorsuale, resta travolto dalla dichiarazione di inefficacia della garanzia medesima.

Va ricordato che la revocatoria può essere esercitata dal curatore in via d'eccezione, al momento dell'insinuazione del credito discendente dall'atto revocabile. **Sez. 1, n. 04777/2023, Tricomi, Rv. 666993-01**, ha precisato al riguardo che i termini decadenziali dettati dall'art. 69-bis l.fall. per l'esercizio dell'azione revocatoria (ordinaria o fallimentare) da parte del curatore non trovano applicazione nel caso in cui la revocatoria sia proposta in via di eccezione ai sensi dell'art. 95, comma 1, l.fall.

#### 4. I rapporti pendenti.

Nel corso dell'anno in rassegna, le Sezioni Unite si sono occupate degli effetti del fallimento rispetto alla clausola compromissoria conclusa dall'imprenditore *in bonis* ed al procedimento arbitrale pendente. Secondo la decisione nomofilattica resa da **Sez. U, n. 05694/2023, Ferro, Rv. 667323-01**, il giudizio arbitrale promosso sulla base della clausola compromissoria accessoria ad un appalto e per l'accertamento di un credito da esso dipendente, diviene improcedibile al sopraggiungere della messa in liquidazione coatta amministrativa di una delle parti del contratto (nella specie, l'appaltatore), stante l'esclusività dell'accertamento del passivo nella sede concorsuale, a cui è comunque tenuta, ai sensi degli artt. 52 e 93 l.fall., la parte creditrice (nella specie, il committente) se il rapporto è ancora pendente e, cioè, non esaurito ai sensi dell'art. 72 l.fall. La stessa decisione ha precisato, inoltre, che deve ritenersi nullo il lodo emesso prima della scadenza del termine di 60 giorni assegnato dall'art. 81 l.fall. all'organo concorsuale per dichiarare il proprio eventuale subentro nel contratto d'appalto a cui accede la clausola compromissoria, senza che siffatta dichiarazione sia intervenuta; ne consegue l'inefficienza a produrre effetti nei confronti della procedura concorsuale, in quanto lo scioglimento dell'appalto derivante dall'apertura del concorso ha effetto legale *ex nunc*, solo risolutivamente condizionato alla eventuale decisione di subentro del commissario, sicché gli arbitri difettano in radice di *potestas judicandi*.

In tema di rapporti pendenti al momento dell'apertura del concorso, **Sez. L, n. 10046/2023, Patti, Rv. 667411-02**, ha affermato che in tema di fallimento del preponente, ove il rapporto di agenzia si sciogla, ai sensi dell'art. 72, comma 1, l.fall., per fatto concludente - con provvedimento di esclusione dei crediti relativi al predetto rapporto dallo stato passivo del fallimento del preponente -, i crediti maturati a titolo di indennità sostitutiva del preavviso e suppletiva di clientela possono essere ammessi allo stato passivo in questione, avuto riguardo alla natura non retributiva, né risarcitoria, bensì indennitaria di entrambe le indennità.

**Sez. 2, n. 23963/2023, Mocci, Rv. 668726-01**, ha invece precisato che in tema di fallimento, la quietanza "atipica" pattuita in contratto con il fallito "in bonis" non ha l'efficacia vincolante della confessione stragiudiziale *ex art. 2735 c.c.*, in quanto il curatore, pur ponendosi, nell'esercitarne il diritto, nella stessa posizione del fallito, è una parte processuale diversa da quest'ultimo.

Sulla legittimazione processuale "sostitutiva" del fallito, invece, **Sez. U, n. 11287/2023, Stalla, Rv. 667457-01**, ha precisato che qualora i presupposti di un rapporto tributario si siano formati prima della dichiarazione di fallimento, il contribuente dichiarato fallito a cui sia stato notificato l'atto impositivo può

impugnarlo, *ex art.* 43 l.fall., a condizione che il curatore si sia astenuto dall'impugnazione, assumendo un comportamento oggettivo di pura e semplice inerzia, indipendentemente dalla consapevolezza e volontà che l'abbiano determinato; l'insussistenza di detto stato di inerzia comporta, per il fallito, il difetto della capacità processuale di impugnare l'atto impositivo, vizio suscettibile di essere rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo.

**Sez. 1, n. 03546/2023, Micolino, Rv. 666988-01**, ha invece ritenuto che in caso di appalto di opere pubbliche stipulato da imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento della mandante determina *ex art.* 78 l.fall. lo scioglimento del mandato collettivo con rappresentanza esistente fra le imprese associate, ciò comportando altresì il venir meno dei poteri gestori e rappresentativi affidati alla mandataria (c.d. capogruppo); ne deriva ulteriormente che, ove tale dichiarazione di fallimento intervenga prima della proposizione della domanda giudiziale, la mandataria risulta priva della legittimazione a far valere i diritti dell'impresa mandante nei confronti dell'ente committente.

Da segnalare in questa materia anche l'ordinanza interlocutoria resa da **Sez. 1, n. 15166/2023, Pazzi, non massimata**, che ha sollevato la questione, poi rimessa alle Sez. unite, se l'art. 108, comma 2, l.fall., in ordine alla cancellazione delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli, sia applicabile anche alla vendita attuata non all'esito di una procedura competitiva pubblicizzata e svoltasi sulla base di valori di stima, ma in forma contrattuale in adempimento di un contratto preliminare in cui il curatore sia subentrato *ex lege* in applicazione del disposto dell'art. 72, comma 8, l.fall.

## **5. La formazione dello stato passivo.**

La tematica della formazione dello stato passivo ha rappresentato, anche nel corso del corrente anno, un importante banco di prova per numerose pronunce della Suprema Corte.

In via preliminare va ricordata l'importante presa di posizione di **Sez. U, n. 08557/2023, Falabella, Rv. 667438-02**, la quale ha stabilito che i creditori titolari di un diritto di ipoteca o di pegno sui beni compresi nel fallimento costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito non possono, anche dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006 e dal d.lgs. n. 169 del 2007, avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo di cui al titolo II, capo V della legge fallimentare, in quanto non sono creditori del fallito, né soggetti che agiscono per la restituzione o la rivendica dei beni acquisiti al fallimento; detti creditori possono invece intervenire nel procedimento fallimentare in vista della ripartizione dell'attivo, per richiedere di

partecipare alla distribuzione delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni compresi nella procedura che sono stati ipotecati o pignorati in loro favore. La stessa decisione ha inoltre chiarito che, in tema di fallimento del terzo datore di ipoteca o pegno, avverso il piano di riparto del curatore che escluda o includa, in tutto o in parte, il diritto del titolare della nuda prelazione alla distribuzione delle somme, il creditore ipotecario o pignoratizio e, rispettivamente, gli altri creditori interessati al riparto del ricavato della vendita del bene oggetto di garanzia possono proporre reclamo a norma dell'art. 110, comma 3, l.fall.; detto reclamo può avere ad oggetto l'esistenza, la validità e l'opponibilità al fallimento della garanzia reale, avendo anche riguardo alla sua revocabilità, oltre che l'*an* e il *quantum* del debito garantito.

Proseguendo le indicazioni contenute nella pronuncia resa dalle Sezioni unite n. 42093/2021, **Sez. 1, n. 35554/2023, Dongiacomo, Rv. 669808-01**, ha stabilito che in caso di richiesta di ammissione allo stato passivo dei crediti ai compensi maturati dal professionista incaricato dal debitore per l'accesso al concordato preventivo e per l'assistenza nel corso della procedura, il curatore che solleva, nel giudizio di verifica, l'eccezione d'inadempimento ha solo l'onere di contestare la negligente esecuzione della prestazione o il suo incompleto adempimento, restando a carico del professionista, pur in assenza di un'obbligazione di risultato, l'onere di dimostrare l'esattezza del suo adempimento ovvero l'imputazione a fattori esogeni, imprevedibili e imprevedibili, dell'evoluzione negativa della procedura, culminata nella sua cessazione (anticipata o non approvata giudizialmente) e nel conseguente fallimento.

Ancora in tema di crediti preeducibili, **Sez. 1, n. 29999/2023, Fidanzia, Rv. 669361-01**, ha precisato che il credito venuto in essere successivamente all'omologazione della proposta concordataria ha natura preeducibile *ex* art. 111, comma 2, l.fall., quale credito sorto "in occasione" della procedura, solo in quanto tale criterio cronologico sia integrato dalla riferibilità del credito stesso all'attività degli organi della procedura, idonea come tale a generare crediti preeducibili indipendentemente dalla verifica in concreto ed *ex post* della loro funzionalità rispetto alle esigenze della stessa. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato il provvedimento di merito, che aveva riconosciuto la preeducibilità del credito di una società di leasing sul mero rilievo del dato cronologico relativo all'insorgenza del credito, senza accertare in concreto se lo stesso fosse, o meno, riferibile all'attività degli organi della procedura e quale rapporto di funzionalità avesse rispetto all'attività d'impresa del debitore.

Inoltre, una recente decisione resa da **Sez. U, n. 33944/2023, Criscuolo, Rv. 669632-03**, ha stabilito che in caso di insinuazione allo stato passivo fallimentare di un credito - attinente ad una convenzione di bonifica e

trasferimento di aree alla P.A. - che sia contestato nella sua esistenza, liquidità ed esigibilità, e per il quale sussistano questioni devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, gli organi fallimentari sono tenuti a considerare il credito come condizionale, con conseguente sua ammissione con riserva, da sciogliersi all'esito della definizione del giudizio amministrativo, e ciò anche nel caso in cui della questione di giurisdizione vengano “*medio tempore*” investite le Sezioni Unite della Suprema Corte. La fattispecie verteva in tema di insinuazione al passivo del credito del Comune relativo al controvalore delle opere di bonifica di un terreno oggetto di un accordo contrattuale concluso dall'ente pubblico con la società costruttrice in seguito fallita, con convenzione riconducibile alla tipologia degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990.

In tema di revoca di finanziamenti pubblici a società sottoposte a fallimento, **Sez. 1, n. 13152/2023, Ferro, Rv. 667908-01**, ha stabilito che in tema di finanziamenti pubblici alle imprese, la revoca del beneficio è ricognitiva del venir meno di un presupposto di fruizione del beneficio previsto puntualmente dalla legge, non ha, quindi, valenza costitutiva del credito recuperatorio della somma finanziata, che nasce privilegiato, in capo all'Amministrazione, “*ex lege*” e fin dal momento dell'erogazione. È conseguentemente irrilevante che l'insorgenza dei presupposti per la revoca del finanziamento sia accertata anteriormente o posteriormente rispetto al fallimento che la determina. Sempre in tema di interventi di agevolazione alle imprese, **Sez. 1, n. 18148/2023, Catalozzi, Rv. 668299-01**, ha stabilito che la finalità pubblicistica che connota il d.lgs. n. 123 del 1998 e il carattere unitario, sotto il profilo funzionale, delle diverse misure agevolative ivi contemplate connotano la pretesa restitutoria di SACE S.p.A. nei sensi di un diritto che sorge con il rilascio della garanzia e resta sospensivamente condizionato all'inadempimento della società garantita; ne consegue che il giudice delegato al fallimento di quest'ultima è tenuto ad ammettere al passivo con riserva il credito di SACE S.p.A., condizionatamente al verificarsi di tale inadempimento, non costituendo il pagamento degli importi richiesti dall'istituto mutuante attraverso l'escussione della garanzia un fatto costitutivo del diritto del garante.

Invece, in ordine all'insinuazione al passivo di crediti asseritamente privilegiati, **Sez. 1, n. 02892/2023, Vella, Rv. 666789-01**, ha precisato che in tema di privilegio generale sui mobili *ex art. 2751-bis*, n. 5, c.c., l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane integra un presupposto formale necessario, anche se non sufficiente, per il riconoscimento del cd. privilegio artigiano, ai cui fini occorre altresì verificare la sussistenza in concreto dei requisiti sostanziali, alla stregua dell'art. 2083 c.c., oppure della legge-quadro n. 443 del 1985, a seconda che si tratti, rispettivamente, di crediti sorti prima o dopo il 10 febbraio

2012, data di entrata in vigore del d.l. n. 5 del 2012 (conv. con modif. dalla l. n. 35 del 2012), il cui art. 36 ha modificato il predetto art. 2751-*bis*, n. 5, c.c.

Quanto all'insinuazione di crediti fondiari, **Sez. 1, n. 22749/2023, Catalozzi, Rv. 668684-01**, ha sancito che l'istituto di credito mutuante che si insinui per il credito derivante dall'inadempimento di un mutuo fondiario va ammesso per un importo pari a quello delle semestralità scadute fino alla risoluzione del contratto o, in mancanza di evento risolutivo, fino alla dichiarazione di fallimento, nonché per l'importo del capitale residuo dopo il computo dell'ultima semestralità, mentre per quanto riguarda le quote di interessi opera il limite delle tre annualità, in quanto il legislatore ha voluto impedire che il creditore primo iscritto, avendo certezza del collocamento degli interessi, li lasci accumulare senza esigerli e renda, in tal modo, vane le aspettative degli altri creditori i quali misurano la capienza dell'immobile fidando sulla regolare riscossione degli interessi.

**Sez. 1, n. 20194/2023, Mercolino, Rv. 668037-01**, ha invece ritenuto che in tema di accertamento del passivo, la fattispecie di cui all'art. 72, commi 7 e 8, l.fall. postula, ai fini del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2775-*bis* c.c., che del contratto preliminare di vendita immobiliare oggetto di scioglimento sia stata eseguita la trascrizione *ex* art. 2645-*bis* c.c., che in quanto collegata all'esecuzione del negozio preparatorio comporta l'insorgenza del privilegio in parola a favore del credito del promissario acquirente derivante dall'inadempimento della promessa di vendita; non è, per converso, sufficiente la trascrizione dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. sui beni promessi in vendita, la quale, ancorché recante la menzione del preliminare, giova soltanto a rendere opponibile ai terzi l'effetto segregativo del patrimonio vincolato, limitando l'impiego dei beni in esso conferiti alla finalità destinataria e consentendone la sottoposizione ad esecuzione esclusivamente per i debiti contratti in funzione di essa.

Anche il tema dell'accertamento del passivo e dell'operatività della compensazione, *ex* art. 56 l.fall., è stato affrontato da talune pronunce nel corso dell'anno appena trascorso. Per **Sez. 1, n. 34424/2023, Pazzi, Rv. 669615-01**, infatti, nei rapporti tra banca e correntista, il disposto dell'art. 1853 c.c., secondo cui si opera una compensazione fra i saldi di più rapporti o più conti esistenti fra la banca e il correntista, trova applicazione anche tra il saldo di un conto corrente e quello di un rapporto di diversa natura (nella specie, un mutuo fondiario) intercorrente fra le medesime parti, purché non si tratti di conti chiusi e i contrapposti crediti siano esigibili. Nell'occasione, la Corte ha cassato il provvedimento del tribunale, che aveva rigettato la domanda di accertamento della legittimità della compensazione attuata da un istituto bancario, tra il debito

da restituzione al fallimento del saldo attivo di conto corrente ed il credito vantato dalla banca verso la fallita, sull'erroneo assunto che quest'ultimo dovesse essere accertato esclusivamente nelle forme previste per la verifica dello stato passivo. Mentre sull'ammissione con "riserva", **Sez. 1, n. 21813/2023, Di Marzio, Rv. 668679-01**, ha interpretato l'art. 96 l.fall. alla luce dell'art. 55 l.fall., affermando che l'espressione "crediti condizionati" di cui all'art. 96 l.fall. ricomprende in sé, quale categoria più ampia, anche i "crediti condizionali" *ex* art. 55 l.fall. - compresi quelli che non possono farsi valere nei confronti del fallito se non previa escussione del debitore principale - giustificandosi, pertanto, l'ammissione al concorso fallimentare con riserva di quei crediti, pur preesistenti, la cui esigibilità dipenda da un evento futuro ed incerto realizzatosi in corso di procedura. Il principio è stato affermato nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria, in un caso in cui era invocata da un'autorità amministrativa l'ammissione al passivo del credito correlato all'irrogazione di una sanzione pecuniaria, da ritenersi "condizionale" rispetto all'esito del procedimento accertativo dell'illecito.

### 5.1. Segue: profili processuali.

In relazione ai profili processuali del rito disciplinato dal Capo V del Titolo II della legge fallimentare, un interesse peculiare continua a suscitare il fenomeno delle c.d. domande "tardive". Da un lato, **Sez. 1, n. 31756/2023, Dongiacomo, Rv. 669425-01**, ha osservato che l'eventuale ritardo nella proposizione della domanda di rivendica di beni mobili *ex* artt. 93 e 103 l.fall., dopo il decorso del termine di cui all'art. 101, comma 1, l.fall., non può essere imputato alla parte che abbia in precedenza avanzato istanza di restituzione dei medesimi beni ai sensi dell'art. 87-*bis* l.fall., in ragione del comportamento, al riguardo irrilevante, assunto dal curatore, che, in pendenza di detta istanza, abbia provveduto alla loro inventariazione senza formalizzare un espresso dissenso alla restituzione anticipata; una volta depositata l'istanza di restituzione dei beni a norma dell'art. 87-*bis* l.fall., solo il suo espresso rigetto da parte del giudice delegato rende edotta la parte istante della necessità di proporre la domanda di rivendica/restituzione di cui all'art. 103 l.fall. Tuttavia, **Sez. 1, n. 30846/2023, Di Marzio, Rv. 669370-01**, ha affermato che in tema di insinuazione al passivo fallimentare ai sensi dell'ult. comma dell'art. 101 l.fall., la domanda (cd. supertardiva) è inammissibile ogni qualvolta il ritardo sia imputabile al creditore, sia perché abbia avuto conoscenza effettiva della dichiarazione di fallimento, sia perché ne abbia conseguito una conoscenza assimilabile a quella legale, che gli sarebbe stata garantita dall'invio della comunicazione di cui all'art. 92 l.fall.; detta conoscenza assume rilievo non solo ai fini della domanda di ammissione di un

credito, ma anche in ipotesi di domanda di rivendica, in quanto la dichiarazione di fallimento comporta di *default*, in forza dell'art. 42 l.fall., l'acquisizione del bene alla massa fallimentare ad opera del curatore, salva eventuale, successiva rinuncia.

Sulla impugnazione dei crediti ammessi da parte di altri creditori, **Sez. 1, n. 29421/2023, Di Marzio, Rv. 669289-01**, ha stabilito che il creditore già ammesso rimane onerato della prova dei fatti costitutivi del proprio diritto e a tal fine, oltre a dedurre prove costituende, è legittimato a produrre a pena di decadenza, entro il termine di costituzione di cui all'art. 99, comma 6, l.fall., nuovi documenti non prodotti nella fase di verifica davanti al giudice delegato.

Quanto all'opposizione allo stato passivo, **Sez. 1, n. 30718/2023, Terrusi, Rv. 669368-01**, ha precisato che il termine per contrastare il rigetto della domanda tardiva di ammissione allo stato passivo, adottato in udienza, decorre non già da quest'ultima, ma dalla comunicazione del relativo provvedimento, in mancanza della quale, viene in rilievo il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.

Sullo stesso procedimento, **Sez. 1, n. 29282/2023, Fidanzia, Rv. 669234-01**, ha chiarito che in tema di opposizione allo stato passivo del fallimento, i documenti prodotti per la prima volta contestualmente al deposito del ricorso *ex art. 98 l.fall.* sono utilizzabili ai fini della decisione, quand'anche non siano stati individualmente indicati nell'atto di opposizione, ma fatti oggetto di richiamo complessivo e riassuntivo. Nell'affermare tale principio, la Corte ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto inutilizzabili - in un procedimento relativo all'ammissione di un credito del legale per prestazioni giudiziali compiute in numerosi procedimenti amministrativi per conto della società poi fallita - i documenti relativi a tali procedimenti, di cui aveva esattamente indicato gli estremi producendo i relativi fascicoli, ma compiendo un rinvio onnicomprensivo ai singoli atti e documenti allegati al ricorso. Con contestuale provvedimento, **Sez. 1, n. 29294/2023, Perrino, Rv. 669288-01**, si è occupata dei risvolti informatici dell'opposizione, stabilendo che qualora la costituzione avvenga mediante l'invio di un messaggio di posta elettronica certificata eccedente la dimensione massima stabilita nelle relative specifiche tecniche, il deposito degli atti o dei documenti può avvenire mediante gli invii di più messaggi di posta elettronica certificata, purché essi siano coevi al deposito del ricorso ed eseguiti entro la fine del giorno di scadenza.

**Sez. 1, n. 03147/2023, Perrino, Rv. 666864-01**, ha invece osservato che in tema di opposizione allo stato passivo, proposta dal creditore che sia stato ammesso al concorso solo parzialmente, è inammissibile l'impugnazione incidentale tardiva del curatore, poiché avverso il decreto di esecutività dello stato passivo sono esperibili solo i mezzi di impugnazione specificamente

individuati dal legislatore, da proporsi entro il termine perentorio di cui all'art. 99 l.fall.; tali previsioni costituiscono una disciplina autosufficiente, incompatibile con la possibilità di applicare l'art. 334 c.p.c., tenuto conto che soltanto con l'art. 206, comma 4, del nuovo codice della crisi, il legislatore, con norma innovativa, ha espressamente ammesso la proponibilità dell'impugnazione incidentale anche se per essa è decorso il termine di decadenza per la sua proposizione in via principale.

In termini più generali, **Sez. 1, n. 18591/2023, Tricomi, Rv. 668303-01**, ha precisato che il giudicato endofallimentare discendente dal decreto di approvazione dello stato passivo, dotato di "*vis*" imperativa e indisponibilità per le parti, si connota, sia pure nel circoscritto ambito concorsuale, come regola del caso concreto; conseguentemente, la sua interpretazione non può avvenire ricorrendo ai criteri ermeneutici dettati per le manifestazioni di volontà negoziale, bensì, in via analogica, applicando i principi dettati dall'art. 12 e ss. disp. prel. c.c. - in ragione dell'assimilabilità del provvedimento giurisdizionale, per natura ed effetti, agli atti normativi - imponendosi pertanto la ricerca del significato oggettivo della regola o del comando di cui il provvedimento è portatore. Mentre **Sez. 5, n. 16415/2023, D'Aquino, Rv. 668237-01**, ha specificato che la domanda di insinuazione allo stato passivo del fallimento determina l'interruzione della prescrizione del credito con effetti permanenti che, protraendosi dalla proposizione della domanda fino alla chiusura della procedura concorsuale, possono essere fatti valere anche nei confronti del debitore tornato "*in bonis*", con decorrenza di un nuovo periodo prescrizione dalla chiusura della medesima procedura. Affermando tale principio, la Suprema Corte ha cassato la decisione di merito che, senza tener conto dell'effetto interruttivo a efficacia permanente della domanda di ammissione al passivo, aveva ritenuto prescritta la pretesa erariale esercitata nei confronti del contribuente fallito, una volta che questi, con la chiusura della procedura concorsuale, era ritornato "*in bonis*".

Occupandosi di un tema che continua a ricevere diverse soluzioni nella giurisprudenza di merito, **Sez. 1, n. 04632/2023, Perrino, Rv. 666992-01**, ha stabilito che in tema di accertamento del passivo, è inammissibile la proposizione di una nuova domanda di insinuazione, pur se preceduta dalla rinuncia alla domanda di ammissione tempestiva, formulata dopo la formazione del giudicato endofallimentare sullo stesso credito, determinatosi in esito all'omessa impugnazione del decreto di rigetto dell'opposizione alla dichiarazione di esecutività dello stato passivo; il giudicato in parola, infatti, in quanto volto ad eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche mediante la stabilità della decisione, è intangibile e non può essere disconosciuto da una

parte processuale al fine di ottenere nuovamente e dallo stesso giudice una seconda decisione attraverso una nuova domanda (anche tardiva) di insinuazione.

## 6. La liquidazione dell'attivo.

La fase di monetizzazione del patrimonio oggetto di spossessamento fallimentare *ex art.* 42 l.fall. (ora art. 142 CCII, avuto riguardo alla liquidazione giudiziale) è stata interessata da significative pronunce.

Nel novero di queste una parte importante è stata rappresentata da **Sez. 1, n. 10917/2023, Vella, Rv. 669371-01**, in tema di poteri del giudice delegato *ex art.* 108 l.fall., il termine di decadenza di dieci giorni previsto dal comma 1 della richiamata norma, che fa riferimento al deposito di cui al quarto (*recte* quinto) comma dell'art. 107 l.fall., è applicabile alla sola ipotesi, contemplata dalla seconda parte di quest'ultima disposizione, in cui i soggetti legittimati chiedano al giudice delegato di impedire il perfezionamento della vendita quando il prezzo offerto è notevolmente inferiore a quello giusto (tenuto conto delle condizioni di mercato); detto termine non è, per converso, riferibile all'ipotesi, prevista nella prima parte dell'art. 108, concernente l'istanza volta alla sospensione delle operazioni di vendita in presenza di gravi e giustificati motivi, istanza che può essere presentata fino all'emissione del decreto di trasferimento.

Altra rilevante statuizione è contemplata in **Sez. 1, n. 23379/2023, Perrino, Rv. 669180-01**, secondo cui, tema di liquidazione fallimentare compiuta nel regime anteriore alla riforma del 2005-2007, la vendita a offerta privata consentita per i beni mobili dall'art. 106, comma 1, l.fall. (nel testo *ratione temporis* vigente), implicava l'assimilabilità della posizione dell'offerente, a seguito dell'accettazione del curatore a ciò autorizzato dal giudice delegato, a quella dell'aggiudicatario, con la conseguenza che, a fronte del mancato pagamento del prezzo, poteva trovare applicazione l'art. 587, ult. comma, c.p.c., derivandone l'obbligo dell'aggiudicatario inadempiente a corrispondere alla curatela l'eventuale differenza fra il minor prezzo conseguito in esito al rinnovato incanto e quello dell'aggiudicazione inadempita.

Notevole anche il principio che si rinviene in **Sez. 1, n. 19712/2023, Pazzi, Rv. 668428-01**, secondo cui nell'ambito del fallimento (liquidazione giudiziale), nel caso in cui il curatore preveda all'interno del programma di liquidazione che le vendite vengano effettuate secondo le disposizioni del codice di procedura civile, con delega delle operazioni di vendita, la disciplina di cui agli artt. 591-*bis* e 591 *ter* c.p.c. - quest'ultimo nel testo introdotto dall'art. 13, comma 1, lett. cc-*bis*, del d.l. n. 83 del 2015, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2015 e non ancora modificato, per i procedimenti introdotti successivamente al 28 febbraio 2023,

dall'art. 3, comma 42, lett. b), del d.lgs. n. 149 del 2022 - si applica nella sua interezza, con la conseguenza che: 1) l'ordinanza emessa dal g.d. ai sensi dell'art. 591 *ter* c.p.c. è impugnabile col reclamo *ex* art. 669-*terdecies* c.p.c.; 2) l'ordinanza collegiale pronunciata all'esito di tale reclamo non ha natura decisoria, né definitiva; 3) la medesima ordinanza, in ragione di una simile natura, non è impugnabile con ricorso per cassazione, né ordinario, né straordinario ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost.; 4) eventuali nullità verificatesi nel corso delle operazioni delegate al professionista si trasmetteranno agli atti successivi riservati al g.d., i quali soltanto potranno essere impugnati ai sensi dell'art. 26 l.fall.

Altra affermazione meritevole di particolare attenzione si ritrova in **Sez. 3, n. 16311/2023, Fanticini, Rv. 667813-01**, a tenore della quale la cessione d'azienda da parte della curatela fallimentare, anche se a seguito di transazione o mediante procedura di cui si contesti l'insufficiente grado di competitività, ricade nel perimetro applicativo dell'art. 105, comma 4, l.fall., il quale prevede l'effetto purgativo dei debiti pregressi a tutela dell'affidamento dei terzi e al fine di favorire l'appetibilità di aziende indebitate; ne consegue che deve escludersi una responsabilità del cessionario *ex* art. 2560, comma 2, c.c. per il pagamento dei debiti aziendali, peraltro non potendo il giudice dell'esecuzione svolgere un autonomo sindacato su eventuali vizi della vendita concorsuale che non siano stati tempestivamente fatti valere avanti agli organi della procedura fallimentare.

## 7. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.

Di alcuni salienti riflessi della chiusura del fallimento si è occupata **Sez. 2, n. 33908/2023, Picaro, Rv. 669673-01**, cui si deve il chiarimento in base al quale, in ipotesi di chiusura del fallimento per omologazione del concordato fallimentare, l'assuntore di quest'ultimo, qualora eserciti azioni rinvenute nel patrimonio del fallito o prosegua i giudizi finalizzati ad acquisire poste attive intrapresi da costui o dal curatore, si pone nella medesima posizione sostanziale e processuale del fallito stesso, con conseguente opponibilità nei suoi confronti delle scritture formate da quest'ultimo e applicabilità nei suoi riguardi degli artt. 2702, 2735 c.c., 214 e 215 c.p.c.

Icastica ed essenziale è giunta, poi, la puntualizzazione contenuta in **Sez. 1, n. 15359/2023, Vella, Rv. 667939-01**, secondo cui in tema di esdebitazione nel fallimento, le ipotesi ostative contemplate dall'art. 142, comma 1, l.fall. in punto di meritevolezza vanno considerate tassative alla luce dell'art. 23 della Direttiva (UE) 2019/1023 (cd. direttiva "*Insolvency*").

Sempre in tema di esdebitazione del fallito, altra utile considerazione è stata resa da **Sez. 1, n. 03316/2023, Tricomi, Rv. 666866-01**, a tenore della quale,

ove la procedura fallimentare di riferimento sia stata aperta anteriormente alla novella di cui al d.lgs. n. 5 del 2006, il termine annuale di decadenza per la proposizione della domanda *ex* art. 143 l.fall., in caso di mancata notifica del provvedimento di chiusura del fallimento, non decorre dalla pubblicazione dello stesso sul registro delle imprese, bensì dal momento in cui il predetto decreto diviene definitivo, con lo spirare del “termine lungo” di cui all’art. 327 c.p.c., non giustificandosi pertanto la rimessione in termini prevista dall’art. 153, comma 2, c.p.c.

## **8. Il concordato fallimentare.**

In tema di concordato fallimentare di spicco si rivela **Sez. 5, n. 31530/2023, Balsamo, Rv. 669734-01**, che ha chiarito che in tema di imposta di registro, al decreto di omologazione del concordato fallimentare, con intervento di terzo assuntore, va applicata l’imposta di registro in misura proporzionale sul valore dei beni e dei diritti fallimentari trasferiti, mentre l’importo del debito accollato non partecipa al calcolo della base imponibile ai fini della liquidazione dell’imposta di registro, risultando quest’ultima derivante esclusivamente dal calcolo delle aliquote sui beni oggetto di cessione.

Non meno pregnante la puntualizzazione resa da **Sez. 1, n. 31107/2023, Dongiacomo, Rv. 669419-01**, secondo cui la previsione del secondo periodo dell’ultimo comma dell’art. 124 l.fall., secondo la quale il proponente può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta, pone una preclusione processuale che opera a condizione che lo stato passivo sia stato dichiarato esecutivo, senza che rilevi la distinzione fra creditori chirografari e non; detta previsione non confligge con il precetto dettato dal terzo comma della medesima disposizione.

Denso di implicazioni pure il principio espresso da **Sez. 1, n. 30703/2023, Terrusi, Rv. 669367-01**, secondo cui nel giudizio di omologazione del concordato fallimentare, il controllo del tribunale è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell’esito della votazione - salvo che non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti - restando escluso ogni controllo sul merito, giacché la valutazione del contenuto della proposta concordataria, riguardando il profilo della convenienza, è devoluta ai creditori, sulla base del parere inerente ai presumibili risultati della liquidazione formulato dal curatore e dal comitato dei creditori, ad eccezione dell’indagine sull’eventuale abuso del diritto.

Considerevole, inoltre, è la puntualizzazione contenuta da **Sez. 1, n. 27328/2023, Crolla, Rv. 669132-01**, alla cui stregua il termine *ex art. 131 l.fall.* per l'impugnazione del provvedimento di omologa del concordato fallimentare non è soggetto al regime della sospensione feriale.

In evidenza si pone poi **Sez. 1, n. 13425/2023, Crolla, Rv. 667902-01**, secondo cui, nell'ipotesi di concordato fallimentare con assunzione nel quale il proponente si sia obbligato a pagare i creditori chirografari e gli eventuali terzi revocati in misura non superiore alla percentuale residua spettante ai creditori chirografari per effetto di pregressi piani di riparto, il creditore di regresso, soccombente nel giudizio di revocatoria fallimentare, non può chiedere all'assuntore del concordato il pagamento della differenza tra l'intero credito e la quota residua ridotta in percentuale per effetto dei pregressi riparti che il proponente si era obbligato a corrispondere a tutti i creditori chirografari.

## 9. Il concordato preventivo in generale.

Il concordato preventivo ha confermato la propria centralità nel governo concorsuale delle crisi d'impresa regolate *ratione temporis* sotto l'egida della l.fall., chiamando la Corte di Cassazione ad importanti prese di posizione.

Ragguardevole è l'affermazione contenuta in, **Sez. 1, n. 35489/2023, Dongiacomo, Rv. 669667-01**, in virtù della quale in materia di concordato preventivo, l'errore professionale addebitabile all'avvocato, che abbia determinato la definitiva perdita della possibilità per il cliente di regolare la crisi mediante lo strumento concordatario, rende del tutto inutile l'attività difensiva precedentemente svolta, sicché, dovendosi ritenere la prestazione professionale inadempita ed improduttiva di effetti, non è dovuto alcun compenso, quand'anche l'adozione del mezzo difensivo rivelatosi pregiudizievole sia stata sollecitata dal cliente medesimo. (Fattispecie in tema di revoca dell'ammissione *ex art. 173 l.fall.*).

Degno di riflessione è il principio esplicitato da **Sez. 1, n. 33346/2023, Terrusi, Rv. 669608-01**, a tenore della quale, in tema di concordato preventivo, nel giudizio di rinvio a seguito di cassazione per violazione di legge, non è consentito procedere ad una nuova valutazione della fattibilità del piano concordatario ove la sentenza di merito sia stata cassata per violazione dell'obbligo di accantonamento dei crediti erariali contestati, poiché, in caso di annullamento per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, il giudice del rinvio è tenuto soltanto ad uniformarsi al principio enunciato, senza possibilità di modificare l'accertamento e la valutazione dei fatti acquisiti al processo.

Sul tema tradizionalmente sensibile delle prededuzioni si è soffermata **Sez. 1, n. 29999/2023, Fidanzia, Rv. 669361-01**, a mente della quale, in tema di concordato preventivo, il credito venuto in essere successivamente all'omologazione della proposta concordataria ha natura prededucibile *ex art. 111, comma 2, l.fall.*, quale credito sorto "in occasione" della procedura, solo in quanto tale criterio cronologico sia integrato dalla riferibilità del credito stesso all'attività degli organi della procedura, idonea come tale a generare crediti prededucibili indipendentemente dalla verifica in concreto ed *ex post* della loro funzionalità rispetto alle esigenze della stessa. Nel caso di specie, la Corte ha cassato il provvedimento di merito, che aveva riconosciuto la prededucibilità del credito di una società di *leasing* sul mero rilievo del dato cronologico relativo all'insorgenza del credito, senza accertare in concreto se lo stesso fosse, o meno, riferibile all'attività degli organi della procedura e quale rapporto di funzionalità avesse rispetto all'attività d'impresa del debitore.

Di rapporti bancari si è occupata **Sez. 1, n. 28232/2023, Fidanzia, Rv. 669356-01**, la quale ha chiarito che in tema di linee di credito c.d. "autoliquidanti" nel concordato preventivo, sussistendo un collegamento negoziale e funzionale tra il contratto di anticipazione ed il mandato all'incasso con patto di compensazione, i rispettivi debiti e crediti delle parti traggono origine da un unico rapporto negoziale, con conseguente applicabilità della c.d. "compensazione impropria" - ancorata al mero accertamento contabile di dare e avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza - e inapplicabilità, per converso, della compensazione in senso stretto di cui all'art. 1241 c.c. e, dunque, dell'art. 56 l.fall., che al pari di essa presuppone l'autonomia dei rapporti cui si riferiscono i contrapposti crediti delle parti, attribuendo rilevanza al momento in cui i reciproci debiti e crediti delle parti vengono a coesistenza.

Su un diverso versante **Sez. 5, n. 26951/2023, Federici, Rv. 669062-01**, ha avuto modo di rilevare che, in tema di sanzioni amministrative per violazioni di norme tributarie, l'istanza di concordato preventivo *ex art. 161 l.fall.* non esclude la *suitas* della condotta e, cioè, la consapevolezza dell'inutile decorso del termine di assolvimento del debito erariale, né tantomeno costituisce esimente della condotta colposa, che si concretizza nel mancato o tardivo versamento dell'imposta dovuta.

Di rilievo sistematico è **Sez. 1, n. 21864/2023, Fidanzia, Rv. 668680-01**, che ha indagato la causa tipica del concordato in continuità, escludendone la ricorrenza qualora, al momento della domanda, l'attività d'impresa risulti insussistente in quanto cessata e ridotta alla mera gestione di una partecipazione

minoritaria, giustificandosi l'accesso a tale procedura solo in funzione del mantenimento in vita dell'attività e dei valori aziendali.

Della qualificazione dello strumento di regolazione della crisi come concordato in continuità aziendale si è occupata anche **Sez. 1, n. 17092/2023, Amatore, Rv. 668023-01**, che ha osservato come, ai fini della qualificazione in parola, salvi i casi di abuso mezzo adoperato, occorra che alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale, tanto al momento dell'ammissione al concordato, quanto all'atto del successivo trasferimento cui l'azienda in esercizio dev'essere dichiaratamente destinata, senza che rilevi in senso ostativo all'applicazione del regime *ex art. 186-bis* l.fall. l'eventuale intervenuta modificazione di una parte dell'attività produttiva.

**Sez. 1, n. 15790/2023, Vella, Rv. 667942-01**, ha affermato che in tema di concordato preventivo, i criteri stabiliti con il decreto del Ministro della Giustizia 25 gennaio 2012, n. 30, emanato sulla base dell'art. 39, comma 1, l.fall., richiamato dall'art. 165 l.fall., si applicano anche alla determinazione del compenso spettante al commissario giudiziale nominato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. Nella medesima pronuncia (**Rv. 667942-02**) si afferma che, ai fini della determinazione del compenso unico spettante al commissario giudiziale per l'attività svolta nelle due fasi anteriore e posteriore all'omologa, così come nella eventuale fase preconcordataria, va disapplicato, per irragionevolezza e disparità di trattamento, l'art. 5, commi 1 e 2, del d.m. n. 30 del 2012, là dove distingue tra attivo realizzato e inventariato a seconda delle diverse tipologie di concordato, dovendosi invece fare riferimento, in tutti i casi, all'attivo inventariato. Ancora la medesima decisione (**Rv. 667942-03**) veicola il principio in base al quale in caso di cessazione anticipata della procedura concordataria, anche in pendenza della fase cd. "preconcordataria", in assenza di redazione dell'inventario da parte del commissario giudiziale, ai fini della liquidazione del compenso spettante a quest'ultimo, i valori dell'attivo e del passivo vanno tratti dalla documentazione acquisita alla procedura e, in particolare, per quanto riguarda il passivo, dall'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti (come eventualmente verificato e rettificato dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 171 l.fall.) e, per quanto riguarda l'attivo, dall'ultimo bilancio (come eventualmente rettificato dallo stesso commissario), nonché, per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio, dalla dichiarazione dei redditi e dalla dichiarazione IRAP concernenti l'ultimo esercizio, oppure, se più aggiornata e adeguata, dalla situazione finanziaria dell'impresa depositata mensilmente dal debitore e sottoposta a verifica del commissario giudiziale (art. 161, comma 8, l.fall.) o,

infine, dal piano concordatario, se già depositato dal debitore. Infine, questo articolato arresto nomofilattico puntualizza che, in tutti i casi di cessazione anticipata dell'incarico prima che la procedura concordataria giunga a compimento, la determinazione del compenso del commissario giudiziale si effettua "tenuto conto dell'opera prestata", ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.m. n. 30 del 2012 (richiamato dall'art. 5, comma 5, del citato d.m.), secondo un criterio di proporzionalità del compenso rispetto alla natura, qualità e quantità dell'opera prestata, che consente di ridurre lo stesso anche al di sotto delle percentuali minime (richiamate dallo stesso art. 5) previste dall'art. 1 del citato d.m., e finanche al di sotto del compenso minimo previsto dall'art. 4, comma 1, del citato d.m. **(Rv. 667942-04)**.

Di eminente rilievo, per la connotazione inedita dell'ambito affrontato, si rivela **Sez. 1, n. 09730/2023, Terrusi, Rv. 667491-01**, soffermatasi sulla procedura di nuovo conio del concordato semplificato, introdotto dal d.l. n. 118 del 2021 e pedissequamente confluito nell'attuale art. 25-*sexies* del d.lgs. n. 14 del 2019 in seguito al d.lgs. n. 83 del 2022. Seguendo un approccio ricostruttivo la pronuncia sottolinea che il l'istituto, pur connotato da peculiarità rispetto al concordato preventivo fin dalla fase d'accesso (in quanto postula il previo percorso della composizione negoziata), rientra al pari di quest'ultimo nell'alveo delle procedure concorsuali, conseguentemente soggiacendo, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio, in applicazione analogica dell'art. 161, comma 1, l.fall., alla regola della irrilevanza del trasferimento della sede sociale nell'anno che precede il deposito del ricorso, come confermato dalla linea di continuità tra le norme del d.l. n. 118 cit. e quelle del menzionato d.lgs. n. 14 del 2019, che, ai sensi dell'art. 28, esclude la rilevanza del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui all'art. 2 lett. m-*bis* del d.lgs. n. 14 del 2019.

Di spiccata incidenza sul piano della disciplina applicabile si rivela **Sez. 1, n. 04034/2023, Vella, Rv. 666989-01**, che appuntandosi sull'effetto esdebitativo *ex* art. 184 l.fall., ha messo in luce come esso non si estenda al socio unico azionista illimitatamente responsabile, qualora *ratione temporis* sia applicabile l'art. 2362 c.c. nel testo anteriore al d.lgs. n. 6 del 2003, posto che detta disposizione, di natura eccezionale, anteriormente alla novella imponeva *ex lege* in capo all'unico azionista una responsabilità *lato sensu* fideiussoria, temporanea e circoscritta al periodo del venir meno della pluralità dei soci.

Ed ancora **Sez. 6-1, n. 03724/2023, Pazzi, Rv. 667163-01**, fissa il principio in ragione del quale il credito che nasce in capo al terzo in forza di mutuo erogato al debitore in concordato, affinché possa provvedere al deposito delle

spese previste dall'art. 163, comma 2, n. 4, l.fall., non è prededucibile ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall., in quanto il finanziamento è strumentale non agli scopi della procedura, ma all'interesse del debitore a che la stessa abbia corso dopo la sua formale apertura.

Della figura del commissario giudiziale si occupa **Sez. 5, n. 03053/2023, D'Aquino, Rv. 666952-01**, ad avviso della quale la notifica al solo organo concorsuale della cartella di pagamento, emessa nei confronti della società in concordato preventivo, è nulla, poiché egli non riveste alcuna carica rappresentativa della società, ma non inesistente, attesi i compiti, allo stesso attribuiti, di verifica dell'esistenza del credito erariale, sia in relazione al computo delle maggioranze e della formazione delle classi, sia in relazione alla fattibilità della proposta concordataria, sicché la tempestiva proposizione del ricorso tributario da parte della società sana la nullità della notificazione.

Il liquidatore giudiziale è, invece, al centro dell'attenzione di **Sez. 1, n. 00286/2023, Crolla, Rv. 666646-01**, che specifica che a detto organo fanno capo meri compiti di gestione e di amministrazione, non radicandosi in capo a detto organo la legittimazione a proporre istanza di fallimento o di risoluzione del concordato, né configurandosi, a suo carico, alcun obbligo di segnalazione al Pubblico Ministero, al giudice delegato o al comitato dei creditori circa le criticità ed opacità del piano concordatario o le asserite irregolarità nella determinazione del quorum e nel conteggio della maggioranza del voto dei creditori.

Dei finanziamenti in ambito concordatario si occupa **Sez. 1, n. 00043/2023, Micolino, Rv. 666567-01**, secondo la quale quelli concessi in esecuzione del concordato preventivo sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.fall. nel successivo fallimento, ove derivanti da nuovi contratti non espressamente contemplati dal piano, alla duplice condizione che quest'ultimo sia stato approvato dai creditori ed omologato dal tribunale e che i contratti in parola risultino ad esso conformi, in quanto volti al raggiungimento dei suoi obiettivi previsti e all'adempimento della proposta.

### **9.1. L'ammissione, la revoca, l'omologa.**

**Sez. 1, n. 21597/2023, Fidanzia, Rv. 668678-01**, ha chiarito che in tema di concordato preventivo, il procedimento *ex art. 162 l.fall.*, come evincibile dall'impiego dell'espressione "sentito il debitore in camera di consiglio", non richiede particolari formalità di rito, né impone una necessaria corrispondenza tra le questioni oggetto del decreto di convocazione previsto dalla norma in parola e quelle effettivamente dibattute ai fini della verifica delle condizioni di

ammissibilità del concordato, postulando, ai fini della regolarità procedimentale, la sola osservanza del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

**Sez. 1, n. 17103/2023, Amatore, Rv. 668025-01**, ha affermato che in tema di concordato preventivo, la proposta concordataria, pur lasciata alle valutazioni dei creditori quanto a convenienza, rispetto all'alternativa fallimentare, e a realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione per ciascuno prospettata, è sindacabile dal tribunale sotto il profilo economico nei limiti in cui appaia implausibile, in quanto il piano si mostri *prima facie* irrealizzabile.

**Sez. 1, n. 17106/2023, Amatore, Rv. 668026-01**, ha ritenuto che la relazione *ex art.* 160, comma 2, l.fall., debba contenere le valutazioni in ordine alla possibilità di esperire eventuali azioni risarcitorie o revocatorie, risultando le stesse necessarie per la corretta quantificazione e valutazione del possibile attivo ricavabile in sede di liquidazione e riguardando il profilo dell'adeguatezza delle informazioni fornite ai creditori al fine di consentire loro di decidere con cognizione di causa quale posizione assumere nei confronti della proposta concordataria, con la conseguenza che l'indicazione di dati incompleti o parziali, che potrebbero indurre a ritenere l'inesistenza di alternative o di migliori possibilità di realizzo, danno luogo ad una violazione dei presupposti giuridici della procedura.

**Sez. 1, n. 15230/2023, Vannucci, Rv. 667936-01**, ha affermato che le informazioni che devono corredare la domanda di ammissione, onde consentire ai creditori un consapevole esercizio del diritto di voto, riguardano necessariamente, non sono solo i fatti risultanti al momento del deposito della stessa, ma anche tutti gli accadimenti anteriori, che, causalmente e in relazione logico-temporale prossima alla rappresentazione della crisi offerta dal debitore, hanno determinato la consistenza patrimoniale della proposta concordataria. (Fattispecie nella quale, nel contesto di un'operazione di scissione societaria, i creditori non sono stati informati della cessione di una partecipazione societaria che ha consentito ad un bene immobile di ingente valore di uscire dal perimetro dell'attivo patrimoniale della società proponente un concordato con cessione dei beni).

**Sez. 1, n. 13997/2023, Crolla, Rv. 667912-01**, torna sulla domanda di ammissione al concordato preventivo, osservando che qualora sia presentata dal debitore non per regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma con il palese scopo di differire la dichiarazione di fallimento, la stessa è inammissibile in quanto integra gli estremi di un abuso del processo, che ricorre quando, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle

per le quali l'ordinamento li ha predisposti. Nella specie, la Corte, pur ribadendo il principio, ha cassato la decisione della corte d'appello che aveva fatto discendere l'asserita condotta abusiva del debitore dalla mera rinuncia ad una prima domanda di concordato, seguita dalla riproposizione della domanda di ammissione alla procedura concordataria a distanza di quindi mesi, senza rilevare che nel caso concreto alcuna richiesta di fallimento era stata avanzata dai creditori e senza motivare sul perché la seconda domanda avesse pregiudicato un credito bancario che nella proposta concordataria figurava tra i creditori privilegiati, categoria cui era stato promesso l'integrale pagamento.

**Sez. 2, n. 12810/2023, Varrone, Rv. 667950-01**, si è occupata di sancire l'inammissibilità, in pendenza della procedura di concordato preventivo dell'appaltatore, del pagamento diretto nei confronti della impresa appaltatrice atteso che l'art. 118, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 ("*ratione temporis*" vigente) subordina espressamente la possibilità del pagamento diretto alle determinazioni del tribunale competente per l'ammissione alla procedura di concordato, peraltro nei limitati casi di continuità aziendale, dovendo il giudice valutare se l'appaltatore sia stato autorizzato a proseguire il contratto, ai sensi dell'art. 186-*bis*, comma 3, l.fall. e, nel caso in cui il pagamento diretto riguardi crediti sorti anteriormente al concordato, se ricorrano le condizioni di cui all'art. 182-*quinquies*, comma 5, l.fall.

**Sez. 1, n. 06508/2023, Dongiacomo, Rv. 667150-02**, afferma che qualora il tribunale dichiari l'inammissibilità della domanda di ammissione al concordato preventivo, nel fallimento conseguentemente dichiarato la sospensione del decorso degli interessi (convenzionali o legali), prevista dall'art. 55 l.fall., decorre non dalla sentenza dichiarativa, ma dalla data di presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo.

Importante anche la statuizione contenuta in **Sez. 1, n. 18903/2023, Abete, Rv. 668031-01**, a tenore delle quale il decreto di omologazione del concordato preventivo non è suscettibile di acquistare autorità di giudicato con riguardo all'esistenza, all'entità ed al rango dei crediti fatti valere nella procedura, dal che deriva l'inammissibilità per difetto di interesse ad agire del ricorso per cassazione avverso il provvedimento in parola, qualora il creditore si limiti a contestare la sua mancata inclusione fra i creditori concorrenti e non risulti provato che la pretesa inclusione avrebbe inciso sulla formazione della maggioranza, ovvero condotto a un diverso esito del voto, determinando la non approvazione del concordato.

## 10. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.

In tema di liquidazione coatta amministrativa si censiscono diverse, interessanti pronunce.

**Sez. 3, n. 30905/2023, Guizzi, Rv. 669335-02**, sottolinea che la sospensione del decorso degli interessi, di cui all'art. 55, comma 1, l.fall., applicabile anche all'amministrazione straordinaria in virtù del richiamo operato dall'art 201 l.fall., vale solo all'interno del concorso e, dunque, non opera nei rapporti intercorrenti tra creditori e debitore al di fuori della procedura, in relazione ai quali gli interessi continuano a maturare.

**Sez. 1, n. 29801/2023, Vella, Rv. 669237-01**, osserva che le cooperative sociali e i loro consorzi, di cui alla legge n. 381 del 1991, devono ritenersi qualificate di diritto, in base all'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 112 del 2017, come imprese sociali, risultando perciò assoggettate alla sola liquidazione coatta amministrativa ed esentate dal fallimento, così come previsto dall'art. 14, comma 1, del medesimo d.lgs., in deroga alla disciplina dell'art. 2545-*terdecies* c.c.

**Sez. 1, n. 27524/2023, Perrino, Rv. 669141-01**, puntualizza che in tema di liquidazione coatta amministrativa delle banche, il commissario liquidatore che richieda la dichiarazione dello stato di insolvenza della banca non è in conflitto di interessi qualora egli stesso abbia precedentemente ricoperto l'incarico di commissario straordinario della amministrazione straordinaria della medesima impresa bancaria.

Sempre in ambito bancario, **Sez. 3, n. 17834/2023, Fanticini, Rv. 668449-01**, ha opinato che in tema di liquidazione coatta amministrativa delle banche venete di cui al d.l. n. 99 del 2017, conv. con modif. dalla l. n. 121 del 2017, il titolo esecutivo formato contro la banca, in un giudizio già pendente al momento della cessione dei debiti *ex art.* 3 del citato d.l., può essere azionato nei confronti del cessionario in virtù del fenomeno successorio di cui all'art. 111 c.p.c., secondo cui la lite pendente prosegue con la parte originaria, dotata di legittimazione meramente sostitutiva e processuale, ma gli effetti sostanziali della pronuncia si producono nei soli confronti del cessionario, indipendentemente dal suo, pur possibile, intervento nel processo.

**Sez. L, n. 27384/2023, Cinque, Rv. 668941-01**, osserva che la messa in liquidazione coatta amministrativa della società preponente non determina lo scioglimento *ipso iure* del rapporto di lavoro con l'agente, in virtù del combinato disposto degli art. 201 e 72 della l.fall. Nella specie, la Corte ha cassato il decreto del tribunale che aveva negato l'ammissione al passivo delle somme richieste a titolo di indennità di preavviso dall'agente per il periodo in cui era stato disposto

l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita, rilevando che tale condizione non determina ipso iure lo scioglimento del contratto di agenzia.

Rilevante anche l'affermazione resa da **Sez. L, n. 27163/2023, Zuliani, Rv. 668815-01**, secondo cui la sentenza di condanna pronunciata nei confronti di soggetto solo successivamente sottoposto a liquidazione coatta amministrativa e non ancora passata in giudicato è opponibile alla procedura concorsuale, nel senso che il creditore, sulla base della sentenza impugnata, deve essere ammesso al passivo con riserva, mentre il commissario, a norma dell'art. 96, comma 2, n. 3, l.fall., può proseguire nella fase di impugnazione il relativo giudizio, che non diventa pertanto improcedibile, posto che tale disposizione deve intendersi indirettamente richiamata dalla disciplina della liquidazione coatta amministrativa - nonostante l'assenza di rinvio diretto nell'art. 201 l.fall. - e, con essa, la regola della permanenza della cognizione in sede ordinaria sui crediti già oggetto di sentenza ancora impugnabile.

**Sez. 1, n. 26867/2023, Fidanzia, Rv. 668961-01**, ha affermato che le esigenze di certezza giuridica espresse nel generale principio di conservazione degli effetti degli atti legalmente compiuti nelle procedure concorsuali, ricavabile dagli artt. 21 l.fall. (riprodotto dall'art. 18, comma 15, del d.lgs. n. 5 del 2006), 10, comma 2, e 33 del d.lgs. n. 270 del 1999 (per l'amministrazione straordinaria) e 4 del d.l. n. 347 del 2003, conv. nella l. n. 39 del 2004, estensibile - nei limiti di compatibilità - alla liquidazione coatta amministrativa, comportano che, in relazione alla costituzione dei rapporti processuali attinenti ai soggetti sottoposti a tale procedura, l'apertura della stessa - con la nomina dei suoi organi, sulla base di un provvedimento formalmente idoneo e la loro immissione nel possesso e nella gestione del patrimonio - costituisce un "fatto giuridico" di per sé idoneo a radicare la legittimazione processuale, attiva e passiva, del commissario liquidatore in relazione ai rapporti giuridici che ne formano oggetto, a prescindere dalla validità intrinseca del predetto provvedimento e finché esso non venga rimosso dalla stessa amministrazione ovvero annullato, dichiarato nullo o giuridicamente inesistente con pronuncia giurisdizionale passata in giudicato che renda non più proseguibile la procedura e che avrà, dunque, effetti "*ex nunc*". (Nella specie, la S.C., con riferimento all'azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi amministrativi e di controllo di un istituto di credito sottoposto ad amministrazione straordinaria per irregolarità amministrative, ha respinto la censura con la quale si lamentava l'incapacità processuale del commissario liquidatore per essere state le attività commissariali prorogate dal direttore della filiale della Banca d'Italia, in luogo dell'amministrazione centrale).

**Sez. 1, n. 07273/2023, Nazzicone, Rv. 667140-01**, ha precisato che l'autorizzazione dell'autorità di vigilanza all'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del commissario liquidatore di compagnia di assicurazioni in l.c.a. può essere motivata *per relationem*, con espresso rinvio ad una propria precedente autorizzazione, in quanto, ai sensi dell'art. 3 l. n. 241 del 1990, tale motivazione è legittima, ove siano indicati e resi disponibili gli atti cui si fa rinvio, non incidendo siffatto "modus operandi" sull'essenza dell'operazione valutativa, la quale non ne risulta sminuita.

Una pronuncia di grande impatto anche sistematico è quella resa da **Sez. U, n. 05694/2023, Ferro, Rv. 667323-01**, secondo cui il giudizio arbitrale promosso sulla base della clausola compromissoria accessoria ad un appalto e per l'accertamento di un credito da esso dipendente, diviene improcedibile al sopraggiungere della messa in liquidazione coatta amministrativa di una delle parti del contratto (nella specie, l'appaltatore), stante l'esclusività dell'accertamento del passivo nella sede concorsuale, a cui è comunque tenuta, ai sensi degli artt. 52 e 93 l.fall., la parte creditrice (nella specie, il committente) se il rapporto è ancora pendente e, cioè, non esaurito ai sensi dell'art. 72 l.fall. La medesima pronuncia contiene l'affermazione a tenore della quale (Rv. 667323-03) l'apertura della procedura concorsuale in pendenza del rapporto contrattuale determina, per regola generale *ex art. 72, comma 6, l.fall.*, valevole anche per l'appalto, l'inefficacia della clausola negoziale che ne fa dipendere la risoluzione da tale evento. Sempre detta decisione evidenzia (Rv. 667323-02) la nullità del lodo emesso prima della scadenza del termine di 60 giorni assegnato dall'art. 81 l.fall. all'organo concorsuale per dichiarare il proprio eventuale subentro nel contratto d'appalto a cui accede la clausola compromissoria, senza che siffatta dichiarazione sia intervenuta; ne consegue l'inefficacia a produrre effetti nei confronti della procedura concorsuale, in quanto lo scioglimento dell'appalto derivante dall'apertura del concorso ha effetto legale "*ex nunc*", solo risolutivamente condizionato alla eventuale decisione di subentro del commissario, sicché gli arbitri difettano in radice di *potestas judicandi*.

**Sez. 6-1, n. 03575/2023, Pazzi, Rv. 667162-01**, osserva che in tema di liquidazione coatta amministrativa, l'art. 195, comma 1, l.fall. fissa la regola di irrilevanza del trasferimento infrannuale della sede dell'impresa, non solo in funzione della dichiarazione di insolvenza, ma anche ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente a conoscere delle controversie concernenti la formazione dello stato passivo; l'art. 209 l.fall., laddove prevede che il commissario deposita quest'ultimo presso la cancelleria del luogo dove l'impresa ha la sede principale, deve intendersi, infatti, riferito al tribunale già individuato come competente, ai sensi dell'art. 195, comma 1, cit., né un

eventuale deposito del predetto atto presso la cancelleria di un diverso tribunale vale ad attribuire a quest'ultimo la competenza a conoscere delle relative impugnazioni.

Il tema dell'amministrazione straordinaria è, dal canto suo, condensato in un importante pronuncia, ossia **Sez. 1, n. 09166/2023, Mercolino, Rv. 667479-01**, ove è evidenziato che il contraente *in bonis* può ottenere l'ammissione al passivo del credito derivante dalle prestazioni rese, anteriormente alla dichiarazione dello stato di insolvenza della società, in adempimento di un contratto ad esecuzione continuata o periodica opponibile alla procedura in quanto munito di data certa, quand'anche fatto oggetto di susseguente scioglimento ad opera del commissario.

### **11. Il sovraindebitamento.**

Di considerevole importanza nel plesso delle procedure da sovraindebitamento si è mostrata **Sez. 1, n. 22797/2023, Vella, Rv. 668685-02**, a tenore della quale, in tema di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento *ex l. n. 3 del 2012*, va necessariamente prevista l'ammissione del creditore ipotecario al voto, non solo in relazione alla parte falciata della sua pretesa, ma anche con riferimento alla perdita economica subita in ragione della dilazione di pagamento impostagli, conseguendone, in mancanza, l'inammissibilità della proposta di accordo. La medesima pronuncia contiene un'altra importante precisazione (Rv. 668685-01), alla luce della quale deve reputarsi ammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento del tribunale, in composizione collegiale, di accoglimento del reclamo proposto contro il provvedimento di omologazione, da parte del giudice monocratico, di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento proposto ai sensi degli artt. 10 e ss. della l. n. 3 del 2012 (e succ. mod.), trattandosi di provvedimento avente carattere decisorio e definitivo, tenuto conto della natura contenziosa del procedimento e della sua idoneità ad incidere su diritti soggettivi, regolamentando in modo incontrovertibile la dedotta situazione di sovraindebitamento.

Altro importante *arrêt* in ambito di sovraindebitamento è costituito da **Sez. 1, n. 22890/2023, Falabella, Rv. 668686-01**, se il procedimento del piano del consumatore è ancora in corso, in quanto pur essendosi tenuta l'udienza prevista per l'omologazione, il giudice non si sia ancora pronunciato, si applica la disciplina sopravvenuta di cui all'art. 4-*ter* d.l. n. 137 del 2020, venendo in rilievo il principio di carattere generale - non derogato dalla norma in parola - per cui nell'ipotesi di entrata in vigore di una nuova normativa dispiegante effetti sostanziali o processuali sul rapporto controverso nell'intervallo di tempo

intercorrente tra la deliberazione e la pubblicazione del provvedimento, è dovere del giudice applicare immediatamente la disciplina sopravvenuta mediante i necessari, consequenziali adempimenti. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha affermato l'applicabilità al caso di specie dell'art. 12 *bis*, comma 2, l. n. 3 del 2012, nella versione introdotta dal citato d.l. e contenente una diversa disciplina del requisito della c.d. "meritevolezza").

Alle interferenze fra esecuzioni e procedure di sovraindebitamento è dedicata **Sez. 3, n. 22715/2023, Saija, Rv. 668608-01**. Segnatamente, i rapporti tra giudice dell'esecuzione individuale e giudice del sovraindebitamento *ex* l. n. 3 del 2012 (applicabile "*ratione temporis*"), per l'ipotesi di contemporanea pendenza di procedure a carico del medesimo debitore, sono improntati a piena equiordinazione, per quanto i rispettivi poteri debbano necessariamente coordinarsi, nel rispetto delle specifiche disposizioni normative e delle corrispondenti funzioni e prerogative di ciascun giudice; pertanto, qualora a carico del debitore - proponente un accordo di composizione della crisi, ai sensi degli artt. 6 e ss. della citata legge - siano pendenti una o più procedure esecutive individuali, il giudice delegato alla procedura concorsuale, ove ne ricorrano i presupposti, col decreto di apertura della stessa *ex* art. 10, comma 2, lett. c), l. cit., può solo pronunciare il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive, fino alla definitiva omologazione dell'accordo, ma non anche adottare provvedimenti direttamente incidenti sulle procedure stesse, riservati esclusivamente al giudice delle singole esecuzioni (oppure al giudice delle eventuali opposizioni esecutive proposte). Conseguentemente, se il giudice delegato ha pronunciato il divieto di proseguire le azioni esecutive, il giudice dell'esecuzione, se debitamente informato, è tenuto a sospendere il procedimento, previa verifica dei presupposti di cui all'art. 623 c.p.c.; nel caso di ritenuta insussistenza di questi ultimi, costituisce onere della parte interessata contestare la decisione con l'opposizione al provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione abbia disposto la prosecuzione della procedura, pena l'irretrattabilità degli effetti dell'espropriazione forzata.

Infine, **Sez. 1, n. 22616/2023, Caiazza, Rv. 668434-01**, ha affermato che il provvedimento con cui il tribunale rigetta o, come nella specie, dichiara inammissibile il reclamo proposto da un creditore avverso il decreto di apertura della liquidazione del patrimonio del debitore è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione dal medesimo creditore, già in via esecutiva al momento dell'apertura della procedura concorsuale, sussistendo un interesse giuridicamente tutelato a veder riconosciuto, per effetto del provvedimento giudiziale di revoca del decreto reclamato, il diritto a procedere individualmente, in via esecutiva, nei confronti del proprio debitore.

# DIALOGANDO CON IL MERITO

## LA COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

(DI ALESSANDRO FAROLFI)

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. I presupposti e l'indebitamento "misto". - 2.1. Segue: l'indebitamento familiare. - 3. Prime pronunce in tema di concordato minore. - 4. La ristrutturazione dei debiti del consumatore. - 5. Profili problematici relativi alla liquidazione controllata e all'attività liquidatoria dei beni.

### 1. Introduzione.

Il tema relativo alla crisi da sovraindebitamento appare di particolare interesse scientifico. Da un lato, infatti, l'entrata in vigore del Codice della crisi, avvenuta il 15 luglio dello scorso anno, ha determinato una vera e propria *reductio ad unitatem*: le procedure relative ai soggetti sovraindebitati sono state ricondotte all'unico *corpus* normativo del Codice, mentre in precedenza erano contenute nella l. n. 3 del 2012, così che l'accordo di composizione della crisi è divenuto un vero e proprio concordato minore, la cui disciplina è contenuta fondamentalmente agli artt. 74 e ss., mentre il piano del consumatore è divenuto una procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 67 e ss.); la procedura liquidativa è invece normata agli artt. 268 e ss. dello stesso Codice, prendendo il nome di liquidazione controllata, in luogo della previgente liquidazione del patrimonio.

Le assonanze con le procedure "maggiori" (cioè previste per i debitori di maggiori dimensioni) non sono soltanto lessicali, come evidenziato dall'espressione "minore" rispetto al concordato preventivo o, ancora, dall'aggettivo "controllata" con riferimento ad una liquidazione che aspira a porsi quale *species* del *genus* liquidazione giudiziale, che a sua volta prende il posto del tradizionale fallimento. Le assonanze sono invece, ancor prima, di carattere regolamentare, dovendosi infatti prendere atto di una disciplina del sovraindebitamento in più punti incompleta e che per funzionare in modo ottimale necessita dell'applicazione - analogica o sistematica - di norme e soluzioni previste per le soluzioni "maggiori" delle crisi. Il caso emblematico è rappresentato dal concordato "minore", in cui ritroviamo una specifica norma di rinvio che, con l'art. 74 ult. comma c.c.i., prevede espressamente che "per quanto non previsto dalla presente sezione, si applicano le disposizioni del capo III del presente titolo in quanto compatibili".

I motivi di interesse di questo “microsettore” del diritto concorsuale (laddove il prefisso diminutivo non allude certo alle dimensioni del fenomeno, per il vero molto ampie, quanto alla dimensione dei debitori che possono servirsi di questi istituti) sono poi acuiti dal fatto che il legislatore, a fronte dei plurimi rinvii che hanno segnato la difficoltosa entrata in vigore del nuovo Codice, aveva preso la materia del sovraindebitamento come una sorte di test “di ingresso”, travasando molteplici soluzioni del Codice all’interno della citata l. n. 3 del 2012. In particolare, con la conversione del c.d. decreto Ristori, avvenuta con la legge 18 dicembre 2020, n. 176, molteplici norme o parti di norme del Codice relative ai soggetti sovraindebitati sono state trapiantate nel tessuto della l. n. 3 del 2012, sì che dal 25 dicembre del 2020 alcune disposizioni del Codice sono di fatto già vigenti in questa materia. Vi è quindi l’esigenza di comprendere se le applicazioni che la giurisprudenza di merito ne ha dato, nonché le prime pronunce di legittimità che - con riferimento a tali disposizioni *ratione temporis* vigenti - stanno incominciando ad occuparsi del fenomeno, sono destinate a mantenere una loro validità nel quadro di una più complessiva entrata in vigore della riforma e quali problematiche, soprattutto, stanno emergendo in questa materia.

Su questi profili intertemporali, del resto, ha avuto già di esprimersi anche il S.C. che con **Sez. 1, n. 22890/2023, Falabella, Rv. 668686-01**, ha stabilito che in tema di sovraindebitamento, se il procedimento del piano del consumatore è ancora in corso, in quanto pur essendosi tenuta l’udienza prevista per l’omologazione, il giudice non si sia ancora pronunciato, si applica la disciplina sopravvenuta di cui all’art. 4-ter d.l. n. 137 del 2020, venendo in rilievo il principio di carattere generale - non derogato dalla norma in parola - per cui nell’ipotesi di entrata in vigore di una nuova normativa dispiegante effetti sostanziali o processuali sul rapporto controverso nell’intervallo di tempo intercorrente tra la deliberazione e la pubblicazione del provvedimento, è dovere del giudice applicare immediatamente la disciplina sopravvenuta mediante i necessari, consequenziali adempimenti. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha affermato l’applicabilità al caso di specie dell’art. 12-bis, comma 2, l. n. 3 del 2012, nella versione introdotta dal citato d.l. e contenente una diversa disciplina del requisito della c.d. “meritevolezza”).

L’interesse per questa disciplina, poi, non è soltanto scientifico, ma anche eminentemente pratico. Se si prende in considerazione la definizione di sovraindebitamento contenuta all’art. 2, comma 1, lett. c) si percepisce la particolare ampiezza del fenomeno, abbracciando lo stesso “lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell’imprenditore minore, dell’imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al d.l. 18 ottobre 2012,

n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, e ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o di insolvenza”.

Segue pertanto una breve rassegna, necessariamente incompleta, avuto riguardo sia al breve periodo di applicazione del Codice, sia alla difficoltà di reperimento delle più recenti decisioni di merito, per le quali ci si è fondamentalmente affidati ai principali portali e siti giuridici in materia (principalmente “*ildirittodellacrisi.it*” e “*il caso.it*”).

## **2. I presupposti e l'indebitamento “misto”.**

I presupposti di accesso alle procedure relative alla crisi da sovraindebitamento sono di ordine soggettivo e oggettivo. Mai come in questo caso, tuttavia, esse sono così strettamente intrecciate, così come risulta dalla definizione di “sovraindebitamento” contenuta nel Codice, che si è appena ricordata.

In tema, cfr. App. Bologna, 16 giugno 2023, Varotti, secondo cui l’art. 2, comma 1, lettera e) CCII deve essere interpretato nel senso che, ove il passivo da ristrutturare sia promiscuo, i creditori vanno necessariamente tutelati attribuendo loro un diritto di voto, ponendoli, pertanto, nella condizione di rifiutare la proposta del debitore mediante un loro atto di volontà, anche se espresso a maggioranza: rifiuto che impedisce l’omologazione ed è invece assente nel piano del consumatore che in presenza di debiti promiscui è dunque inammissibile. Statuizione a conferma di quanto già osservato dal Tribunale di Bologna, 30 dicembre 2022, Rimondini, secondo cui il soggetto che abbia contratto debiti non ancora soddisfatti di natura sia imprenditoriale o professionale che di natura privata non può accedere alla ristrutturazione dei debiti del consumatore neppure con riferimento esclusivamente al secondo in quanto tale soluzione, oltre a porsi in contrasto con le norme in materia di concorso dei creditori nelle procedure concorsuali, viola più in generale l’art. 2740 c.c. poiché si priverebbero i creditori non contemplati nel piano della garanzia loro riservata dall’intero patrimonio del debitore. Neppure può ritenersi, secondo i giudici felsinei, che il consumatore, che non svolga più attività professionale o imprenditoriale, possa sempre accedere, indipendentemente dalla natura delle obbligazioni, alla ristrutturazione dei debiti del consumatore; posto che, infatti, l’art. 66 CCII, dedicato alle procedure familiari, prevede poi che “quando uno dei debitori non è un consumatore, al progetto si applicano le disposizioni della sezione III del presente capo”, e

quindi quelle sul concordato minore, non si comprende la ragione per la quale, nel caso di obbligazioni miste (in parte consumeristiche e in parte derivanti da attività professionale o imprenditoriali) riferite ad unico soggetto si possa consentirgli di risolvere la crisi anche con la procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore.

Anche Trib. Ferrara, 23 maggio 2023, Ghedini, ha ritenuto che il soggetto persona fisica che non sia stato, né sia all'attualità, imprenditore, è legittimato a comporre con l'istituto del concordato minore il sovraindebitamento costituito da debiti d'impresa, derivanti, nella specie, da un accertamento fiscale, per evasione di passività tributarie, effettuato a carico di società a responsabilità limitata di cui in passato è stato socio.

In precedenza, nel vigore della legge n. 3/2012, la S.C. aveva avuto modo di occuparsi della nozione di consumatore, affermando che la nozione di "consumatore abilitato al piano", quale modalità di ristrutturazione del passivo e per l'esercizio delle altre prerogative previste dalla l. n. 3 del 2012, pur non escludendo il professionista o l'imprenditore - attività non incompatibili purché non residuino o, comunque, non siano più attuali obbligazioni sorte da esse e confluite nell'insolvenza -, comprende solo il debitore, persona fisica, che abbia contratto obbligazioni, non soddisfatte al momento della proposta di piano, per far fronte ad esigenze personali, familiari ovvero attinenti agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale e, dunque, anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria, salvi solo gli eventuali debiti di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo (tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, imposta sul valore aggiunto e ritenute operate e non versate) che vanno pagati in quanto tali, sulla base della verifica di effettività solutoria commessa al giudice nella sede di cui all'art. 12-bis, comma 3, della l. n. 3 del 2012. (così Sez. 1, n. 1869/2016, Ferro, Rv. 638759-01, con una visione per così dire "retrospettiva", incentrata sulla natura delle obbligazioni da ristrutturare).

Pertanto, nel corso dell'anno in rassegna, la questione pregiudiziale sollevata *ex art. 363-bis c.p.c.* dalla Corte d'appello di Firenze, con l'ordinanza del 20/06/2023, è stata ritenuta inammissibile con decreto della Prima Presidente, in quanto carente - *in parte qua* - del requisito della novità.

Sulla nozione di sovraindebitamento, invece, Trib. Genova, 22 agosto 2022, Tabacchi, ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 2 lett. c) e 268 CCDI, sia una situazione tale da giustificare l'apertura della procedura di liquidazione controllata per quel debitore che: - non disponga di patrimonio liquidabile; - sia soggetto ad esecuzioni infruttuose; - non possa beneficiare di credito e mezzi finanziari propri per soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie

obbligazioni; - il totale delle proprie attività patrimoniali sia inferiore a quello delle passività, in sostanza, l'attivo patrimoniale depurato delle attività non prontamente liquidabili sia inferiore al totale dei debiti scaduti o scadenti a breve.

### **2.1. Segue: l'indebitamento familiare.**

Una novità rilevante contenuta nell'art. 66 del Codice della crisi (per il vero già anticipata con l'inserimento dell'art. 7-*bis* nella l. n. 3 del 2012, ad opera della ricordata l. n. 176 del 2020) attiene alla possibilità di procedere unitariamente alla ristrutturazione dei debiti di più familiari tutti sovraindebitati. In effetti, proprio in questo ambito, sono destinate a prodursi molteplici situazioni in cui, per ragioni affettive o di mero interesse economico, le sorti del debito dell'un familiare sono destinate a ricadere oltre ad una sfera puramente monosoggettiva, per abbracciare quei soggetti che siano strettamente collegati al debitore singolo. Ciò avviene non solo quando l'obbligazione sia solidalmente assunta da più soggetti familiari, ma anche quando l'uno garantisca per i debiti già assunti dall'altro.

È insorta questione se le procedure familiari possano riguardare anche la liquidazione controllata, che testualmente non è richiamata dall'art. 66 cit.

Sul punto, la risposta appare generalmente positiva. Per Tribunale di Verona, 6 ottobre 2022, Pagliuca, è ammissibile la presentazione congiunta dell'istanza di apertura della procedura di liquidazione controllata da parte di familiari (coniugi) conviventi, in applicazione del disposto dell'art. 66 CCII, essendo oggi l'istituto collocato nel CCII tra le disposizioni di carattere generale in tema di sovraindebitamento che, come chiarito dal disposto dell'art. 65 CCII comprendono non solo il concordato minore e la ristrutturazione dei debiti del consumatore ma anche la liquidazione controllata del soggetto sovraindebitato, per cui deve ritenersi che l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 66 CCII sulle procedure familiari anche alla liquidazione controllata sia oggi oggetto di espressa previsione di legge.

Trib. Modena, 31 marzo 2023, Bianconi, ha invece osservato che in tema di sovraindebitamento familiare, qualora la liquidazione controllata sia domandata da entrambi coniugi con ricorso congiunto ai sensi dell'art. 66, comma 1, CCII, andranno nondimeno aperte due diverse procedure, attesa la necessità di mantenere distinte le masse attive e passive dei ricorrenti, secondo quanto previsto dal comma 3 della norma richiamata; alle incombenze di cui agli artt. 272 e ss. CCII, il liquidatore dovrà, pertanto, provvedere separatamente per il marito e per la moglie, curandosi di specificare ai creditori titolari di crediti comuni che essi hanno l'onere di insinuarsi in entrambe le procedure anzidette.

Sulla impossibilità di riunire e trattare unitariamente con gli altri strumenti di soluzione della crisi una richiesta di esdebitazione del familiare incapiente, vds. invece Trib. Bari, 8 ottobre 2023, De Palma, per la quale la richiesta di accesso all'esdebitazione dell'incapiente *ex art.* 283 CCII presentata da alcuni membri della famiglia deve essere trattata separatamente con formazione di separato fascicolo telematico da parte della Cancelleria ed inserimento nel relativo fascicolo da parte dei professionisti che li assistono della documentazione relativa solo a tali soggetti interessati.

### **3. Prime pronunce in tema di concordato minore.**

Il concordato minore è la procedura che prende il posto del previgente “accordo” di composizione della crisi da sovraindebitamento. La terminologia non allude soltanto ad un cambio lessicale, ma meglio corrisponde - in ossequio forse al brocardo *nomen omen* - alla natura del fenomeno: una procedura concorsuale, di matrice concordataria, basata su di un voto espresso con il metodo del “silenzio assenso”, per la cui approvazione è sufficiente la maggioranza dei crediti ammessi al voto (e delle classi, laddove siano previste), con l'avvertenza che, in caso di creditore “tiranno” (che cioè rappresenti da solo la maggioranza dei crediti votanti) occorrerà anche realizzare una maggioranza per teste.

Anche per il concordato minore il nuovo Codice, come chiaramente risulta dall'art. 74, predilige soluzioni basate sulla continuità, diretta o indiretta. Nel caso, infatti, di soluzioni puramente liquidatorie della crisi, il debitore proponente dovrà integrare l'attivo concordatario in misura tale da aumentare la soddisfazione dei creditori in modo “apprezzabile”. L'interprete dovrà pertanto ricercare, caso per caso, la misura di questa apprezzabilità, senza che - ad avviso dello scrivente - sia possibile un richiamo analogico della percentuale del 10% prevista per il concordato maggiore dall'art. 84. Se è vero, infatti, che la disciplina del concordato preventivo è destinata ad integrare le lacune delle disposizioni in tema di concordato minore, è peraltro vero che ciò può avvenire soltanto nei limiti di un giudizio di “compatibilità”; compatibilità che non appare sussistente quante volte il richiamo complicherebbe eccessivamente la regolamentazione dello strumento minore e determinerebbe effetti in *malam partem*, essendo la normativa in tema di sovraindebitamento chiaramente ispirata da un *favor debitoris*.

Correttamente, pertanto, Trib. Bologna, 17 ottobre 2023, Rimondini, ha ritenuto che debba ritenersi ammissibile la proposta di concordato minore in continuità indiretta.

Sul tema si può ricordare Trib. Salerno, 5 luglio 2023, Faracchio, secondo cui vanno dichiarate inammissibili la domanda di concordato minore e l'istanza di sospensione delle procedure esecutive in corso formulate con ricorso di contenuto sostanzialmente identico a quello dichiarato inammissibile il giorno precedente perché, avendo le stesse domande e lo stesso piano, non essendo stati introdotti elementi di novità, si tratta di una riproposizione della medesima domanda in pendenza dei termini per l'impugnazione del provvedimento che ha definito il primo procedimento; perché, implicando una litispendenza riconducibile all'art. 39 c.p.c., concreta la violazione del principio generale, anche di rilevanza costituzionale, del *ne bis in idem*; perché la riproposizione della domanda, con il palese scopo di differire la vendita nella parallela procedura di esecuzione immobiliare, comporta un inammissibile abuso degli strumenti processuali, concreta la violazione dei canoni della correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo.

Il rinvio alle norme del concordato preventivo è stato praticato da Trib. Avellino, 19 gennaio 2023, Russolillo, in tema di transazione fiscale, rilevando che al concordato minore trova applicazione la disciplina del trattamento dei crediti fiscali, dettata dall'art. 88 CCII per il concordato preventivo, nella parte in cui prevede che i crediti erariali assistiti da privilegio e quelli chirografari, debbano essere soddisfatti dal piano di concordato in misura non deteriore rispetto ai crediti del medesimo rango; inoltre, si è ritenuto che i crediti tributari, anche chirografari, per i quali non è previsto l'integrale pagamento, debbano essere classati separatamente, in conformità all'art. 85 comma 2 CCII, applicabile al concordato minore.

Da notare, quanto alla formulazione del piano, che lo stesso è ispirato al principio di atipicità, cioè alla regola della soddisfazione con qualsiasi utilità dei creditori, fermo il principio di non poter trattare i creditori privilegiati in modo deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria: Trib. Forlì, 14 gennaio 2023, Vacca, ha perciò ritenuto che debba ritenersi ammissibile la proposta di concordato minore prevedente la messa a disposizione della procedura, da parte di un terzo e con rinuncia al regresso, di una somma corrispondente al controvalore dell'abitazione del sovraindebitato oggetto di esecuzione forzata, con conseguente mantenimento della proprietà del bene in capo al debitore medesimo.

Sulla fase esecutiva, invece, il Trib. Milano, 26 settembre 2022, Barbieri, ha ritenuto che il principio di competitività introdotto nel concordato minore dall'art. 81 CCII, per cui "alle vendite e alle cessioni, se previste dal piano, provvede il debitore, tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sotto il controllo e con la collaborazione dell'OCC, sulla

base di stime effettuate”, conforma tutto il sistema delle procedure concorsuali, ivi comprese quelle in materia di sovraindebitamento, dovendosi ritenere applicabili anche al concordato minore i principi di cui all’art. 91 CCII (già art. 163-*bis* l.fall.), che disciplina le offerte concorrenti nel concordato preventivo. In forza di detto richiamo, essendo la proposta caratterizzata dalle offerte di acquisto di beni del debitore da parte di un soggetto già individuato e verso un corrispettivo in denaro, risulta necessario procedere all’apertura di una procedura competitiva che garantisca la comparabilità delle offerte, dovendosi nel caso di specie preventivamente sondare il mercato alla ricerca di soggetti interessati - mediante invito a manifestare interesse -, riservando all’esito di tale operazione la determinazione delle specifiche condizioni e garanzie di vendita con successivo proprio decreto.

Il S.C. si è occupato di questioni inerenti al voto ed alle possibilità impugnatorie. Per **Sez. 1, n. 22797/2023, Vella, Rv. 668685-02**, con decisione che appare applicabile *mutatis mutandis* anche dopo l’entrata in vigore del nuovo Codice della crisi, in tema di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento ex l. n. 3 del 2012, va necessariamente prevista l’ammissione del creditore ipotecario al voto, non solo in relazione alla parte falciata della sua pretesa, ma anche con riferimento alla perdita economica subita in ragione della dilazione di pagamento impostagli, conseguendone, in mancanza, l’inammissibilità della proposta di accordo.

Sui profili processuali e, in particolare, sulle impugnazioni esperibili, la stessa decisione ha stabilito che è ammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento del tribunale, in composizione collegiale, di accoglimento del reclamo proposto contro il provvedimento di omologazione, da parte del giudice monocratico, di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento proposto ai sensi degli artt. 10 e ss. della l. n. 3 del 2012 (e succ. mod.), trattandosi di provvedimento avente carattere decisorio e definitivo, tenuto conto della natura contenziosa del procedimento e della sua idoneità ad incidere su diritti soggettivi, regolamentando in modo incontrovertibile la dedotta situazione di sovraindebitamento.

Su questo specifico profilo di indagine, si consulti anche **Sez. 1, n. 22616/2023, Caiazza, Rv. 668434-01**, per la quale il provvedimento con cui il tribunale rigetta o, come nella specie, dichiara inammissibile il reclamo proposto da un creditore avverso il decreto di apertura della liquidazione del patrimonio del debitore è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione dal medesimo creditore, già in via esecutiva al momento dell’apertura della procedura concorsuale, sussistendo un interesse giuridicamente tutelato a veder riconosciuto, per effetto del provvedimento giudiziale di revoca del decreto

reclamato, il diritto a procedere individualmente, in via esecutiva, nei confronti del proprio debitore.

#### **4. La ristrutturazione dei debiti del consumatore.**

Con riferimento all'indebitamento del consumatore assume una particolare rilevanza il tema della sua "meritevolezza".

Afferma, infatti, l'art. 69 c.c.i. che il consumatore non può accedere alla procedura disciplinata in questa sezione se è già stato esdebitato nei cinque anni precedenti la domanda p ha già beneficiato dell'esdebitazione per due volte, ovvero ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.

App. Firenze, 8 novembre 2023, Nannipieri, ha ritenuto che l'art. 69 CCII consente di ritenere superate le precedenti soluzioni interpretative fondate sul testo originario dell'art. 12 l. 3/2012, che ritenevano meritevole il consumatore solo in caso di assunzione di obbligazioni proporzionate alle capacità patrimoniali, con la ragionevole prospettiva di poterle adempire, salvo eventi sopravvenuti non imputabili; nella valutazione delle condizioni soggettive ostative alla ristrutturazione dei debiti del consumatore *ex art. 69 CCII*, la originaria sproporzione tra capacità reddituali-patrimoniali ed obbligazioni assunte mantiene rilievo, specie ove sia palese e manifesta, ma nell'ambito di una valutazione complessiva di tutti gli elementi desumibili dalla relazione dell'OCC, da operarsi secondo la nuova regola di giudizio normativa che esclude l'accesso alla procedura solo in caso di condotta particolarmente censurabile in termini di colpa grave, malafede o frode.

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 23 ottobre 2023, Quaranta, ha sul punto collegato lo stato soggettivo del debitore alla violazione degli obblighi di valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore: il principio del c.d. "prestito responsabile", logico corollario dell'art. 124-*bis*, comma 1, T.U.B., grava di una serie di obblighi d'informazione e di assistenza precontrattuale l'intermediario finanziario, sicché il sovraindebitamento derivante dalla conclusione del contratto di finanziamento sarà riconducibile in relazione causale allo stesso intermediario; la violazione degli obblighi sulla valutazione del merito creditizio, in ragione dell'affidamento riposto dal debitore sulla capacità di valutazione dell'intermediario finanziario, consente inoltre di eliminare, o attenuare fortemente, il grado di colpa del consumatore limitandone la responsabilità alle sole ipotesi di dolo o mala fede. Per Trib. Modena, 12 settembre 2023, Bianconi, invece, la ludopatia patologica non rappresenta circostanza idonea ad elidere la meritevolezza del debitore tanto più nei casi in

cui il percorso di recupero sia fattivamente intrapreso sotto la sorveglianza di un Amministratore di sostegno all'uopo nominato.

Altro tema discusso è quello relativo alla durata del piano. Se nel vigore della l. n. 3 del 2012 sembravano prevalere interpretazioni piuttosto restrittiva, si notano nelle più recenti prese di posizione della giurisprudenza di merito tendenze più "largheggianti". Per Trib. Trani, 2 maggio 2023, Stano, infatti, è ammissibile il piano di ristrutturazione dei debiti proposto dal consumatore *ex* art. 67 CCII avente una durata di sette anni, fondato sulla garanzia del terzo di immettere finanza esterna per il suo adempimento mediante ratei mensili futuri; mentre Trib. Treviso, 9 novembre 2023, Uliana, ha ammesso un piano della durata di nove anni.

### **5. Profili problematici relativi alla liquidazione controllata e all'attività liquidatoria dei beni.**

Come è noto, la liquidazione controllata ha preso il posto della precedente liquidazione del patrimonio, ed è disciplina agli artt. 268 e ss. del nuovo Codice. Come un "piccolo" fallimento, in effetti, la novità principale è data dal fatto che la sua apertura può avvenire anche ad istanza di uno o più creditori, purché il debitore si trovi in una situazione di insolvenza vera e propria e si rilevi l'esistenza di un indebitamento di almeno 50.000 euro. Su questo punto specifico si è osservato che il limite minimo del credito per l'apertura della procedura di liquidazione controllata, indicato all'art. 268 c.2 CCII, deve ritenersi riferito all'ammontare complessivo dei debiti emersi all'esito della relativa istruttoria, non già al credito del procedente (Trib. Lucca, 11 ottobre 2023, Capozzi).

In tema di apertura della procedura di liquidazione controllata ad istanza del creditore, Trib. Bergamo, 7 dicembre 2023, Conca, ha osservato quanto segue: la necessaria "assistenza" dell'OCC è prevista dall'art. 269 CCII con esclusivo riferimento alla domanda di liquidazione controllata proposta dal debitore e non anche con riferimento alla domanda formulata dal creditore; trattasi di un'assistenza deputata a sopperire all'assenza di una necessaria difesa tecnica (potendo il debitore presentare la domanda personalmente) e finalizzata ad attestare la completezza ed attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda nonché ad illustrare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore, senza che l'iniziativa "ostile" da parte del creditore possa essere impedita o ritardata dall'insussistente contributo dell'OCC, perché non designato, ferma la possibilità per il liquidatore nominato, valutata l'insussistenza di attività liquidatoria in alcun modo utile per la massa,

di chiedere l'immediata chiusura della liquidazione stessa, in ispecie in caso di carenza di risorse per il pagamento di spese in prededuzione.

Nei casi in cui la richiesta provenga dal debitore, come invece avveniva in modo esclusivo nel vigore della l. n. 3 del 2012, il ruolo dell'OCC (o meglio, del gestore da questi nominato) è certamente centrale. Affinché tale compito sia svolto con completezza, si è posto il problema se lo stesso possa accedere alle banche dati informatiche di enti, banche, ecc. ... che riguardano la posizione patrimoniale e reddituale del debitore. Su questo profilo, Trib. Rimini, 18 aprile 2023, Miconi, ha ritenuto che in assenza di una specifica disposizione contenuta nel nuovo Codice l'art. 15 l. 3/2012, che ha istituito e definito gli OCC, sia norma tuttora vigente, in assenza di una nuova disciplina "organica" di fonte primaria che abbia sostituito tutte le sue disposizioni; Trib. Genova, 7 novembre 2022, Braccialini, con la medesima finalità, ha invece ritenuto possibile concedere un'autorizzazione ai sensi dell'art. 155-*bis* disp. att. c.p.c.

Sul tema della nomina del liquidatore si può già profilare un contrasto interpretativo.

Per Trib. Salerno, 10 luglio 2023, Serretiello, il tribunale non può confermare come liquidatore il professionista che ha svolto le funzioni di OCC *ex* art. 269 CCII qualora non sia iscritto all'Albo di cui all'art. 356 CCII perché per la nomina del liquidatore nella procedura di liquidazione controllata, i criteri di cui all'art. 270, comma 2, lett. b), CCII, devono essere coordinati con il disposto del successivo art. 356 CCII; la mancata iscrizione all'albo dei soggetti incaricati dall'A.G. alle funzioni di gestione e controllo nelle procedure di cui al Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza in capo al professionista in principio designato dall'OCC concreta i "giustificati motivi", *ex* art. 270, comma 2, lett. b) CCII, per nominare un liquidatore diverso, da scegliersi tra gli iscritti nell'elenco dei gestori della crisi (di cui al decreto del Ministro della Giustizia n. 202 del 24 settembre 2014) residente nel circondario del tribunale di riferimento.

Invece Trib. Vicenza, 12 giugno 2023, Cazzola, ha ritenuto che nella procedura di liquidazione controllata, il tribunale può nominare liquidatore il professionista individuato dal referente dell'OCC che ha gestito la fase anteriore all'apertura della liquidazione, anche se non è iscritto all'Albo Nazionale previsto dall'art. 356 CCII.

Anche la durata della procedura liquidatoria è stata oggetto di alcuni interrogativi. Mentre, infatti, la l. n. 3 del 2012 indicava espressamente la durata della medesima in un quadriennio, disponendo altresì che il liquidatore dovesse provvedere a cedere a terzi quei crediti il cui incasso avesse una tempistica superiore al quadriennio e, quindi, incompatibile con la celerità impressa alla

procedura, il nuovo Codice non dedica alcuna espressa disposizione a questo profilo temporale.

Per Trib. Arezzo, 3 marzo 2023, Est. Pani, risulta manifestamente irragionevole la disciplina della liquidazione controllata nella parte in cui non prevede un termine minimo di durata della procedura in presenza di un attivo costituito soltanto dai redditi sopravvenuti in corso di procedura.

Trib. Imperia, 17 ottobre 2023, De Sanctis, ha invece sottolineato la distinzione fra durata della procedura ed esdebitazione: nella procedura di liquidazione controllata, la durata della procedura è dipendente dal tempo richiesto per la liquidazione dei beni, con la conseguenza che la liquidazione non può essere chiusa finché vi siano beni da liquidare, e sempre che i creditori non siano già stati soddisfatti; pertanto, tenuto conto della possibilità del debitore di ottenere l'esdebitazione automatica decorsi tre anni dall'apertura della procedura, nondimeno l'attività liquidatoria può proseguire, anche a fronte dell'esdebitazione, considerato che la legge non prevede l'emissione di un formale provvedimento di chiusura della liquidazione al verificarsi dell'effetto esdebitatorio.

In tema di attività liquidatoria dei beni del debitore, ricordato il principio generale del ricorso a procedure competitive, si possono richiamare alcune decisioni su aspetti in qualche modo critici. Per Trib. Lodi, 12 giugno 2023, Cappello, poiché ai sensi dell'art. 8, comma 2, L. n. 590/1965 la prelazione agraria non è consentita nei casi di vendita forzata, liquidazione coatta, fallimento ed espropriazione, può ritenersi che la stessa non sia applicabile nel caso di vendita effettuata in danno al debitore, cioè senza il suo consenso, come accade nella liquidazione del patrimonio. Per contro, ove invece la vendita avvenga in esecuzione di un piano proposto dal debitore medesimo, ovvero in esecuzione di un accordo di composizione della crisi, la stessa non appare riconducibile alla nozione di "vendita forzata", trattandosi di soluzione proposta dallo stesso debitore ricorrente, essendo piuttosto assimilabile alla procedura di concordato preventivo, per la quale è applicabile la prelazione agraria (sul punto è stata richiamata a sostegno Cass. n. 4935/2010).

Trib. Treviso, 3 aprile 2023, Casciarri, ha invece notato, con principio applicabile anche nel vigore del nuovo codice, almeno sino alla maturazione dell'esdebitazione da parte del debitore, che in tema di sovraindebitamento, la liquidazione del patrimonio include, tra i beni sopravvenuti, ai sensi dell'art. 14 *undecies* della l. n. 3/2012 anche le somme riscosse dopo l'apertura del procedimento dalla debitrice a titolo di riscatto in relazione a polizze di assicurazione sulla vita.

Secondo Trib. Siracusa, 31 marzo 2023, Maida, la cessione di crediti che maturano dopo l'apertura della liquidazione controllata non ha effetto nei confronti della procedura anche quando l'atto di cessione sia stato debitamente reso opponibile a norma dell'art. 145 CCII, ostandovi il principio, sancito dall'art. 142, comma 2, CCII, per cui sono compresi nell'attivo i beni che pervengono al debitore in seguito al suo spossessamento. Di conseguenza, benché ne sia stata disposta l'assegnazione forzata prima dell'apertura della liquidazione controllata, i ratei di stipendio o di pensione che maturano dopo l'ingresso in procedura sono attratti all'attivo.

Una problematica di particolare rilievo riguarda la compatibilità del c.d. privilegio fondiario con la procedura di liquidazione controllata.

Secondo una prima tesi, sostenuta ad es. da Trib. Torre Annunziata, 14 marzo 2023, Musi, il richiamo operato dall'art. 270, comma 5, CCII all'art. 150 del medesimo testo deve intendersi totalmente recettizio del sistema di regole ed eccezioni previsto da tale norma che, per la liquidazione giudiziale, contempla la clausola di salvaguardia "salvo diversa disposizione di legge", il cui principale - se non unico - referente è rappresentato dallo speciale privilegio processuale previsto dall'art. 41, comma 2, T.U.L.B.C. per il creditore fondiario, che potrà dunque continuare l'azione esecutiva individuale contro il debitore ammesso alla liquidazione. Altro orientamento, invece, rileva l'inapplicabilità del privilegio fondiario, quale privilegio speciale non estensibile analogicamente oltre all'area del fallimento (ora liquidazione giudiziale), all'ambito della liquidazione controllata: in questo senso Trib. Modena, 3 marzo 2023, Bianconi, e Trib. Verona, 20 dicembre 2022, Burti. La questione è stata recentemente assegnata, in via pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, all'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, di cui si attende l'imminente decisione.

Il tema dei rapporti fra procedure di sovraindebitamento ed esecuzioni individuali è stato affrontato da una importante decisione del S.C., che ha cercato di individuare i differenti ambiti di "competenza" del giudice dell'esecuzione e del giudice delegato alla procedura concorsuale relativa al debitore sovraindebitato.

Per **Sez. 3, n. 22715/2023, Saija, Rv. 668608-01**, i rapporti tra giudice dell'esecuzione individuale e giudice del sovraindebitamento *ex l. n. 3 del 2012* (applicabile "*ratione temporis*"), per l'ipotesi di contemporanea pendenza di procedure a carico del medesimo debitore, sono improntati a piena equiordinazione, per quanto i rispettivi poteri debbano necessariamente coordinarsi, nel rispetto delle specifiche disposizioni normative e delle corrispondenti funzioni e prerogative di ciascun giudice; pertanto, qualora a carico del debitore - proponente un accordo di composizione della crisi, ai sensi

degli artt. 6 e ss. della citata legge - siano pendenti una o più procedure esecutive individuali, il giudice delegato alla procedura concorsuale, ove ne ricorrano i presupposti, col decreto di apertura della stessa *ex* art. 10, comma 2, lett. c), l. cit., può solo pronunciare il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive, fino alla definitiva omologazione dell'accordo, ma non anche adottare provvedimenti direttamente incidenti sulle procedure stesse, riservati esclusivamente al giudice delle singole esecuzioni (oppure al giudice delle eventuali opposizioni esecutive proposte). Conseguentemente, se il giudice delegato ha pronunciato il divieto di proseguire le azioni esecutive, il giudice dell'esecuzione, se debitamente informato, è tenuto a sospendere il procedimento, previa verifica dei presupposti di cui all'art. 623 c.p.c.; nel caso di ritenuta insussistenza di questi ultimi, costituisce onere della parte interessata contestare la decisione con l'opposizione al provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione abbia disposto la prosecuzione della procedura, pena l'irretrattabilità degli effetti dell'espropriazione forzata.

# DIALOGANDO CON IL MERITO

## IL MUTUO CON AMMORTAMENTO “ALLA FRANCESE”

(DI ALESSANDRO FAROLFI)

SOMMARIO: 1. Le diverse forme di ammortamento - 2. Funzionamento del mutuo con ammortamento “alla francese”. - 3. La posizione della dottrina - 4. La questione pregiudiziale. - 5. La parola alle Sezioni Unite.

### 1. Le diverse forme di ammortamento.

In termini necessariamente schematici, si può osservare che in genere, nei finanziamenti con restituzione frazionata o graduale, ogni rata restitutoria si compone di una parte costituita dal capitale da rimborsare e di un'altra formata dagli interessi, che rappresentano il costo del finanziamento. Esistono vari metodi per elaborare il piano di ammortamento del mutuo, cioè predeterminare le rate da pagare e la loro composizione tra quota capitale e quota interessi. Il metodo di calcolo più diffuso è certamente l'ammortamento alla francese (mutuo alla francese); a questo sistema si contrappongono più alternative, di cui la principale è l'ammortamento all'italiana (mutuo all'italiana).

Orbene, la caratteristica principale del mutuo alla francese è data dal fatto che le rate sono tutte dello stesso importo, per l'intera durata del piano di rimborso o ammortamento. Proseguendo il rimborso di rata in rata si riduce la quota costituita dagli interessi ed aumenta la parte di restituzione del capitale; l'ammontare della rata e il rapporto tra le due sue parti dipendono invece dal tasso di interesse applicato. In estrema sintesi, è evidente che il vantaggio maggiore di questo metodo risiede nella possibilità per il soggetto finanziato di conoscere con esattezza e in anticipo - giacché l'importo complessivo della rata non è destinata a mutare nel tempo - quanta parte dei propri redditi saranno assorbiti dagli obblighi discendenti dal finanziamento. Lo svantaggio è invece rappresentato dal fatto che, quanto prima dovesse verificarsi l'interruzione (o anche l'estinzione anticipata) del rimborso, tanto meno capitale sarebbe stato in effetti rimborsato a scapito di una quota di interessi probabilmente pagata in eccesso rispetto al tempo di effettivo utilizzo del capitale, con conseguente necessità di riequilibrio *ex post*.

Nel piano di ammortamento all'italiana, invece, seppur resta costante l'importo della quota capitale di ogni rata, la porzione di quota di interessi pagata va a decrescere nel corso del tempo: in questo sistema l'entità della rata è perciò maggiore all'inizio del rapporto, per poi tendere a ridursi nel corso del tempo,

ed a fronte di tale svantaggio (un maggiore assorbimento di liquidità nella fase iniziale), il vantaggio principale è dato da una maggiore velocità di restituzione del capitale ricevuto e di un sensibile risparmio nel costo complessivo del finanziamento.

Una ulteriore variante è costituita dal piano di ammortamento c.d. bullet, impiegata in alcuni casi di crisi di impresa e di trasferimenti di asset aziendali: con questa metodologia il soggetto finanziato paga periodicamente i soli interessi provvedendo poi alla restituzione del capitale in una unica soluzione finale, al termine del periodo di ammortamento previsto, solitamente pluriennale. Il vantaggio di questo metodo è dato, essenzialmente, dal limitato impegno finanziario iniziale, destinato a permanere per tutta la durata dell'ammortamento contrattuale, mentre lo svantaggio è quello del rilevantissimo esborso finale in una unica soluzione (in alcune varianti a sua volta rifinanziabile): questa tipologia di finanziamento interessa essenzialmente chi acquista un bene produttivo o un'azienda che necessita di investimenti iniziali, sul presupposto che nel corso del rapporto la redditività e l'aumento di produttività della stessa consentirà al soggetto finanziato di ottenere sufficienti utili destinabili a riserva, con i quali far fronte - alla data di scadenza contrattuale del mutuo - all'intera restituzione del capitale ottenuto.

L'ammortamento "tedesco", infine, costituisce una ulteriore variante del bullet, scarsamente utilizzata nel nostro paese, con la quale gli interessi vengono pagati anticipatamente (una sorta di "maxi rata" iniziale o rate di preammortamento), mentre il capitale viene restituito alla scadenza finale del contratto.

## **2. Funzionamento del mutuo con ammortamento "alla francese".**

L'utilizzo del metodo di ammortamento "alla francese" da parte delle banche, ai fini della preventiva individuazione degli obblighi restitutori in capo ai soggetti finanziati è estremamente diffusa, proprio per la sua idoneità ad individuare l'entità di ciascuna rata restitutoria ed il numero complessivo delle stesse, così da perseguire l'obiettivo per gli istituti di credito ed i finanziatori di poter valutare la solvibilità del cliente finanziato secondo termini previsionali molto predittivi e, per i soggetti finanziati, di poter anticipatamente individuare quale parte del proprio reddito sarà assorbita dall'impegno restitutorio periodico che viene assunto quale corrispettivo del godimento del denaro ricevuto.

La diffusione di questo strumento giuridico è tale che il sito ufficiale della Banca d'Italia, nella sezione servizi al cittadino, economia per tutti - calcolatori, afferma: *"La rata è composta da due elementi: quota capitale, cioè l'importo del finanziamento restituito; quota interessi, cioè l'interesse maturato. Esistono diversi meccanismi*

di restituzione del finanziamento. In Italia, il piano di ammortamento più diffuso è il metodo cosiddetto “francese”: la rata di importo fisso è composta da una quota capitale crescente e da una quota interessi decrescente. A parità di importo del finanziamento e di tasso di interesse, quanto più breve è la durata, tanto più alte sono le rate, ma più basso è l'importo dovuto per gli interessi; quanto più lunga è la durata, tanto maggiore è l'importo dovuto per gli interessi ma più basse le rate”<sup>1</sup>.

Tale meccanismo consente, attraverso una *utility* presente nella medesima sezione del sito internet, di individuare quale importo può essere finanziato a partire dall'entità della rata che il soggetto interessato al finanziamento è disposto a pagare: “Questo calcolatore consente di simulare - dato l'importo della rata (mensile, trimestrale, semestrale, annuale) che puoi permetterti di pagare, il tasso di interesse e la durata del mutuo - la somma che potresti ottenere in prestito. Avrai anche la possibilità di valutare come cambia la rata a seguito di variazioni che potrebbero intervenire sulla durata, ipotizzando mutui con durata inferiore di 5 e 10 anni, e superiore, sempre di 5 e 10 anni, rispetto a quella da te inserita”<sup>2</sup>.

Naturalmente si tratta di strumenti di prima approssimazione e non vincolanti rispetto ai concreti rapporti di mutuo accessi dalle controparti contrattuali, ma la loro rilevazione testimonia sia la diffusione del metodo di ammortamento alla francese sia, tutto sommato, la prevedibilità dei costi e la confrontabilità rispetto ai singoli finanziamenti che le banche e gli altri intermediari finanziari dovessero in concreto proporre a specifici clienti (naturalmente per forme di finanziamento a “tasso fisso” o con invarianza del tasso durante il rapporto, presupposto comune anche alla descrizione dei diversi ammortamenti che si è in precedenza svolta).

Entrando più nello specifico, il piano di ammortamento alla francese di basa sulla seguente formula di matematica finanziaria:

$$R = \frac{iC}{1 - (1 + i)^{-n}}$$

<sup>1</sup> <https://economiepertutti.bancaditalia.it/calcolatori/calcolatore-della-rata-del-mutuo/>

<sup>2</sup> <https://economiepertutti.bancaditalia.it/calcolatori/calcolatore-del-capitale-finanziabile-a-partire-dalla-rata/>

Dove per “R” abbiamo l’importo della rata costante, per “n” il numero dei pagamenti richiesti per restituire il capitale “C”, mentre “i” è il tasso di interesse applicato.

Due Autori<sup>3</sup>, sia pure giungendo come meglio si vedrà al paragrafo successivo a diverse conclusioni giuridiche, utilizzano le due medesime tabelle di comparazione esemplificativa fra il metodo di ammortamento alla “francese” e quello all’ “italiana”; pare quindi possibile utilizzarle anche in questa sede per apprezzare in modo ancora più chiaro il differente funzionamento dei due sistemi di calcolo degli obblighi restitutori.

In caso di prestito di 100.000 euro, con una durata di 10 anni da remunerare al 3% annuo di interesse, prevedendo per semplicità una sola rata annuale ed ipotizzando - *ceteris paribus* - l’invarianza del tasso di interesse per tutta la durata contrattuale o una stipulazione a “tasso fisso”, si determinano dal punto di vista economico le seguenti conseguenze:

tabella 1: modalità “italiana” (quote capitale costanti, convenzione naturale per servizio degli interessi: a fine di ogni anno, si pagano tutti quelli generati nell’anno)

anno	deb. residuo a inizio anno	pagamenti a fine anno		
		c/interessi	c/capitale	totale
1	100.000	3.000	10.000	13.000
2	90.000	2.700	10.000	12.700
3	80.000	2.400	10.000	12.400
4	70.000	2.100	10.000	12.100
5	60.000	1.800	10.000	11.800
6	50.000	1.500	10.000	11.500
7	40.000	1.200	10.000	11.200
8	30.000	900	10.000	10.900
9	20.000	600	10.000	10.600
10	10.000	300	10.000	10.300

Per un rimborso complessivo di euro 116.500.

<sup>3</sup> Cfr. CACCIAFESTA, *Osservazioni sull’articolo “mutuo alla francese” di N. De Luca*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2021, 4, 627; DE LUCA, *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminatezza od altro. Di sicuro, c’è qualcosa che non va*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2021, 233; entrambi meglio richiamati al par. 5.

tabella 2: modalità “francese” (annualità costanti, convenzione naturale per il servizio degli interessi: v. sopra)

anno	deb. residuo a inizio anno	pagamenti a fine anno		
		c/interessi	c/capitale	totale
1	100.000	3.000	8.723	11.723
2	91.277	2.738	8.985	11.723
3	82.292	2.469	9.254	11.723
4	73.038	2.191	9.532	11.723
5	63.506	1.905	9.818	11.723
6	53.688	1.611	10.112	11.723
7	43.576	1.307	10.416	11.723
8	33.160	995	10.728	11.723
9	22.432	673	11.050	11.723
10	11.382	341	11.382	11.723

Per un rimborso complessivo di euro 117.230.

Come si può vedere dall'esempio, a parità di importo finanziato (100.000 euro) e di durata del piano di rimborso (decennale) il finanziamento alla francese comporta, a parità di tasso di interesse nominale, un costo superiore, contenuto nell'importo di euro 730.

Su tale differenza si fonda, in buona sostanza, una accesa diatriba dottrinale (ed anche una certa divisione nella giurisprudenza di merito) rilevando taluni, come meglio si vedrà al paragrafo successivo, che tale discrasia sarebbe la spia della presenza di interessi “composti” e quindi anatocistici vietati, mentre altri autori, forse la maggioranza, escludono che tale differenza sia il frutto di un meccanismo anatocistico di produzione degli interessi, rilevando piuttosto che la formula di matematica finanziaria sopra richiamata sia frutto di scarsa comprensione della medesima da parte dei giuristi: nessuna anatocismo la stessa comporta, ma la differenza sarebbe semplicemente l'effetto - che viene peraltro riconosciuto - della minor velocità con cui avviene la restituzione del capitale, essendo evidente che nella prima parte della restituzione alla francese” si rimborsa minor capitale che, quindi, in ragione del maggior tempo di impiego, produce una maggiore quota di interessi pur a parità di tasso nominale.

### 3. La posizione della dottrina.

Come si è anticipato, la posizione della dottrina in questa materia è segnata da una evidente spaccatura, che giunge in taluni casi ad una sorta di polemica diretta, con articoli che si pongono quasi come un reciproco “botta e risposta”.

Un dato comune, peraltro, è dato da una generale insoddisfazione per la capacità di tradurre i concetti di matematica finanziaria in termini giuridici effettivamente rispondenti, rispetto ad un fenomeno per il quale, tutto sommato, l'interesse della dottrina è piuttosto recente.

Il primo provvedimento di merito che si è occupato del mutuo alla francese è, con ogni probabilità, rappresentato dalla decisione di Trib. Bari, Sez. dist. Rutigliano, 29 ottobre 2008, che destò particolare interesse proprio per aver ritenuto che tale tipologia di contratto contenesse interessi anatocistici comportanti una nullità (parziale) contrattuale. La nota di commento, redatta da SILVESTRI e TEDESCO<sup>4</sup>, mise però in evidenza gli errori di comprensione del meccanismo finanziario compiuti dal giudice di merito, esplicitando anche con esempi il suo funzionamento dal punto di vista economico/matematico e rilevando che “Nella sentenza si discorre di interesse semplice e interesse composto e si finisce per ritenere erroneamente che il sistema francese comporterebbe la capitalizzazione degli interessi”; dovendosi piuttosto considerare che “quando il problema è quello del rimborso graduale di un prestito, il tasso di interesse espresso in ragione inferiore all'anno non esprime il periodo di capitalizzazione degli interessi, ma al contrario il periodo di pagamento degli interessi. Un esempio aiuta a chiarire la differenza fra le due ipotesi. Se una persona prende a prestito 1.000 al tasso semestrale composto del 5% per il periodo di 18 mesi, è indubbio che il tasso effettivo del prestito, espresso su base annuale, non è il doppio del 5%, ma un tasso maggiore. Ma se le condizioni di un prestito di 1.000 per 18 mesi prevedono che gli interessi del 5% semestrale siano pagati ogni sei mesi per intero, il tasso del prestito scritto su base annua è il doppio del tasso semestrale. Nella sentenza le due nozioni vengono confuse e si arriva persino a dichiarare la nullità per indeterminatezza, *ex art. 1284 c.c.*, della previsione relativa al tasso di interesse. Il che, in un contesto negoziale in cui sono indicati importo del mutuo, periodi di pagamento, il numero complessivo di rate costanti e il tasso del prestito, è una contraddizione dei termini, perché quella rata costante è conseguenza di quel determinato tasso di interesse assunto nel contratto”.

Gli Autori, pertanto, concludono affermando che “nei prestiti con rimborso graduale del capitale si registra un fenomeno di segno inverso rispetto a quanto si verifica in regime di capitalizzazione: qualora sia prevista la capitalizzazione,

---

<sup>4</sup> SILVESTRI – TEDESCO, *Sulla pretesa non coincidenza fra il tasso espresso in frazione d'anno e il tasso annuo nel rimborso rateale dei prestiti secondo il metodo (francese)*, in *Giur. Merito*, 2009, 1, 82.

il capitale che fruttifica non solo rimane uguale a se stesso, ma si arricchisce progressivamente degli interessi maturati nel precedente periodo, producendo interessi sempre maggiori; al contrario, nei mutui con rimborso graduale del prestito, ciascuna rata paga, oltre agli interessi del periodo, anche una quota del debito in linea capitale, con conseguente riduzione del capitale che fruttifica nel periodo successivo” e che, conseguentemente, “la sentenza si muove secondo una logica che non trova riscontro nel funzionamento del metodo di rimborso generalmente utilizzato in Italia per l’ammortamento dei mutui a tasso fisso (e neanche dei mutui a tasso variabile)”.

A commento della stessa decisione di merito, MACCARONE<sup>5</sup> ritiene, invece, che la previsione del mutuo alla francese non possa dare luogo ad alcun uso normativo e che, quindi, alla luce della posizione della Cassazione in tema di anatocismo bancario, ove il tasso nominale pattuito in contratto venga maggiorato in modo occulto mediante l’utilizzo di una formula matematica che prevede interessi composti, allora la conseguenza sarà la illegittimità della previsione degli interessi pattuiti. La nota di commento non contiene alcun esempio concreto e si muove su di un piano forse astratto, contenendo però nella sua conclusione una ulteriore avvertenza, circa l’esigenza di trasparenza e la necessità di evitare che la parte cliente/consumatore sia “spinta a sottoscrivere il contratto bancario in una condizione tale da impedire una scelta piena e consapevole della portata e degli effetti delle clausole sottoscritte”.

Successivamente, a commento della decisione resa da Trib. Treviso, 5 novembre 2012 (secondo cui “La forma scritta prescritta a pena di nullità dall’art. 117 T.U.B., nella logica di quello che è stato definito in dottrina come “neoformalismo comunitario”, assolve essenzialmente alla funzione di colmare il “divario informativo esistente in determinati settori tra i soggetti che vi operano professionalmente ed il contraente debole” ed ancora che “Non è in ogni caso ipotizzabile un fenomeno anatocistico derivante dal piano di ammortamento alla francese del mutuo, in quanto, ... il principio dell’interesse composto posto alla base del piano di ammortamento alla francese, nel rendere uguali il capitale mutuato con la somma dei valori attuali di tutte le rate previste dal piano di ammortamento, non provoca alcun fenomeno anatocistico nel conteggio degli interessi contenuti in ogni singola rata”) si può rinvenire la nota

---

<sup>5</sup> MACCARONE, *Commento a Trib. bari, sez. Rutigliano, 29 ottobre 2008*, in *Contratti*, 2009, 3, 221.

di commento di CECCHETTO<sup>6</sup>, il quale annota positivamente la sentenza trevigiana, criticando invece la precedente pronuncia barese, rilevando come “nel mutuo bancario è peculiare (se non fondamentale) la circostanza che la banca concordi col soggetto mutuatario le tempistiche di restituzione del dovuto fin dalla stipula del contratto. In altre parole, i contraenti fissano fin dal principio un vero e proprio piano di rientro rateale, specificando ammontare e cadenza dei rimborsi periodici. La somma pagata dal debitore a ogni scadenza è la rata di ammortamento, che si compone di due parti: una quota di interessi (sempre decrescente), utile per pagare gli interessi sul debito di quel periodo, ed una quota di capitale per rimborsare una parte del prestito...a seconda che la quota capitale sia costante o progressiva, si potranno avere due piani di ammortamento: o uniforme (all’italiana), ove avremo rate decrescenti, oppure alla francese, con rate costanti”. Esponendo anche un esempio di ammortamento, l’Autore evidenzia che “normalmente la quota interessi di una rata è costituita dagli interessi sul debito residuo del periodo precedente (motivo per il quale nella prima rata gli interessi si calcolano sulla somma mutuata totale). Si badi che l’accordo tra le parti su somma mutuata, tasso e numero di rate (costanti) è sufficiente a delineare fin dalla conclusione del contratto il piano di ammortamento, che resta assolutamente sottratto a qualsiasi possibilità di intervento successivo del mutuante. Ecco perché alla luce di quanto sopra, non sono condivisibili le critiche mosse dalla sentenza del foro barese al sistema francese: critiche incentrata sull’indeterminatezza del tasso di interesse (art. 1284 c.c.) e sull’applicazione illegittima di interessi anatocistici (art. 1283 c.c.). Come abbiamo visto, l’indeterminatezza va esclusa, alla luce delle formule e dei calcoli che, una volta pattuiti nel contratto gli elementi essenziali, sono una mera conseguenza matematica degli stessi. Quanto all’anatocismo, l’equivoco di quella sentenza sta nell’aver erroneamente inteso il calcolo basato sull’interesse composto: si definisce tale quel fenomeno per cui gli interessi maturati sul debito in un dato periodo si aggiungono al capitale, così costituendo il capitale di partenza per il calcolo degli interessi per il periodo successivo. Invero il problema si pone quando il mutuatario cessa di pagare le rate: si impone una verifica sugli interessi maturati al momento della decadenza dal beneficio del termine, per escludere che siano stati pagati più interessi di quelli dovuti. In realtà, come abbiamo visto interessi e capitale rimangono ben distinti nel

---

<sup>6</sup> CECCHETTO, *Ammortamento alla francese e forma scritta nei contratti bancari: questioni vecchie e nuove*, in *Foro Padano*, 2014, 2, 227.

computo francese...sorprese come la capitalizzazione degli interessi sono esclusi da una corretta applicazione del sistema francese”.

Successivamente, va ricordata la decisione del Trib. Milano, 30 ottobre 2013, nella quale venne dichiarata, a seguito dell'espletamento di una CTU contabile, la nullità parziale di una clausola negoziale con cui erano stati pattuiti gli interessi a causa della indeterminatezza degli elementi inseriti in contratto (basati su una rata di preammortamento e su tre elementi incidenti in modo distinto sul calcolo di interesse variabile applicato alle rate semestrali restitutorie), escludendosi che ciò comportasse una nullità dell'intero contratto, ma la sostituzione del tasso indeterminato con quello legale di cui all'art. 1284 c.c., escludendo peraltro che il metodo di ammortamento alla francese comportasse fenomeni anatocistici. La relativa nota di commento, elaborata da CAMARDI<sup>7</sup>, evidenzia come non fosse corretta la lettura che di tale decisione era stata resa - quale decisione intesa a stigmatizzare il sistema di ammortamento alla francese in sé - dovendosi invece ritenere “che un'attenta analisi della decisione non consente di pervenire alla prima conclusione, e che pertanto le clausole di ammortamento alla francese sembrano valide e legittime, come tutte le altre, alla normale e ovvia condizione che il contratto che le prevede le regoli con chiarezza, determinazione e trasparenza, così come richiesto dal codice civile e dal T.U.B. in maniera particolare per i contratti bancari”. L'Autore evidenzia altresì che “la circostanza per la quale la quota interessi inclusa nelle rate sia decrescente a fronte della quota capitale (che invece è crescente) produce in primo luogo - è vero - la conseguenza di un maggior costo complessivo del mutuo rispetto ad altri sistemi di ammortamento. Ma di per sé non produce certo illegittimità del metodo. Soffermandosi un momento sul punto, infatti, l'osservazione per la quale la composizione delle rate comporta il pagamento anticipato degli interessi, costituisce un rilievo di poco momento, atteso che l'art. 1194 c.c. espressamente prevede la priorità dell'imputazione del pagamento agli interessi piuttosto che al capitale, salvo il consenso del creditore alla diversa imputazione. Si tratta, come noto, di un criterio legale, ancorché a carattere dispositivo, inteso a garantire la naturale fruttuosità del denaro insieme con la remunerazione di chi, dandolo a prestito, se ne priva”. Nello scritto si evidenzia, ancora, come un rischio di anatocismo si possa configurare soltanto nel caso di inadempimento del mutuatario, per l'applicazione di interessi moratori sulla rata (come tale

---

<sup>7</sup> CAMARDI, *Mutuo bancario con piano di ammortamento” alla francese”, nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale*, in *Banca borsa e tit. Credito*, 2015, II, 51.

comprensiva di interessi), ma si evidenzia altresì che questo è problema comune ad ogni mutuo con restituzione frazionata, quale che sia il metodo di capitalizzazione utilizzato, concludendo infine che “si ribadisce che il metodo non presenta in quanto tale alcun profilo di illegittimità. Né con riguardo al meccanismo della prioritaria imputazione del pagamento agli interessi (*ex art. 1194 c.c.*); né con riguardo al calcolo tipico degli interessi, automaticamente computati rata per rata soltanto sul capitale residuo e perciò a scalare (*ex art. 1283 c.c.*)”, rilevando altresì che lo strumento presenta un vantaggio nella parte in cui consente al mutuatario di pianificare l’ammortamento del mutuo con accantonamenti costanti e perciò semplici da inserire nel proprio piano finanziario prospettico.

L’interesse scientifico per questo tipo di ammortamento si riaccende nel 2019, ove si rinvencono due contributi pubblicati su riviste specialistiche. Nel primo<sup>8</sup>, alla nota 1 si evidenzia espressamente che “Non si ritiene che l’anatocismo possa identificarsi tout court con il regime composto. Anatocismo è un termine dal rilievo squisitamente giuridico: è alieno alla matematica finanziaria, alla quale è familiare il termine ‘interesse composto’, analogo all’uso inglese di *‘compound interest’* impiegato nel *common law* per l’anatocismo. Il regime dell’interesse composto non si pone in un rapporto di sinonimia con l’anatocismo, bensì costituisce il *genus* nel cui ambito si colloca l’anatocismo come *species*: quest’ultimo, inteso come produzione di interessi su interessi, non esaurisce l’intero ambito di applicazione del regime composto. Per interessi che vengono a scadere e risultano pagati, prima ancora della scadenza del capitale, si verte in capitalizzazione composta, ma può risultare assente la spirale ascendente di lievitazione degli interessi che, contravvenendo al principio di proporzionalità dell’art. 821 c.c., caratterizza e qualifica l’anatocismo”. Tanto è vero, aggiungono gli Autori, che “Nel mutuo, qualunque sia la tipologia di piano di ammortamento e/o il regime finanziario adottato, una problematicità anatocistica, nel senso strettamente letterale di produzione di interessi su interessi scaduti, nel senso di maturati ed esigibili, *ex art. 1283 c.c.*, si pone esclusivamente in caso di insolvenza alla scadenza della rata e attiene precipuamente agli interessi di mora, non certo agli interessi corrispettivi che risultino regolarmente pagati alla scadenza della rata. Nei finanziamenti a rimborso graduale, ancorché la rata dell’ammortamento sia convenuta e

---

<sup>8</sup> MARCELLI – PASTORE – VALENTE, *L’ammortamento alla francese. Matematica e diritto: quando la scienza vien piegata a negar se stessa*, in *Diritto della banca e del mercato finanz.*, 2019, 2, 249.

determinata nel regime finanziario composto, gli interessi, maturati sul capitale residuo, risultando sistematicamente pagati ad ogni scadenza, rimangono esclusivamente ‘primari’ (interessi su capitale), non ricorrendo produzione alcuna di interessi ‘secondari’ (interessi su interessi)”. Nel prosieguo si evidenzia, tuttavia, che un problema di anatocismo “implicito” si potrebbe porre nella individuazione del valore della rata pattuita posto che gli interessi dovrebbero computarsi sulla rata (capitale) in scadenza e non sul capitale residuo. Rilevando poi, ulteriormente, come con tale metodo si possa incorrere in un deficit di trasparenza che impedisce al mutuatario, pur se indicati la rata ed il tasso, di comprendere le “peculiarità che contraddistinguono il criterio di rimborso prescelto”, tanto da determinare una opacità ingiustificabile.

Nello stesso anno anche il contributo di CACCIAFESTA<sup>9</sup>, evidenzia una sorta di “dialogo tra sordi” rilevando una netta cesura fra “colpevolisti” e “innocentisti”: per i primi la rata costante è determinata con una formula che prevede un interesse composto, da cui la sua illegittimità; per i secondi, invece, si obietta che il debitore azzeri ad ogni scadenza la misura degli interessi generati, che dunque non ne possono produrre di ulteriori. L’A. conclude evidenziando come tutti gli ammortamenti conosciuti, abbiano in sé un meccanismo di computo dell’interesse che dal punto di vista matematico/finanziario deve ritenersi composto, pur senza esprimersi sulla liceità o meno di tale aspetto, rilevando che lo stesso discende dalla circostanza che in tutti questi tipi di rimborso il pagamento degli interessi non è contemporaneo al rimborso del capitale cui essi sono relativi (tanto che al par. 6 si evidenzia che ciò avviene sia nei prestiti “bullet” che in quelli con ammortamento “italiano”) e che lo stesso finisce in realtà per esprimere l’uguaglianza finanziaria “in valor attuale tra quanto ciascuna delle due parti prende e quanto dà” e che rappresenta la “condizione di chiusura” o “di equilibrio” del finanziamento ad ammortamento progressivo.

Negli anni successivi si nota una maggiore frequenza di contributi dottrinali, molto spesso in diretta polemica fra loro.

MARCELLI<sup>10</sup> infatti, ribadisce le proprie perplessità su tutti i mutui con rimborso graduale, rilevando che gli stessi contengono un meccanismo implicito

<sup>9</sup> CACCIAFESTA, *Una proposta per superare il dialogo fra sordi in corso sull’ammortamento alla francese, con alcune osservazioni sul TAEG e sul TAN*, in *Giur. Comm.*, 2019, 372.

<sup>10</sup> MARCELLI, *L’anatocismo nei finanziamenti con ammortamento graduale. Matematica e diritto: due linguaggi che stentano ad incontrarsi*, in *Banca borsa e tit. Credito*, 2021, 5, 700.

di carattere composto e quindi anatocistico, pur riconoscendo che “Nel regime composto viene meno l’anatocismo se, con il pagamento degli interessi maturati alla scadenza, non si realizza il processo di produzione secondaria (interessi su interessi) e con esso l’ascesa esponenziale con il tempo degli stessi in capo al prenditore”. Peraltro, lo stesso scritto conclude (come già quello collettaneo del 2019) ritenendo che l’anatocismo sia implicito della determinazione dell’importo della rata: “La produzione di interessi su interessi, ricompresa nel valore dell’obbligazione accessoria pattuita, rimane occultata in quanto non ricompresa nel tasso *ex art.* 1284 riportato in contratto, ma derivata dall’algoritmo di calcolo del regime composto”.

BARILLÀ - NARDINI<sup>11</sup>, con articolo pubblicato sulla stessa Rivista, dopo alcune premesse ed una critica alla già ricordata decisione di merito del Trib. Bari, sez. Rutigliano, nella quale sostanzialmente si rileva che se fosse vero quanto ivi sostenuto allora tutti i mutui che prevedono meccanismi di preammortamento dovrebbero ritenersi vietati, rilevano che “Mentre ordinariamente la rata costante dell’ammortamento alla francese viene presentata come somma di una quota capitale (crescente nel tempo) più una quota interesse calcolata come interesse semplice sul debito residuo del periodo precedente, con una sorprendente osservazione si dimostra che la rata può essere interpretata anche come somma di una quota capitale (decreciente nel tempo) più una quota interesse calcolata come interesse composto sulla medesima quota capitale” (il riferimento è agli articoli di Marcelli del 2019 e 2021, n.d.r.).

Gli Autori ricordano poi, fra l’altro, una decisione di merito (Trib. Torino, 17 settembre 2014, n. 598) secondo la quale “per quanto concerne l’ammortamento alla francese (a rata fissa costante), l’eccezione *ex art.* 1283 c.c. è manifestamente infondata”. Infatti, aggiungono, “come la giurisprudenza di merito ha ormai (si spera definitivamente) chiarito, la previsione di un piano di rimborso graduale — in particolare con rata fissa costante (c.d. alla francese) — non comporta alcuna violazione dell’art. 1283 c.c. poiché:

1. gli interessi del periodo vengono calcolati solo sul capitale residuo;
2. alla scadenza della rata gli interessi maturati non vengono capitalizzati, ma sono pagati come quota interessi della rata di rimborso, essendo tale pagamento periodico della totalità degli interessi elemento essenziale e

---

<sup>11</sup> BARILLÀ – NARDINI, *Legittimità dell’ammortamento alla francese e lo “spettro” dell’anatocismo. Un po’ di chiarezza tra matematica e diritto*, in *Banca borsa e tit. Credito*, 2021, 5, 679.

caratterizzante, in particolare dell’ammortamento alla francese dove la rata è costante e la quota capitale rimborsata è determinata per differenza rispetto alla quota interessi;

3. peraltro, visto che la rata paga, oltre agli interessi il capitale a scadere, anche una quota del debito in linea capitale — quota man mano crescente col progredire del rimborso — a ciò segue che il pagamento a scadenza del periodo  $X$  riduce il capitale che fruttifica nel periodo  $X+1$ , ossia si verifica il fenomeno inverso rispetto alla capitalizzazione”.

Riportano inoltre, con commento adesivo, una ulteriore pronuncia, rappresentata da Trib. Torino, 30 maggio 2019, n. 605, rilevando che nella formula impiegata per il calcolo della rata nell’ammortamento alla francese “il tempo (“ $n$ ”) è esponente e non fattore” risultando perciò sì implicito dal punto di vista matematico un meccanismo composto, la cui evidenza tuttavia è destinata ad annullarsi nello sviluppo del piano di ammortamento a rata costante in quanto: “1. In ogni rata, la quota interessi è calcolata tramite il prodotto fra tasso di interesse e debito residuo al termine di ciascun periodo di ammortamento e la quota capitale rimborsata per differenza tra l’ammontare della rata e gli interessi di periodo; 2. Il calcolo degli interessi sul capitale residuo comporta che gli interessi si riducano progressivamente di rata in rata in ragione dell’ammortamento del debito capitale, che — nella invarianza della rata — viene rimborsato per quote capitali crescenti”.

Ed ancora: “Nel piano di ammortamento alla francese non sussiste in realtà alcun anatocismo occulto. Infatti, sebbene la rata del mutuo venga determinata attraverso una formula finanziaria che prevede l’attualizzazione dei flussi finanziari mediante la formula dell’interesse composto, ciò non può certamente portare ad affermare l’esistenza di anatocismo, in quanto il calcolo degli interessi corrispettivi è sempre e comunque effettuato sul capitale residuo attraverso la formula dell’interesse semplice”.

CACCIAFESTA ha ribadito la propria posizione nell’anno successivo, in risposta ad un altro saggio critico<sup>12</sup>, rilevando che la formula matematica impiegata nella determinazione della rata c.d. “alla francese”, non concreta alcun

---

<sup>12</sup> CACCIAFESTA, *Osservazioni sull’articolo “mutuo alla francese” di N. De Luca*, in *Banca Borsa tit. credito*, 2022, 4, 627. L’articolo sottoposto a discussione è quello di DE LUCA, *Mutuo alla francese: anatocismo, indeterminazione od altro. Di sicuro, c’è qualcosa che non va*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2021, 233, che sottopone a critica detto metodo di ammortamento, che darebbe luogo al pagamento di interessi indebiti, proponendo egli stesso un nuovo sistema di ammortamento costituente una variante, sostanzialmente, del metodo “all’italiana”.

fenomeno anatocistico ed osserva, piuttosto, come una diversa formula proposta in dottrina (chiamato “piano italiano modificato”) abbia il solo effetto di determinare l’applicazione di un tasso di interesse effettivo inferiore rispetto a quello pattuito, il che confermerebbe paradossalmente proprio la legittimità della metodologia di calcolo usualmente impiegata.

In replica a tale articolo, sempre DE LUCA<sup>13</sup> sposta in parte il tono delle osservazioni, ravvisando nella diffusione del mutuo con ammortamento alla francese una pratica anticoncorrenziale ed attrattiva della clientela, ribadendo poi come i “nodi” maggiori siano destinati ad evidenziarsi in caso di estinzione anticipata del rapporto, momento nel quale il soggetto finanziato si troverebbe ad aver pagato interessi eccessivi ed a dover restituire una parte maggiore di capitale rispetto all’ammortamento dallo stesso Autore proposto.

Da ricordare, nello stesso 2022, anche un articolo di DOLMETTA<sup>14</sup>, pubblicato sulla stessa rivista, il quale dopo aver ricordato l’ampia diffusione nella prassi dei finanziamenti con restituzione rateale, evidenzia come il dibattito si sia spostato dalla semplice verifica dell’anatocismo a quella della imputazione dei pagamenti ed alla stessa meritevolezza *ex* art. 1322 c.c. del meccanismo pattizio che sta alla base della determinazione degli obblighi restitutori “alla francese”, nonché ai profili di determinazione del contenuto contrattuale e degli obblighi informativi necessari, distinguendo peraltro il meccanismo in sé dagli specifici contenuti contrattuali offerti in ciascuna fattispecie concreta, rilevando come la diffusività di una prassi non sia di per sé sintomo della sua legittimità. Lo stesso Autore, pure rilevando che il citato meccanismo potrebbe confliggere con la regola dell’art. 821 comma 3 c.c., dubita che quest’ultima ponga una regola inderogabile; ritiene poi scarsamente convincente l’attrazione del medesimo meccanismo nel quadro dell’anatocismo, portando poi l’attenzione sulla necessità di strutture informative che facciano comprendere al cliente, in modo reale, il meccanismo di funzionamento del finanziamento acceso con la banca, criticando in simile prospettiva alcuni pronunciamenti dell’ABF.

Nel corso dell’ultimo anno, infine, l’interesse per questa figura pare essersi acuito. MUCCIARONE<sup>15</sup>, dopo aver evidenziato l’eccessiva polemica del dibattito, riconduce le problematiche a due aspetti fondamentali, quello della

---

<sup>13</sup> DE LUCA, *Ringraziamento e replica al prof. Cacciafesta*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2022, 4, 633.

<sup>14</sup> DOLMETTA, *A margine dell’ammortamento «alla francese»: gravosità del meccanismo e sua difficile intelligenza*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2022, 5, 641.

<sup>15</sup> MUCCIARONE, *Ammortamento alla francese: meritevolezza e trasparenza*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2023, 4, 599.

meritevolezza o meno della tecnica di restituzione rateale del mutuo con ammortamento alla francese e quello della trasparenza, a prescindere dall'opportunità che il mercato possa offrire prodotti diversi o mutui fondati su altre tecniche finanziarie di ammortamento. Sotto il primo profilo, dopo aver escluso che l'ammortamento alla francese dia luogo ad anatocismo (proprio perché non vi è la produzione di interessi su interessi scaduti) ed aver pure escluso che “l'ammortamento alla francese contrasti con la norma dell'articolo 821, comma 3°, del codice civile: gli interessi inglobati in ciascuna rata sono effettivamente gli interessi maturati sul capitale goduto nel periodo, proporzionati a tale capitale e al periodo del suo godimento, secondo il TAN previsto in contratto, salve disfunzioni”, l'Autore evidenzia come, nella specie, l'autonomia negoziale operi sul piano delle scadenze, più che su quello dell'imputazione dei pagamenti, e pur rilevando che la banca trae un guadagno dal meccanismo della rata decrescente per quota interessi, osserva come in cambio di ciò il cliente ottenga il vantaggio della rata costante ed aggiunge, ancora, “se il “così fan tutti” non significa “è ben fatto” — ci mancherebbe altro, per quanto non dovrebbe neppure dirsi — non può trascurarsi che, se in Europa così fan tutte, le banche italiane, se non potessero farlo, dovrebbero offrire un prodotto disomogeneo, che non significa, ripeto, per ciò solo meno caro: e la disomogeneità, non correlata a una maggior appetibilità per la domanda, è uno svantaggio competitivo, e ciò entra nel giudizio di meritevolezza”. Sul piano della trasparenza, si osserva, invece, che “definiti nel contratto tasso, durata, ammortamento a rata costante, periodicità della rata, il cliente non deve poi capire come viene calcolata la rata, per fortuna o per grazia. Ma deve sapere, mi sembra, quanto deve pagare ad ogni scadenza e fino a quando, per vedere se riesce; e quanto paga d'interessi per vedere se gli conviene in rapporto ad altre offerte — a Dio piacendo, anche all'italiana o alla thailandese — e quanto paga tempo per tempo d'interessi per vedere se gli può convenire chiudere prima il finanziamento, se ha la facoltà di estinzione anticipata, e quanto dovrebbe pagare per capitale residuo e interessi maturati in caso di decadenza dal beneficio del termine. A ciò mi sembra sufficiente il piano di ammortamento che distingua, rata per rata, capitale e interessi”.

L'accento sulle esigenze di trasparenza viene posto anche da NATOLI<sup>16</sup>, che dopo aver ricordato le difficoltà di comprensione reciproca fra giuristi e

---

<sup>16</sup> NATOLI, *L'ammortamento “alla francese”: una questione di trasparenza*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2023, 2, 201.

matematici finanziari, riporta la formula per il calcolo della rata nel mutuo con ammortamento alla francese (la stessa che si è riportata al paragrafo precedente) ed avverte che “sebbene per il matematico finanziario non abbia senso porsi il problema della legittimità dell’ammortamento alla francese, considerato che si fa così da sempre e non solo in Italia e che tale metodo è l’unico che, a parità di TAE, consente di costruire rate di importo costante, per il giurista una tale domanda è non solo possibile ma addirittura doverosa”. L’Autore rileva, poi, come molti dubbi sulla compatibilità con l’ordinamento di tale forma di ammortamento siano fondati sulla errata percezione di come maturano gli interessi, ricordando che “La regola generale è stabilita dall’art. 820, comma 3°, c.c., secondo cui gli interessi dei capitali sono i frutti civili “che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia”. Pertanto, già dal primo giorno successivo alla dazione del capitale al mutuatario (e, specularmente, alla privazione del mutuante), il mutuante ha diritto al corrispettivo per il godimento che altri faccia del suo denaro. Che il debito da interessi sorga autonomamente rispetto al debito da capitale è positivamente confermato dall’art. 1820 c.c., dettato proprio in materia di mutuo: è infatti evidente che, se la scadenza degli interessi coincidesse con quella del capitale, il legislatore non avrebbe avuto ragione di prevedere la possibilità di risolvere il contratto di mutuo per il mero inadempimento dell’obbligazione di interessi. In altri termini, il legislatore presuppone l’esigibilità degli interessi in un periodo in cui non è ancora scaduto il termine per il rimborso del capitale. D’altro canto, allargando la prospettiva, che gli interessi debbano essere pagati a prescindere dalla scadenza del capitale, si evince pure dall’art. 2948, n. 4), c.c., dettato in materia di prescrizione, che accomuna gli interessi a tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi”. Si rileva ancora, nell’articolo, la derogabilità da parte dell’autonomia privata dell’art. 1194 c.c. e l’assenza di qualunque fenomeno anatocistico. Quello che, invece, l’Autore rileva attiene al “contesto relazionale al cui interno l’ammortamento alla francese si colloca, cioè sulla relazione banca — cliente. In altri termini, mi pare che la questione — tutto sommato poco indagata — sia fondamentale di trasparenza e di informazione”, ricordando poi come gli artt. 120 *novies* e 124 T.U.B, rispettivamente per il credito immobiliare ai consumatori e per il credito al consumo, impongano al finanziatore di “consentire al mutuatario di valutare le implicazioni del contratto di credito e di comprendere quale sia più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria”.

Lo scritto ricorda anche Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2016, causa C-42/15, Home Credit Slovakia, che in tema di direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori ha precisato non esservi un obbligo di indicare nei contratti di

finanziamento a tempo determinato, sotto forma di tabella di ammortamento, quale parte di ogni rata sarà destinata al rimborso del capitale ricevuto. L'Autore, tuttavia, ritiene esservi nel nostro ordinamento un dovere precontrattuale di “consegnare al cliente un piano di rimborso che chiaramente distingua, rata per rata, quale parte sia imputata a capitale, quale a interessi e quale sia il capitale residuo, sì da consentirgli, in tempo utile prima della conclusione del contratto (arg. ex art. 120-*novies*, comma 2, T.U.B.), di valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata”, in quanto solo la visualizzazione del programma di ammortamento consente al cliente non avvezzo di comprendere come nella prima parte della vita del rapporto il residuo capitale da restituire diminuisca lentamente, per poi scendere più velocemente nella seconda parte del periodo convenuto. Lo scritto conclude, tuttavia, escludendo che di per sé “l'accordo sull'ammortamento alla francese possa configurare un «patto o clausola, anche posteriore alla conclusione del contratto, con il quale si convenga che il mutuatario sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del soggetto mutuante per l'estinzione anticipata o parziale dei mutui», vietato dall'art. 120-*ter* T.U.B. e sanzionato dalla nullità”.

Non può, infine, non ricordarsi un recentissimo scritto di DOLMETTA<sup>17</sup>, che proprio a commento del Decreto del Primo Presidente che ha assegnato alle Sezioni Unite la questione pregiudiziale oggetto del presente approfondimento, rileva come l'oggetto di detta questione sia tutto sommato limitato e che, pur dovendosi probabilmente escludere una questione di nullità ex art. 1346 c.c. per indeterminatezza del oggetto contrattuale, a diversa soluzione potrebbe pervenirsi rispetto agli obblighi di forma-contenuto di cui all'art. 117, comma 4, T.U.B., circostanza che comporterebbe l'applicazione del tasso sostitutivo ivi previsto.

A commento dell'ordinanza salernitana che ha sollevato la questione pregiudiziale oggetto di analisi, infine, si possono citare due recentissimi contributi apparsi su un noto portale di informazione giuridica, dei professori

---

<sup>17</sup> DOLMETTA, *Ammortamento alla francese e prescrizione di “forma-contenuto” ex art. 117, comma 4, t.u.b.*, in *Banca borsa tit. Credito*, 2023, 5, 648.

di economia NATOLI<sup>18</sup> e SEMERARO<sup>19</sup>.

#### 4. La questione pregiudiziale.

Il Trib. Salerno, con ordinanza del 19/07/2023, ha sollevato una questione pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, intesa a sollecitare la Corte di cassazione ad affrontare le eventuali conseguenze delle denunciate omissioni, in punto di eventuale nullità (parziale) del contratto per indeterminatezza del suo oggetto, quanto alla determinazione degli interessi debitori applicati, ovvero a stabilire se la modalità di ammortamento c.d. “alla francese” ed il regime di capitalizzazione “composto” siano comunque desumibili dal cliente facendo ricorso al complesso delle condizioni contrattuali ed economiche pattuite (comprese quelle contenute nel piano di ammortamento allegato al contratto), determinando - in caso contrario - le conseguenze, anche ai sensi dell’articolo 117, comma 4 e 7 del d.lgs. n. 385 del 1993. Con riferimento all’indebitamento del consumatore assume una particolare rilevanza il tema della sua “meritevolezza”.

Si ricorda, infatti, che il nuovo art. 363-*bis* c.p.c. (inserito nel Codice di rito dall’art. 3, comma 27, del d.lgs. n. 149 del 2022) consente di investire la S.C. - previo vaglio di ammissibilità del Primo Presidente - della risoluzione preventiva di una questione “esclusivamente di diritto”, in presenza dei seguenti presupposti:

“...1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione;

2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative;

3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi”.

La questione oggetto di rinvio pregiudiziale - ritenuta esclusivamente di diritto e dotata del carattere della novità e delle gravi difficoltà interpretative che comporta - è stata quindi rimessa all’esame delle Sezioni Unite, come già si è

---

<sup>18</sup> NATOLI, *I mutui con ammortamento alla francese, aspettando le Sezioni unite*, in *www.dirittobancario.it*, 6 novembre 2023, appare critico sull’utilizzo di una terminologia come “interesse composto” quando nell’istituto non ricorrerebbe alcun fenomeno di anatocismo; su tale premessa conclude per l’infondatezza delle questioni sollevate.

<sup>19</sup> SEMERARO, *Ammortamento alla francese alle Sezioni Unite*, in *www.dirittobancario.it*, 17 ottobre 2023, dopo aver affermato la distinzione fra scadenza degli interessi compensativi convenzionali e la scadenza del capitale, con conseguente ammissibilità di una disciplina convenzionale dei primi, esclude problemi di nullità relativi alla determinabilità dell’oggetto contrattuale *ex art. 1346 c.c.*, rilevando tuttavia che tale conclusione di per sé non è sufficiente rispetto agli obblighi informativi di cui agli art. 116 e 117 T.U.B., paventando la necessità che oltre al TAN sia indicato anche il TAE.

anticipato, con il Decreto della Prima Presidente, dep. il 07/09/2023, con il quale si invita il massimo organo di nomofilachia ad affrontare, altresì, il problema processuale della sorte dell'ordinanza di rinvio adottata senza aver prima sentito le parti.

## 5. La parola alle Sezioni Unite.

L'espressione “ammortamento” non è recente: la stessa già costituiva l'oggetto di un'apposita voce del Novissimo digesto italiano, in cui si scriveva<sup>20</sup>: “La parola ammortamento ha vari significati. Il più comune è quello di estinzione graduale dei debiti. Stabilito il termine durante il quale il debito deve essere soddisfatto, ed i periodi di tempo (anno, semestre, ecc. ...) per il pagamento delle singole rate, si calcola il relativo interesse a scalare, ed ognuna delle rate (che diconsi annualità, semestralità, ecc. ...) viene ad essere comprensiva di capitale ed interessi. Il progetto di estinzione dei debiti nel modo suddetto si chiama piano di ammortamento. Di solito i piani di ammortamento sono formati con rate annuali di importo uguale (piani di ammortamento ad annualità costante): la quota di interessi, in ognuna di esse compresa, viene man mano a diminuire in relazione alla graduale riduzione della sorte capitale, effetto del pagamento dell'altra parte della rata”.

Questa voce giuridica di oltre mezzo secolo fa individuava, quindi, già il nucleo del funzionamento del piano di ammortamento alla francese che, come visto, si caratterizza non solo per la previsione di una rata restitutoria costante, ma soprattutto per una composizione della rata stessa che vede all'inizio più alta la quota relativa agli interessi rispetto a quella relativa alla restituzione del capitale e, via via che procede l'ammortamento, diminuire quella per interessi ed aumentare quella per capitale. Tale tipologia di ammortamento è oggi prevalente, tanto da essere illustrata come tale sul sito internet della Banca d'Italia, che contiene anche una semplice utility con la quale calcolare l'importo della rata, dato il capitale finanziato e la durata della restituzione graduale.

La questione della validità o meno - per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto - delle condizioni economiche praticate nel mutuo con ammortamento alla francese, ovvero dei limiti di compatibilità di tale meccanismo con le regole della trasparenza bancaria e dei finanziamenti al consumo non è stata, fino ad ora, oggetto di interventi diretti della S.C.

---

<sup>20</sup> SORRENTINO, *Ammortamento*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1965, 577.

La decisione resa da Sez. 6-1, n. 14166/2021, Dolmetta, non massimata citata da una dottrina nel saggio del 2023 indicato in nota 17), si occupava, infatti, di una questione di applicabilità dell'art. 2855 c.c. ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare con il rango privilegiato ipotecario di un credito *ex* mutuo, per la parte di interessi calcolata mediante il meccanismo "alla francese", ma il provvedimento ha natura interlocutoria, limitandosi a rimettere la questione alla Sezione 1.

Risulta poi che tale ricorso sia stato effettivamente deciso da Sez. 1, n. 33474/2021, Campese, non massimata, che ha ritenuto i motivi di ricorso sostanzialmente inammissibili, rilevando peraltro in motivazione - quale *obiter dictum* - che il piano di ammortamento allegato al contratto di mutuo integra il contenuto negoziale del medesimo.

Del pari, si deve dare conto di come Sez. 1, n. 04597/2023, Fidanzia, Rv. 666991-01, abbia stabilito che in tema di contratti bancari, l'indice sintetico di costo (ISC), altrimenti detto tasso annuo effettivo globale (TAEG), è solo un indicatore sintetico del costo complessivo dell'operazione di finanziamento, che comprende anche gli oneri amministrativi di gestione e, come tale, non rientra nel novero dei tassi, prezzi ed altre condizioni, la cui mancata indicazione nella forma scritta è sanzionata con la nullità, seguita dalla sostituzione automatica *ex* art. 117 del d.lgs. n. 385 del 1993; l'applicazione di condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate può, tuttavia, determinando la violazione di regole di condotta della banca, dar luogo a responsabilità contrattuale o precontrattuale di quest'ultima; posizione che Sez. 1, n. 14000/2023, Fidanzia, Rv. 667919-01, ha ribadito quanto al documento contrattuale di sintesi.

Si tratta di provvedimenti, peraltro, che avevano riguardo a contratti non conclusi con i consumatori, per i quali valgono forse regole di trasparenza più stringenti, salvo anche qui individuare con precisione le conseguenze in caso di eventuale violazione e nella consapevolezza che il piano di ammortamento, ove effettivamente presente ed allegato al contratto, potrebbe integrare le eventuali lacune di quest'ultimo, almeno nei casi più semplici ed ove non vengano in considerazione dei meccanismi di indicizzazione dei tassi variabili in concreto applicati tali da configurarsi in modo eccessivamente oscuro ed "opaco".

Contemporaneamente, può certo verificarsi, ma con valutazione probabilmente da condurre caso per caso, l'applicazione di costi occulti, tali da determinare un saggio di interessi effettivo superiore a quello nominale con la necessità, anche in tal caso, di verificare se si sia determinata la corresponsione di interessi (parzialmente) indebiti, salvo applicare nei casi più gravi il meccanismo del tasso sostitutivo di cui all'art. 117 T.U.B.

La parola su queste questioni passa, come è inevitabile, al pronunciamento

nomofilattico delle Sezioni Unite, la cui decisione appare particolarmente attesa, come si è anticipato, in ragione della rilevante diffusione dei mutui con meccanismo di ammortamento graduale, con metodologia di calcolo “alla francese”.



# PARTE QUINTA

## IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(Coordinata da Luigi Di Paola)

### CAPITOLO XX

#### **OBBLIGHI, RESPONSABILITÀ E DIRITTI DEL DATORE E DEL LAVORATORE: LA NOMOFILACHIA IN TEMA DI LAVORO PRIVATO.**

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO E MARIO DE IORIS)\*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Questioni in materia di retribuzione. - 2.1. Sulla prescrizione dell'indennità sostitutiva delle ferie. - 2.2. In tema di responsabilità solidale dei crediti retributivi *ex* art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003. - 2.3. La conservazione del posto di lavoro durante il periodo di malattia ed il superamento del periodo di comporto. - 3. Sull'orario di lavoro e sull'onere della prova in tema di permessi *ex* art. 33 l. n. 104 del 1992. - 4. Obblighi, diritti e poteri del datore. - 4.1. Divieti di discriminazione. - 4.2. Il mutamento della parte datoriale, *ex* art. 2112 c.c., o per cambio appalto. - 4.3. L'interposizione di manodopera. - 4.4. Ipotesi di inadempimento datoriale. - 4.5. Vicende relative alla cessazione del rapporto di lavoro: le dimissioni e le rinunzie e le transazioni in sede sindacale. - 5. I contratti a termine. - 6. La somministrazione. - 7. Contratto di apprendistato, di lavoro intermittente, a progetto, di collaborazione coordinata e continuativa. - 8. Principi in tema di contrattazione collettiva. - 8.1. Dei codici deontologici. - 9. Il contratto di agenzia.

#### **1. Premessa.**

Il rapporto di lavoro subordinato trae la sua essenza nell'alveo del delicato correlarsi di obblighi, responsabilità e diritti che incombono, rispettivamente, sul datore e sul prestatore: sul primo, non solo l'obbligo retributivo, ma anche quello di protezione *ex* art. 2087 c.c. della salute psicofisica del lavoratore; sul dipendente, quello di eseguire la prestazione, in armonia con le direttive datoriali, ma anche quello di fedeltà e lealtà.

---

\* Paragrafi nn. 1, 2, 2.1, 2.2, 3, 4, 4.1, 4.3, 4.4, 4.5, 7, 8.1, 9 a cura di Antonella Filomena Sarracino; paragrafi nn. 2.3, 4.2, 5, 6, 8 a cura di Mario De Ioris.

La sistematizzazione organica delle pronunzie in tema di lavoro privato ruoterà appunto intorno alle questioni attinte dal giudice della nomofilachia in tema di rispettivi obblighi, poteri e responsabilità delle parti contrattuali, senza trascurare gli aspetti che attengono alle fonti di regolazione del rapporto e le specifiche figure contrattuali tipiche del rapporto di lavoro subordinato e parasubordinato.

## 2. Questioni in materia di retribuzione.

Sul tema della retribuzione, giova innanzi tutto ricordare - per la rilevanza dei principi affermati nel prisma dell'art. 36 della Carta costituzionale - **Sez. L, n. 27711/2023, Rivero, Rv. 669026-01.**

La S.C. in detta sentenza ha affermato che nell'attuazione dell'art. 36 Cost. il giudice deve fare riferimento, quali parametri di commisurazione, in via preliminare, alla retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria, dalla quale può motivatamente discostarsi, però, anche *ex officio*, quando entri in contrasto con i criteri normativi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dall'innanzi ricordata norma costituzionale e ciò anche se il rinvio alla contrattazione collettiva applicabile al caso concreto sia contemplato in una legge, dovendo il giudice darne una interpretazione costituzionalmente orientata.

Ai fini dell'individuazione della retribuzione adeguata e sufficiente, ha precisato la S.C., il giudice di merito può, altresì, utilizzare in via parametrica il trattamento retributivo stabilito in altri contratti collettivi di settori affini o per mansioni analoghe e, nell'ambito dei propri poteri *ex art. 2099, comma 2 c.c.*, può fare riferimento ad indicatori economici e statistici secondo quanto suggerito dalla Direttiva 2022/2041/UE.

Del tema della retribuzione durante le ferie annuali si è occupata, invece, **Sez. L, n. 28320/2023, Panariello, Rv. 669056-02**, così massimata da questo Ufficio: in materia di base di calcolo della retribuzione dovuta al lavoratore durante le ferie annuali, la mancanza di precise indicazioni nelle disposizioni dell'art. 2109 c.c. e della Convenzione OIL n. 157 del 1970, ratificata con l. n. 157 del 1981, non comporta l'inesistenza anche di qualsiasi vincolo desumibile dall'art. 36 Cost., che garantisce il diritto del lavoratore a ferie retribuite, e tuttavia la norma costituzionale non impegna la contrattazione collettiva a riferirsi alla nozione omnicomprensiva di retribuzione dettata dalla legge ai fini della misura dei trattamenti di fine rapporto e, in particolare, non comporta l'illegittimità di una norma contrattuale che faccia riferimento ad una nozione di retribuzione mensile di fatto non comprensiva di componenti retributive, come la maggiorazione per lavoro notturno, collegate a modalità contingenti

della prestazione e non garantite, sotto il profilo della continuità dell'erogazione, dall'art. 2103 c.c.

Nella specie, la S.C., nel confermare la sentenza impugnata, ha ravvisato, avuto anche riguardo all'operatività del principio di irrinunciabilità delle ferie, l'illegittimità della clausola del c.c.n.l. servizi fiduciari che prevedeva una nozione restrittiva di "retribuzione" utile ai fini delle ferie, con esclusione di determinate voci legate al lavoro notturno o straordinario, il quale, invece, nel caso in esame, aveva costituito un tratto tipico ed ontologicamente intrinseco al rapporto di lavoro.

Nell'alveo del rapporto di lavoro domestico, con riferimento alla condizione di reciprocità *ex art. 16* delle disposizioni sulla legge in generale ai diritti retributivi, va rammentata **Sez. L, n. 26741/2023, Garri, Rv. 668841-01**.

Nella pronuncia si è stabilito che l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale (cc.dd. "preleggi") sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona dal momento che i diritti fondamentali, come quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute, siccome riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da tale articolo, con la conseguenza che la relativa tutela deve essere assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza, italiana, comunitaria ed extracomunitaria.

Al riguardo, la S.C. - in relazione a vicenda nella quale gli eredi del beneficiario delle prestazioni lavorative avevano lamentato che il lavoratore straniero non potesse ottenere un trattamento economico riferito automaticamente ai contratti collettivi nazionali e comunitari - ha stabilito che non è applicabile il principio di reciprocità con riguardo al diritto, costituzionalmente tutelato *ex art. 36 Cost.*, del prestatore di lavoro di ricevere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto, rappresentando il contratto collettivo solo parametro da utilizzare per la liquidazione dell'equa retribuzione spettante.

Dei trattamenti economici aggiuntivi, cd. *benefit*, erogati per il tramite di associazione di mutuo soccorso, si è occupata **Sez. L, n. 23269/2023, Garri, Rv. 668354-01**, per negarne la natura retributiva. La S.C. ha infatti rilevato che il trattamento economico aggiuntivo attribuito ai lavoratori dipendenti con il riconoscimento di determinati *benefit* (quali l'attribuzione di buoni libro e buoni giocattolo, nonché l'organizzazione di settimane verdi) erogati, a richiesta, per il tramite di associazione di mutuo soccorso - espressione di r.s.u. aziendale -, aventi la funzione, liberamente concordata con le parti sociali, di assicurare il benessere familiare dei lavoratori medesimi, non ha natura retributiva, atteso che i benefici in questione sono scollegati dallo svolgimento della prestazione

lavorativa e, dunque, risultano privi del carattere di corrispettività, pur latamente inteso, che caratterizza la nozione di retribuzione.

Fra le questioni retributive esaminate, anche i presupposti per il riconoscimento della cd. indennità di turno spezzato, *ex art. 43 del c.c.n.l. Autostrade del 18.2.2000*.

Ai fini del riconoscimento dell'indennità di turno spezzato - prevista dall'art. 43 del c.c.n.l. Autostrade del 18/2/2000 e diretta a compensare il disagio subito dal lavoratore, addetto a turni continui ed avvicendati, in caso di modifica, per esigenze di servizio, dell'orario di lavoro con introduzione di una pausa tra due turni - non è necessario - scrive il giudice di legittimità - che l'interruzione abbia una determinata durata, non essendo applicabili i limiti temporali di cui all'art. 9 del medesimo c.c.n.l., norma speciale che disciplina soltanto l'orario di lavoro di capo casello e capo stazione (così **Sez. L, n. 23689/2023, Cinque, Rv. 668787-01**).

Ulteriore questione retributiva che è stata portata all'esame dalla S.C. è quella della determinazione della retribuzione secondo il criterio della cd. "mensilizzazione", previsto dal c.c.n.l. per gli addetti alle industrie della ceramica.

Con riferimento a tale questione **Sez. L, n. 35573/2023, Pagetta, Rv. 669658-01**, ha affermato che il criterio della cd. "mensilizzazione" - in virtù del quale la retribuzione mensile, insensibile alle variazioni orarie, è corrisposta ai lavoratori in misura fissa - non esclude la necessità, ai fini della commisurazione di altri istituti retributivi (nella specie, la cassa integrazione ordinaria), di individuare il valore della retribuzione mensile oraria, la quale, per gli addetti alle industrie della ceramica e in applicazione "ratione temporis" degli artt. 63 e 66 del c.c.n.l. del 28 agosto 2014, va individuata attraverso l'utilizzo del parametro convenzionale del divisore 173, da impiegare per tutti i lavoratori, senza che occorra procedere ad un riproporzionamento per quei dipendenti (turnisti, a doppio turno, ecc.) che osservano un orario inferiore alle 40 ore settimanali ed alle 173 ore mensili.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva riconosciuto alla lavoratrice le differenze retributive asseritamente spettanti sulla base del c.c.n.l. citato, escludendo il riproporzionamento della retribuzione mensile oraria - con applicazione del divisore 144, anziché 173 - per i lavoratori turnisti in cassa integrazione ordinaria.

Sulla esclusione di un diritto alla retribuzione in caso di accertamento della illegittimità della cessione di ramo di azienda si ricorda **Sez. L, n. 05788/2023, Boghetich, Rv. 666940-01**, secondo cui, un volta accertata giudizialmente l'illegittimità della cessione con ripristino del rapporto di lavoro con il cedente, il lavoratore ceduto non ha diritto alla retribuzione per il periodo intercorrente

tra la data di cessione e quella della pubblicazione del provvedimento giudiziale di illegittimità della cessione stessa, potendo ottenere il risarcimento del danno subito a causa dell'ingiustificato rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione, detratto l'eventuale *aliunde perceptum*, soltanto a partire dal momento in cui il lavoratore medesimo abbia provveduto a costituire in mora il predetto datore *ex art. 1217 c.c.* Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di merito con la quale era stata rigettata la pretesa risarcitoria avanzata dalla lavoratrice, per avere quest'ultima effettuato la messa in mora - non ravvisata nel ricorso giudiziale con il quale era stata impugnata la cessione - in data successiva alla declaratoria di illegittimità della cessione in questione.

La questione delle agevolazioni tariffarie sull'energia elettrica concessa ai dipendenti di Enel S.p.a. è stata indagata in **Sez. L, n. 01281/2023, Ponterio, Rv. n. 666557-01**, in cui si è statuito che detta agevolazione concessa, come anticipato, da Enel S.p.A. ai propri dipendenti, che usufruivano come utenti delle forniture dalla stessa erogate, non ha natura retributiva, atteso che il beneficio prescinde dalla qualità e quantità della prestazione lavorativa resa dal singolo dipendente, nonché dalla durata del pregresso rapporto e dalla posizione che il lavoratore aveva assunto in azienda, trovando fondamento unicamente nelle disposizioni del contratto collettivo.

Nella specie, la S.C. ha quindi confermato la sentenza impugnata che, in considerazione della natura non corrispettiva del beneficio, negata la configurabilità di diritti quesiti, aveva ritenuto legittimo il recesso della società dalla regolamentazione collettiva sulle agevolazioni tariffarie.

## **2.1. Sulla prescrizione dell'indennità sostitutiva delle ferie.**

Sul tema della prescrizione dell'indennità sostitutiva delle ferie, **Sez. L, n. 17643/2023, Cavallari, Rv. 668152-01**, ha affermato che la prescrizione del diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti decorre dalla cessazione del rapporto di lavoro, salvo che il datore dimostri che il diritto alle ferie ed ai riposi settimanali è stato perso dal prestatore, per non averne goduto nonostante l'invito ad usufruirne; tale invito deve essere formulato in modo accurato ed in tempo utile a garantire che ferie e riposi siano ancora idonei ad apportare all'interessato il "relax" a cui sono finalizzati e deve contenere l'avviso che, in caso di mancato godimento, andranno persi al termine del periodo di riferimento o di un periodo di riporto autorizzato.

## 2.2. In tema di responsabilità solidale dei crediti retributivi ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Quanto agli aspetti retributivi, vanno anche ricordate le pronunzie che hanno esaminato le questioni relative al tema della responsabilità solidale per detti crediti, con individuazione dei soggetti responsabili e presupposti per la sussistenza delle ipotesi di responsabilità ex art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003.

In **Sez. L, n. 24609/2023, Marchese, Rv. n. 668614-01**, al riguardo si è statuito che la responsabilità solidale del committente ex art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 è di tipo legale, e sorge, indipendentemente dal dolo o dalla colpa, al verificarsi delle condizioni poste dalla norma, quali l'esistenza di un rapporto contrattuale riconducibile all'ambito di operatività della norma stessa e l'inadempimento da parte del datore di lavoro dei suoi obblighi verso i dipendenti.

L'indagine dei presupposti della responsabilità solidale è stata ulteriormente lumeggiata in **Sez. L, n. 19514/2023, Calafiore, Rv. 668355-01**, in cui si afferma che presupposto soggettivo della responsabilità solidale ex art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 (*ratione temporis* applicabile) è che il committente eserciti attività d'impresa ovvero, quale "datore di lavoro", si serva delle prestazioni rese dai dipendenti dell'appaltatore per realizzare l'oggetto della propria attività istituzionale - prendendo parte al processo di decentramento produttivo del servizio -, restando escluso dal campo di applicazione della norma (ai sensi del comma 3-ter del citato art. 29) il committente persona fisica che non eserciti attività d'impresa o professionale.

Nella specifico, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la responsabilità solidale di un condominio in relazione alle omissioni contributive afferenti ad alcune lavoratrici che vi avevano prestato attività di pulizia - per il periodo dal luglio 2012 al gennaio 2016 - per conto di un appaltatore, sul presupposto, da un lato, che il condominio, quale ente di gestione dei beni comuni, non assume, soprattutto ai fini lavoristici, rilievo giuridico diverso da quello dei singoli condomini, e, dall'altro, che non svolge attività d'impresa e non partecipa per propri scopi istituzionali al decentramento produttivo).

L'esclusione della responsabilità solidale, quanto al contratto di trasporto, viene invece affermata in **Sez. L, n. 21386/2023, Marchese, Rv. 668343-01**. La questione viene risolta con l'affermazione del seguente principio di diritto: non si applica la tutela speciale prevista dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 al contratto di trasporto, non assimilabile all'appalto di servizi di trasporto.

*In limine*, per la vicinanza con le questioni esaminate nel seguente paragrafo va qui ricordata anche **Sez. L, n. 13236/2023, Cerulo, Rv. 666602-01**, in cui si

statuisce che nel regime delineato dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, nella formulazione dettata dall'art. 4, comma 31, lett. b), della l. n. 92 del 2012, il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori, con riferimento alle prestazioni eseguite nella vigenza di tale normativa; tuttavia, nell'ipotesi di fallimento del subappaltatore, non è devoluta alla cognizione del tribunale fallimentare la domanda proposta dall'INPS nei confronti del solo committente, coobbligato solidale *in bonis*, poiché la partecipazione del subappaltatore sottoposto a procedura concorsuale, evocato in giudizio in applicazione dell'articolo citato, non rende operante la *vis attractiva* della procedura - con la conseguente improcedibilità delle azioni intraprese nella sede ordinaria -, non potendo la pronuncia giudiziale incidere sulla massa e influire sulla *par condicio creditorum*.

### **2.3. La conservazione del posto di lavoro durante il periodo di malattia ed il superamento del periodo di comporta.**

A tutela della salute e nell'equilibrato contemperamento degli interessi che deve presidiare il rapporto di lavoro, la conservazione del posto è garantito per un lasso temporale, definito comporta, superato il quale il datore può recedere dal rapporto lavorativo.

Sul diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro durante il periodo di malattia si è pronunciata **Sez. L, n. 33016/2023, Sarracino, Rv. 669408-01**, la quale ha affermato la sussistenza di tale diritto non solo per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ma anche per quelli a tempo determinato, in ragione del fondamento garantistico della previsione di cui all'art. 2110 c.c., che ne impone l'applicazione anche ai rapporti temporanei, per definizione meno tutelati, ed in considerazione dell'esigenza di rispettare il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato, recepito dalla direttiva n. 1999/70/CE.

Corollario di tale affermazione è che anche nei rapporti di lavoro a tempo determinato il licenziamento intimato durante la malattia del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comporta, è nullo ed improduttivo di effetti.

Delle modalità di computo del periodo di comporta si è invece occupata **Sez. L, n. 27980/2023, Patti, Rv. 669031-01**, precisando che in tema di superamento del periodo di comporta si deve tener conto anche dei giorni non lavorativi che cadono nel periodo di assenza per malattia, dovendosi presumere la continuità dell'episodio morboso.

Del pari, sul tema delle modalità di computo delle assenze per infortunio nel periodo di comporta, con riguardo alle norme del contratto collettivo vigente *ratione temporis* per il personale dipendente da imprese di servizi di pulizia e servizi integrati multiservizi, va altresì segnalata **Sez. L, n. 04332/2023, Patti, Rv. 666817-01.**

L'art. 51 del c.c.n.l. 31 maggio 2011 per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multi servizi - che prevede un limite massimo di conservazione del posto in caso di assenze per infermità e, nel contempo, quanto agli operai, il diritto alle retribuzioni fino a guarigione nel caso di infortunio sul lavoro - va interpretato - sottolinea il giudice di legittimità - nel senso della non computabilità delle assenze per infortunio nel periodo di comporta, stante la inequivoca previsione di diversità degli effetti determinati dai distinti eventi patologici della malattia e dell'infortunio nell'ambito del rapporto di lavoro nella sua integralità. In caso di malattia, infatti, il superamento dei limiti di conservazione del posto comporta la cessazione ovvero, eventualmente, la sospensione del rapporto, mentre, in caso di infortunio, la corresponsione integrale della retribuzione fino alla guarigione clinica determina la continuità giuridica del rapporto stesso.

Per l'evidente vicinanza con i temi trattati va qui ricordata **Sez. L, n. 19936/2023, Patti, Rv. 668340-01**, con riguardo alla tutela del posto di lavoro durante l'assenza per tubercolosi.

Al riguardo, ha precisato la S.C., l'art. 9 della l. n. 1088 del 1970 (confermato in tale parte dall'art. 10 della l. n. 419 del 1975), che ha previsto la sospensione del rapporto di lavoro per tutto il periodo in cui il lavoratore è affetto da tubercolosi fino a sei mesi dopo la data di dimissioni dal luogo di cura per avvenuta guarigione o stabilizzazione della malattia, deve essere interpretato nel senso che la garanzia della conservazione del posto di lavoro non è limitata all'ipotesi di ricovero del lavoratore in un istituto di cura specializzato (sanatorio od ospedale), ma comprende qualsiasi modalità di cura, anche ambulatoriale o domiciliare, atteso che la finalità della citata norma è quella di vincolare il mantenimento del posto di lavoro per tutta la durata in cui il lavoratore ammalato risulti bisognoso di cure nonché per ulteriori sei mesi dopo il verificarsi di uno dei due suddetti eventi (guarigione o stabilizzazione della malattia).

### **3. Sull'orario di lavoro e sull'onere della prova in tema di permessi ex art. 33 l. n. 104 del 1992.**

Delle questioni in tema di orario di lavoro, con particolare riferimento agli esoneri dall'obbligo dal lavoro notturno, per il personale di volo civile si è

occupata **Sez. L, n. 22384/2023, Garri, Rv. 668262-01**, in cui si è affermato: l'esonero dall'obbligo di lavoro notturno per ragioni di genitorialità di cui all'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 151 del 2001, si applica anche al personale di volo dell'aviazione civile, nonostante l'inapplicabilità delle disposizioni sull'orario di lavoro che disciplinano il lavoro notturno (artt. 11 - 15 del d.lgs. n. 66 del 2003), atteso che con tale disposizione si è predisposto un nucleo minimo di tutela, assicurando indistintamente alla lavoratrice madre/lavoratore padre la facoltà di sottrarsi al lavoro notturno in ragione dell'intenso rapporto che lega il genitore al minore in tenera età.

In tema di lavoro notturno e cura dei soggetti disabili, va del pari ricordata **Sez. L, n. 12649/2023, Amendola F., Rv. 667662-01.**, la quale ha stabilito che, in tema di limitazioni al lavoro notturno previste per particolari esigenze familiari e assistenziali, l'art. 11, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 66 del 2003 - il quale prevede l'esonero dal lavoro notturno per il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della l. n. 104 del 1992 - va interpretato nel senso che, ai fini della possibilità dell'esonero in questione, non è necessaria la dichiarazione di gravità dello stato di handicap, in quanto il dato testuale della norma non autorizza l'introduzione, in via ermeneutica, di un requisito aggiuntivo in un ambito, quale quello dei diritti dei disabili, insuscettibile di limitazioni di tutela al di fuori di una chiara presa di posizione del legislatore.

L'interpretazione del concetto di orario di lavoro con riguardo alle necessarie attività di formazione dei dipendenti in materia di sicurezza ha trovato esame in **Sez. L, n. 20259/2023, Pagetta, Rv. 668185-01**, in cui si è statuito che l'art. 37, comma 12, del d.lgs. n. 81 del 2008, nella parte in cui prescrive che la formazione dei lavoratori in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro deve avvenire "durante l'orario di lavoro", va interpretato nel senso che tale locuzione sia comprensiva anche dell'orario relativo a prestazioni esigibili al di fuori dell'orario di lavoro ordinario, di legge o previsto dal contratto collettivo, per i lavoratori a tempo pieno, e di quello concordato, per i lavoratori a tempo parziale.

Nella specie, la S.C. ha confermato l'impugnata sentenza che aveva ritenuto un lavoratore con rapporto a tempo parziale tenuto all'effettuazione della formazione nell'orario, pur non corrispondente a quello concordato tra le parti, a tal fine stabilito dal datore di lavoro, qualificando tale partecipazione come prestazione di lavoro straordinario, esigibile dal datore di lavoro.

**Sez. L, n. 12127/2023, Boghetich, Rv. 667595-01**, ha indagato il tema dell'orario di lavoro con riguardo agli addetti ai trasposti. Viene ivi affermato che in tema di lavoratori addetti al trasporto stradale, il Regolamento CE n. 561 del 2006 - che disciplina, tra l'altro, i periodi di riposo per i conducenti che

effettuano il trasporto di persone e di merci su strada - si applica anche alle imprese di trasporto che prevedono turni “misti” (ossia con almeno una tratta superiore a 50 km), a prescindere dal concreto contesto di mercato in cui dette imprese si trovano ad operare (concorrenza perfetta, concorrenza monopolistica, oligopolio e monopolio), atteso che il legislatore europeo ha inteso imporre condizioni comuni al fine di evitare abusi e distorsioni di mercato, nonché di migliorare la sicurezza stradale, tutelando sia gli operatori di esercizio delle imprese in questione che i terzi impegnati nella circolazione stradale.

In applicazione del suddetto principio, la S.C. - in relazione a vicenda nella quale alcuni lavoratori, autisti del servizio di linea, avevano agito nei confronti della società datrice per l'ottenimento del risarcimento del danno non patrimoniale derivato dalla mancata fruizione dei riposi giornalieri e settimanali così come disciplinati dal citato Regolamento - ha confermato la sentenza impugnata che aveva affermato l'applicabilità della normativa comunitaria alla predetta società, nonostante quest'ultima svolgesse attività di trasporto in regime di monopolio.

Va qui ricordata, per l'incidenza che le variazioni dell'orario di lavoro possono avere nella dinamica del rapporto lavorativo, **Sez. L, n. 15676/2023, Michelinì, Rv. 667839-01**, in cui si è affermato che costituisce inadempimento dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, cui il lavoratore può opporre eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale disposta unilateralmente dal datore di lavoro.

Per la vicinanza con gli argomenti qui trattati, merita menzione anche **Sez. L, n. 29344/2023, Pagetta, Rv. 669083-01**, che, quanto alla figura delle guardie giurate, ha affrontato il tema dei riposi giornalieri alla luce della contrattazione collettiva, affermando il principio così massimato da questo Ufficio: in tema di riposi giornalieri per le guardie giurate, i contratti collettivi dei dipendenti degli istituti di vigilanza privata, *ratione temporis* vigenti, vanno interpretati nel senso che, ove il riposo giornaliero sia fruito in misura inferiore al minimo delle undici ore consecutive, il recupero debba avvenire mediante corrispondente protrazione degli intervalli non lavorati tra una prestazione e l'altra, non essendo prevista, invece, la concessione di permessi retribuiti per un numero di ore corrispondenti a quelle di riposo giornaliero non fruito.

In tema di permessi *ex art. 33 l. n. 104 del 1992*, l'attenzione della S.C. si è appuntata sul riparto degli oneri della prova in caso di esecuzione della prestazione di assistenza in un luogo di residenza diverso da quello della persona con disabilità.

Al riguardo, **Sez. L, n. 30462/2023, Panariello, Rv. 669122-01**, ha statuito che grava sul lavoratore che fruisce del permesso di cui innanzi la prova di aver eseguito la prestazione di assistenza in un luogo diverso da quello di residenza della persona protetta.

#### **4. Obblighi, diritti e poteri del datore.**

Sul datore, oltre all'obbligo del pagamento degli emolumenti retributivi, gravano, come anticipato, tutta una serie di doveri che possiamo in via generale definire di protezione, a tutela della salute psicofisica del prestatore. Su questo fronte vanno senz'altro ricordate le pronunzie di seguito riportate.

**Sez. L, n. 00770/2023, Ponterio, Rv. 666513-01**, ha affrontato il delicato tema della predisposizione da parte del datore di mezzi di tutela atti a proteggere il prestatore anche dall'attività criminosa di terzi. A tal riguardo la S.C. ha precisato che, in tema di tutela delle condizioni di lavoro, l'ampio ambito applicativo dell'art. 2087 c.c. rende necessaria la predisposizione da parte del datore di lavoro di adeguati mezzi di tutela dell'integrità fisiopsichica dei prestatori nei confronti dell'attività criminosa di terzi, nei casi in cui la prevedibilità del verificarsi di episodi di aggressione a scopo di lucro sia insita nella tipologia di attività esercitata, in ragione della movimentazione, anche contenuta, di somme di denaro. Affermando tale principio, la S.C. ha escluso il rilievo disciplinare del contegno tenuto da una cassiera che, dopo aver individuato persone sospette e riferito immediatamente della loro presenza ad altro personale del supermercato, era stata lasciata sola a fronteggiare tre individui che, usando minaccia alla sua incolumità personale, avevano prelevato merce in quantità maggiore di quella pagata.

L'esclusione di condotte *mobbizzanti* non elide la violazione dell'art. 2087 c.c. da parte del datore quando questi si sia colposamente reso responsabile dello svolgimento dell'attività lavorativa da parte del prestatore in ambiente "stressogeno".

Il principio è così affermato in **Sez. L, n. 03692/2023, Marotta, Rv. n. 666621-01**: in tema di responsabilità del datore di lavoro per danni alla salute del dipendente, anche ove non sia configurabile una condotta di *mobbing*, per l'insussistenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare la pluralità continuata di comportamenti pregiudizievoli, è ravvisabile la violazione dell'art. 2087 c.c. nel caso in cui il datore di lavoro consenta, anche colposamente, il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno alla salute dei lavoratori ovvero ponga in essere comportamenti, anche in sé non illegittimi, ma tali da poter indurre disagi o stress, che si manifestino isolatamente o invece si

connettano ad altri comportamenti inadempienti, contribuendo ad inasprirne gli effetti e la gravità del pregiudizio per la personalità e la salute latamente intesi.

In tema di risarcimento del danno da malattia professionale, quanto alla verifica dell'esistenza del nesso eziologico tra la prestazione lavorativa ed il danno, con particolare riferimento all'onere della prova, il giudice di legittimità ha poi statuito che la prova del nesso causale tra prestazione lavorativa e danno, incombe su colui che ne chiede il riconoscimento, che potrà a tal fine avvalersi anche delle certificazioni I.N.A.I.L. - nello specifico riferite all'esposizione all'amianto e all'origine professionale della malattia - la cui rilevanza probatoria, sia pure non dirimente, non è subvalente rispetto all'accertamento giudiziale, una volta che detti documenti siano entrati a far parte, nel contraddittorio tra le parti, del materiale probatorio utilizzabile *ex art.* 115 c.p.c., comma 1 (così **Sez. L, n. 00678/2023, Caso, Rv. 666501-01**).

Per la vicinanza con le questioni esaminate nel presente paragrafo va qui richiamata anche **Sez. L, n. 13806/2023, Ponterio, Rv. 667704-01**, che ha precisato che in materia di malattia professionale contratta nel corso del rapporto di lavoro dal *de cuius*, da cui sia derivato il decesso di quest'ultimo, la prescrizione del diritto dei superstiti al risarcimento del danno, sia *iure hereditatis* che *iure proprio*, decorre dal momento della conoscenza o conoscibilità, da parte dei medesimi - secondo il metro dell'ordinaria diligenza, tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche -, della malattia, quale danno ingiusto conseguente al comportamento illegittimo del datore, e del carattere professionale della stessa, che deve necessariamente comprendere la conoscenza (o possibilità di conoscenza) della presenza dell'agente nocivo nell'ambito del processo lavorativo e dell'esposizione ad esso del lavoratore con modalità tali da poter costituire un probabile fattore causale della malattia stessa.

In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva dichiarato prescritta la domanda risarcitoria, sul rilievo della conoscenza o conoscibilità della eziologia della malattia da parte dei ricorrenti per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 277 del 1991 - che ha predisposto cautele per i lavoratori esposti all'amianto -, in assenza, tuttavia, di qualsiasi accertamento su elementi anche indiziari da cui avrebbero potuto percepire la derivazione della malattia dall'esposizione del loro congiunto ad agenti nocivi nel corso del rapporto di lavoro.

L'attenzione del giudice di legittimità si è poi incentrata, in **Sez. L, n. 02517/2023, Patti, Rv. 666602-01**, sulla individuazione dei soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di protezione e prevenzione dai rischi professionali, con particolare riguardo alle figure del sub-committente e del sub-appaltatore.

Al riguardo la S.C. nella pronunzia innanzi ricordata ha statuito che in tema di responsabilità *ex artt.* 2087 c.c. e 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, per i danni derivati al lavoratore dall'inosservanza delle misure di tutela delle condizioni di lavoro nel corso di attività concesse in appalto, le locuzioni normative di cui agli artt. 6, par. 4, della Direttiva 89/391/CEE (datori di lavoro), e 8 della Direttiva 92/57/CEE (realizzazione dell'opera) vanno interpretate nel senso che nella categoria dei "datori di lavoro" tenuti agli obblighi di protezione e di prevenzione dei rischi professionali, rientrano sia il sub-committente che il sub-appaltatore, qualora collaborino insieme nell'ambito del medesimo procedimento produttivo, finalizzato alla realizzazione di una "stessa opera", che si compia all'interno di un qualunque luogo a ciò funzionalmente destinato e che li coinvolga entrambi in attività, ancorché parziali e diverse, sinergicamente dirette al medesimo scopo produttivo, così rendendoli reciprocamente responsabili delle omissioni degli obblighi di sicurezza nei confronti dei lavoratori in essa impiegati.

In linea generale **Sez. L, n. 07467/2023, Ponterio, Rv. 667127-01**, qualifica quale potere e non obbligo il controllo del datore sul prestatore.

Nel dettaglio, la S.C. ha enunziato al riguardo il seguente principio: il datore di lavoro ha il potere, ma non l'obbligo, di controllare in modo continuo i propri dipendenti, contestando loro immediatamente qualsiasi infrazione al fine di evitarne un possibile aggravamento, atteso che un simile obbligo, non previsto dalla legge né desumibile dai principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., negherebbe in radice il carattere fiduciario del lavoro subordinato, sicché la tempestività della contestazione disciplinare va valutata non in relazione al momento in cui il datore avrebbe potuto accorgersi dell'infrazione ove avesse controllato assiduamente l'operato del dipendente, ma con riguardo all'epoca in cui ne abbia acquisito piena conoscenza.

La delimitazione dei poteri datoriali in relazione ai comportamenti illeciti dei lavoratori ha trovato sistematizzazione in **Sez. L, n. 18168/2023, Amendola F., Rv. 668092-01**, in cui si è affermato che la legittimità dei controlli cd. difensivi in senso stretto presuppone il "fondato sospetto" dell'imprenditore circa i comportamenti illeciti di uno o più lavoratori; ne consegue che spetta al datore l'onere di allegare, prima, e di provare, poi, le specifiche circostanze che l'hanno indotto ad attivare il controllo tecnologico *ex post*, sia perché solo il predetto sospetto consente l'azione datoriale fuori del perimetro di applicazione diretta dell'art. 4 st. lav., sia perché, in via generale, incombe sul datore, *ex art.* 5 l. n. 604 del 1966, la dimostrazione del complesso degli elementi che giustificano il licenziamento.

Dei poteri datoriali nell'alveo del conflitto collettivo, nel segno dell'esclusione dell'utilizzo di quelli disciplinari, si è occupata **Sez. L, n. 02520/2023, Micheli, Rv. 666603-01**, in cui - premesso che il nucleo essenziale della *ratio* dell'art. 28 della l. n. 300 del 1970 risiede nel garantire lo svolgimento del conflitto collettivo, sia tra capitale e lavoro che fra organizzazioni rappresentative di opzioni e visioni differenti degli interessi dei lavoratori - si è sottolineato come rispetto a detto conflitto il datore è tenuto a conservare un atteggiamento di neutralità (non limitato al mero rispetto dell'art. 17 st. lav.), salvi solo gli eventuali interventi necessari per proteggere l'incolumità delle persone o l'integrità dell'azienda. In conseguenza di tale premessa si è evidenziato come l'imprenditore, sebbene possa, in singole occasioni, schierarsi a favore di una organizzazione sindacale e contro un'altra, vede a lui precluso il ricorso ai poteri disciplinari e gerarchico-direttivi, attribuiti ai soli fini del governo delle esigenze produttive dell'azienda.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto l'illegittimità della sanzione disciplinare irrogata ad un lavoratore, rappresentante sindacale, in relazione ad una condotta - costituita dall'invio di una email di aspra critica di colleghi sindacalisti per avere i medesimi raggiunto con l'azienda un accordo di chiusura della procedura di mobilità, che egli aveva rifiutato di sottoscrivere - ritenuta estranea al rapporto di lavoro ed attinente all'esercizio del diritto alla libertà sindacale.

#### **4.1. Divieti di discriminazione.**

In armonia con i principi costituzionali ed altresì con quelli di correttezza e buona fede, il divieto di discriminazione - sia diretta che indiretta - da parte del datore non riguarda una sola fase del rapporto lavorativo, ma tutto il rapporto, dalle fasi prodromiche all'insorgenza fino alla cessazione.

Quanto all'assunzione, **Sez. L, n. 14448/2023, Pagetta, Rv. 667707-01**, in tema di requisiti, ha puntualizzato che la previsione di un medesimo limite statutario per uomini e donne configura discriminazione indiretta ove non oggettivamente giustificato, né comprovato nella sua pertinenza e proporzionalità alle mansioni comportate dalla qualifica attribuita.

Sulle discriminazioni basate sul sesso va ricordato l'insegnamento di **Sez. L, n. 03361/2023, Pagetta, Rv. 666606-01**: in tema di comportamenti datoriali discriminatori fondati sul sesso, l'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 stabilisce un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore della parte ricorrente, che è tenuta solo a dimostrare un'ingiustificata differenza di trattamento o una posizione di particolare svantaggio, dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge, competendo poi al datore la prova dell'assenza di discriminazione.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto elemento neutro ai fini della discriminazione il recesso intimato al termine del periodo di apprendistato, senza valutare che la ricorrente era portatrice di un fattore di rischio, avendo condotto a termine due gravidanze durante l'apprendistato, e che tale elemento considerato congiuntamente al dato statistico - il cui esame evidenziava che tutti gli altri apprendisti, circa duecento, erano stati assunti - imponeva al datore di lavoro di provare l'assenza di discriminazione.

Pronunziata in tema di pubblico impiego contrattualizzato, va qui ricordata in quanto esprime un principio generale che trascende la natura privata, pubblica o del settore cd. pubblico contrattualizzato, **Sez. L, n. 10328/2023, Fedele, Rv. 667430-01**, in cui si è affermato: in tema di comportamenti datoriali discriminatori fondati sul sesso, l'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 stabilisce un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore della parte ricorrente, che è tenuta solo a dimostrare un'ingiustificata differenza di trattamento o una posizione di particolare svantaggio, dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge, competendo poi al datore la prova dell'assenza di discriminazione. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto elemento neutro ai fini della discriminazione il recesso intimato al termine del periodo di apprendistato, senza valutare che la ricorrente era portatrice di un fattore di rischio, avendo condotto a termine due gravidanze durante l'apprendistato, e che tale elemento considerato congiuntamente al dato statistico - il cui esame evidenziava che tutti gli altri apprendisti, circa duecento, erano stati assunti - imponeva al datore di lavoro di provare l'assenza di discriminazione.

Va qui brevemente ricordata anche, quanto all'individuazione dei comportamenti costituenti discriminazione indiretta, **Sez. L, n. 09095/2023, Micheli, Rv. 667558-01**, in tema di applicazione del medesimo periodo di comporto al lavoratore disabile, senza considerazione dei rischi di maggiore morbilità di detto lavoratore, pronunzia che sarà esaminata nell'alveo del capitolo dedicato al licenziamento.

#### **4.2. Il mutamento della parte datoriale, ex art. 2112 c.c., o per cambio appalto.**

In materia di trasferimento d'azienda, la disciplina dell'art. 2112 c.c. si applica ogni qualvolta, rimanendo immutata l'organizzazione aziendale, vi sia la sostituzione della persona del titolare del rapporto di lavoro e il suo subentro nella gestione del complesso dei beni ai fini dell'esercizio dell'impresa, indipendentemente dallo strumento tecnico giuridico adottato e dalla

sussistenza di un vincolo contrattuale diretto tra cedente e cessionario (così **Sez. L, n. 23242/2023, Pagetta, Rv. 668341-01**).

In tema di delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c., **Sez. L, n. 03747/2023, Garri, Rv. 666622-01**, ha sottolineato che la norma citata si applica anche in caso di trasferimento o conferimento di attività da pubbliche amministrazioni a soggetti privati.

Viene, infatti, enunziato il seguente principio di diritto: in tema di trasferimento o conferimento di attività da pubbliche amministrazioni ad altri soggetti pubblici o privati, al personale trasferito è applicabile la tutela prevista dall'art. 2112 c.c., dovendosi escludere, in forza del richiamo di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, che la stessa richieda una vicenda traslativa di un'azienda in senso tecnico - purché il passaggio dei dipendenti sia effettivo - senza che ciò comporti garanzia di continuità del rapporto di lavoro dall'amministrazione pubblica al nuovo soggetto giuridico.

**Sez. L, n. 30094/2023, Patti, Rv. 669353-01**, ha preso in esame le conseguenze della violazione dell'art. 2112 c.c., della dichiarazione giudiziale di nullità della cessione di un ramo d'azienda, del conseguente ordine di ripristino del rapporto di lavoro e dell'obbligo retributivo del datore di lavoro cedente, esaminando la fattispecie in cui il lavoratore a favore del quale tale ordine è stato emesso sia stato nel frattempo collocato in pensione; per una tale ipotesi la S.C. ha precisato che il pensionamento del dipendente non integra una causa di impossibilità della reintegrazione nel posto di lavoro, perché la disciplina dell'incompatibilità tra trattamento pensionistico e percezione di un reddito da lavoro dipendente si colloca sul solo piano del rapporto previdenziale e determina la sospensione della prestazione pensionistica, senza però comportare l'invalidità del rapporto di lavoro, con la conseguenza che il ripristino del rapporto *ex tunc* determina soltanto l'obbligo del lavoratore di restituire i ratei percepiti, divenuti indebiti.

Sulle tematiche della dichiarazione giudiziale di nullità della cessione di un ramo d'azienda e del conseguente ordine di ripristino del rapporto di lavoro e dell'obbligo retributivo del datore di lavoro cedente, va rammentata anche **Sez. L, n. 30087/2023, Patti, Rv. 669405-01**.

La S.C. ha sul punto affermato che il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società, alle quali fanno capo i rapporti di lavoro dei dipendenti in servizio presso le distinte e rispettive imprese (salva l'ipotesi di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro in caso di simulazione o preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i diversi soggetti), con la conseguenza che, in caso di accertamento giudiziale

dell'illegittimità della cessione di ramo d'azienda e di conseguente condanna al ripristino del rapporto di lavoro, il pagamento delle retribuzioni da parte del cessionario che abbia utilizzato la prestazione del lavoratore non estingue l'obbligazione retributiva gravante sul cedente che abbia ingiustificatamente rifiutato la controprestazione lavorativa, essendo configurabili due distinti rapporti di lavoro (di fatto, con la cessionaria; *de iure* con la cedente), con la conseguenza che il cessionario adempie un'obbligazione propria e non estingue un'obbligazione altrui.

Conclusivamente, ha evidenziato il giudice di legittimità, è manifestamente infondata la sollevata questione di costituzionalità dell'art. 1207, comma 1, c.c. per violazione degli art. 3, 36 e 41 Cost., in riferimento al diritto del lavoratore di ricevere una retribuzione, per l'unica prestazione materialmente resa, in favore di un soggetto che l'abbia utilizzata e retribuita, spettando, invece, al lavoratore anche la retribuzione della prestazione lavorativa offerta e rifiutata dal cedente, in quanto giuridicamente equiparata a quella effettivamente resa, non essendo esclusa la validità dell'offerta di prestazione al datore di lavoro cedente dalla prestazione resa in favore del cessionario.

Quanto al cambio appalto e alla delimitazione degli obblighi di assunzione, va rammentata **Sez. L, n. 05288/2023, Ponterio, Rv. 666934**, in cui si è stabilito che in tema di cambio di gestione dell'appalto con passaggio dei lavoratori all'impresa nuova aggiudicatrice, gli artt. 4 e 5 del c.c.n.l. vigilanza, sezione servizi fiduciari - ove è previsto, tra l'altro, un obbligo di assunzione, a carico dell'impresa subentrante, dei lavoratori dipendenti dell'impresa uscente impiegati da almeno sei mesi nell'appalto, con decorrenza dal primo giorno successivo alla scadenza dell'appalto stesso - devono essere interpretati nel senso che l'operatività dell'obbligo di assunzione non è limitata al solo caso di avvicendamento tra imprese entrambe vincolate all'applicazione del predetto c.c.n.l., atteso che nessuna esplicita deroga è stata prevista al riguardo dalle parti negoziali, che in nessun modo hanno collegato il venir meno del predetto obbligo all'ipotesi di applicazione di un diverso contratto collettivo da parte dell'azienda uscente.

Altre disposizioni collettive regolanti il medesimo tema (cd. clausola sociale) sono state esaminate da **Sez. L, n. 32805/2023, Cinque, Rv. 669630-01**, la quale ha affermato che in caso di successione di imprese nell'appalto per il servizio di igiene urbana, la previsione dell'art. 6 del c.c.n.l. Ambiente del 2012, in rinnovo dell'art. 4 del c.c.n.l. del 1995, assume - a prescindere dalla configurabilità di un'ipotesi di tutela *ex art. 2112 c.c.* - efficacia cogente nei confronti delle imprese affidatarie del servizio di igiene ambientale, configurando un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione in capo al

lavoratore alle dipendenze dell'impresa cessata, che rinviene la propria "ratio" nell'esigenza che l'avvicendamento nell'appalto non determini la perdita di occupazione dei lavoratori ad esso addetti in via ordinaria.

**Sez. L, n. 31491/2023, Panariello, Rv. 669629-01, Rv. 669629-02 e Rv. 669629-03**, si è pronunciata invece con riferimento alle disposizioni contenute nel c.c.n.l. igiene ambientale aziende private FISE del 12 aprile 2013, e precisamente negli artt. 6 e 7 del medesimo, disciplinanti anch'esse l'assetto dei rapporti di lavoro dei dipendenti dell'impresa che cessa dalla gestione dell'appalto.

In tale decisione la S.C. ha affermato che l'art. 6 di detto c.c.n.l. prevede un diritto all'assunzione, senza periodo di prova, in capo ai dipendenti dell'impresa uscente, con correlativo obbligo a carico dell'impresa subentrante, il quale non risulta condizionato all'avvenuto adempimento degli obblighi procedurali di comunicazione stabiliti a carico dell'impresa uscente da una clausola contenuta nel comma terzo di tale articolo, sul presupposto che i dipendenti in questione sono totalmente estranei sia al rapporto fra le due imprese, sia al rapporto fra queste e l'ente committente, nonché agli interessi che quella clausola intende tutelare e alle finalità che è volta a perseguire.

Rispetto a siffatto diritto, secondo la medesima decisione, può costituire un fatto impeditivo l'eventuale "non armonizzabilità" delle posizioni lavorative esistenti presso l'impresa uscente con l'organizzazione dell'impresa subentrante, se dovuta a innovazioni tecnologiche o a ristrutturazioni organizzative del servizio, prevista dall'art. 7 del medesimo c.c.n.l., fatto la cui sussistenza però deve però essere dimostrata dalla medesima impresa *ex art. 2697 c.c.*; in ogni caso, ha puntualizza la S.C., gli artt. 6 e 7 del c.c.n.l. in questione devono essere interpretati nel senso che la "non armonizzabilità" anzidetta può essere opposta e fatta valere solo a condizione che siano stati adempiuti gli obblighi di preliminare consultazione e partecipazione sindacale, quindi di trattativa sindacale finalizzata alla ricerca di soluzioni atte a garantire l'occupazione dei lavoratori, ivi previsti.

### **4.3. L'interposizione di manodopera.**

Il fenomeno della interposizione di manodopera è stato esaminato da **Sez. L, n. 18455/2023, Caso, Rv. 668155-01**, in cui si è affermato che l'utilizzazione, da parte dell'appaltatore, di capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante dà luogo ad una presunzione legale assoluta di sussistenza della fattispecie vietata dall'art. 1 della l. n. 1369 del 1960, solo quando detto conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore. La sussistenza o meno della modestia di

tale apporto, e quindi la stessa reale autonomia dell'appaltatore, deve essere accertata in concreto dal giudice, alla stregua dell'oggetto e del contenuto intrinseco dell'appalto; con la conseguenza che - nonostante la fornitura di macchine ed attrezzature da parte dell'appaltante - l'anzidetta presunzione legale assoluta non è configurabile ove risulti un rilevante apporto dell'appaltatore, mediante il conferimento di capitale (diverso da quello impiegato in retribuzioni ed in genere per sostenere il costo del lavoro), *know how*, *software* o altri beni immateriali, aventi rilievo preminente nell'economia dell'appalto. A tal fine, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003, mentre in appalti che richiedono l'impiego di importanti mezzi o materiali, c.d. "pesanti", il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere calibrato se non sulla titolarità, quanto meno sull'organizzazione di questi mezzi, negli appalti c.d. "leggeri", in cui l'attività si risolve prevalentemente o quasi esclusivamente nella prestazione di lavoro, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista una effettiva gestione dei propri dipendenti.

Sulla tematica dell'interposizione di manodopera merita di essere richiamata anche **Sez. L, n. 32412/2023, Michelini, Rv. 669552-01**, meglio illustrata al successivo paragrafo n. 6 in materia di somministrazione, cui si rinvia.

#### **4.4. Ipotesi di inadempimento datoriale.**

L'inadempimento datoriale non legittima in via automatica il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa in quanto, vertendosi in ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive, trova applicazione il disposto dell'art. 1460, comma 2, c.c., alla stregua del quale la parte adempiente può rifiutarsi di eseguire la prestazione a proprio carico solo ove tale rifiuto, avuto riguardo alle circostanze concrete, non risulti contrario alla buona fede (cfr. **Sez. L, n. 10227/2023, Ponterio, Rv. 667415-01**).

In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittima la sanzione disciplinare conservativa irrogata ad alcuni dipendenti, aventi qualifica di macchinista, di Trenitalia S.p.a. - a causa del rifiuto dai medesimi opposto all'ordine datoriale di eseguire la prestazione a partire dalle ore 4.25, in anticipo rispetto all'orario ordinario delle 5.00 - avuto riguardo, in una valutazione comparativa del comportamento delle parti, da un lato, all'assenza di profili di illiceità penalmente rilevanti nella richiesta di turno allargato, peraltro effettuata al massimo in due occasioni, senza quindi pregiudizio per le esigenze vitali dei lavoratori, e, dall'altro, alle conseguenze negative che tale rifiuto aveva provocato sul funzionamento del servizio di trasporto pubblico gestito dalla società.

#### **4.5. Vicende relative alla cessazione del rapporto di lavoro: le dimissioni e le rinunzie e le transazioni in sede sindacale.**

L'efficacia delle dimissioni volontarie, ai sensi dell'art. 55, comma 4, del d.lgs. n. 151 del 2001 (*ratione temporis* applicabile), è sospesa fino alla convalida da parte del servizio ispettivo del Ministero del lavoro e non fino alla cessazione del "periodo protetto" di astensione per maternità fruito dalla interessata, avendo la norma inteso tutelare una volta per tutte la genuinità e spontaneità della volontà - contro eventuali abusi datoriali volti a viziarla o a condizionarla in vario modo - espressa con riferimento al momento delle dimissioni, in relazione al quale la cessazione del periodo protetto costituisce un fattore neutro, inidoneo ad incidere, ora per allora, sulla modalità di formazione della predetta volontà (così **Sez. L, n. 05598/2023, Pagetta, Rv. 666939-01**).

Quanto alla conciliazione in sede sindacale va ricordata **Sez. L, n. 25795/2023, Micheli, Rv. 668627-01**, in cui viene affermato che, ai fini dell'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi, è necessario che l'accordo sia stato raggiunto con un'assistenza sindacale effettiva, tale da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura.

Nella specie, la S.C. ha escluso la riconducibilità al novero delle conciliazioni non impugnabili di cui all'art. 2113, ult. comma, c.c., di un accordo stipulato nella sede della Prefettura, nonostante la partecipazione di un rappresentante sindacale del lavoratore, avendo il giudice di merito, con valutazione insindacabile in sede di legittimità, escluso l'effettiva assistenza, anche alla luce della sede non prettamente sindacale di sottoscrizione dell'accordo e della mancanza di previsione di modalità contrattuali collettive cui parametrare la valutazione, senza tuttavia in astratto escludere la possibilità di sottoscrizione di detto atto anche in tale luogo.

#### **5. I contratti a termine.**

In materia di contratto a tempo determinato, la possibilità della riduzione alla metà del limite massimo dell'indennità prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, in dipendenza della applicabilità al lavoratore di accordi di stabilizzazione, ai sensi dell'art. 32, comma 6, della stessa legge, deve essere verificata con riferimento alla data della cessazione del rapporto ed è subordinata all'effettiva e concreta possibilità per il lavoratore di aderire, in tale momento, ad un accordo di stabilizzazione e non, invece, alla mera circostanza

della stipula, in assoluto, di accordi di stabilizzazione da parte del datore di lavoro (così **Sez. L, n. 22141/2023, Cinque, Rv. 668423-01**).

Il delicato tema dell'impugnativa stragiudiziale solo dell'ultimo contratto a termine della serie in caso decadenza dall'impugnativa dei precedenti è stato indagato in **Sez. L, n. 15226/2023, Garri, Rv. 667796-01**.

Sulla questione è stato precisato in detta pronunzia che in caso di successione di contratti a termine, l'impugnazione rivolta solo nei confronti dell'ultimo contratto di una serie, quando la parte sia decaduta dall'impugnativa di quelli precedenti, non esclude che il giudice debba tener conto, nel valutare la legittimità del contratto tempestivamente impugnato, del dato fattuale dell'esistenza di pregressi rapporti a termine, per verificare se l'attività, complessivamente considerata, possa considerarsi effettivamente temporanea o se sussista un'ipotesi di abusiva reiterazione, da accertare secondo le statuizioni della sentenza della CGUE del 14 ottobre 2020, causa C-681/18 (alla luce della quale va interpretato l'art. 1 del d.lgs. 368 del 2001, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1 del d.l. n. 34 del 2014, conv. dalla l. n. 78 del 2014, *ratione temporis* applicabile).

Sul tema del termine per impugnare in caso di abusiva reiterazione si è occupata anche **Sez. L, n. 04960/2023, Tricomi I., Rv. 666913-01**, che, pronunciata in tema di pubblico impiego contrattualizzato, ha enunciato un principio d'interesse generale, statuendo che in tema di contratto di lavoro a termine, in caso di azione promossa dal lavoratore per l'accertamento dell'abuso risultante dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, il termine di impugnazione previsto a pena di decadenza dall'art. 32, comma 4, lett. a), della l. n. 183 del 2010, deve essere osservato e decorre dall'ultimo (*ex latere actoris*) dei contratti intercorsi tra le parti, atteso che la sequenza contrattuale che precede l'ultimo contratto rileva come dato fattuale, che concorre ad integrare l'abusivo uso dei contratti a termine e assume evidenza proprio in ragione dell'impugnazione dell'ultimo contratto.

Dall'ultimo dei contratti a termine conclusi tra le parti e illegittimamente reiterati decorre inoltre il termine decennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno cd. comunitario.

Tale principio è stato enunciato da **Sez. L, n. 34741/2023, Cavallari, Rv. 669579-01**, esaminata nel successivo capitolo XIX, a cui si fa rinvio per maggiori indicazioni.

**Sez. L, n. 05064/2023, Garri, Rv. 666936-01**, quanto alle attività stagionali, ha precisato che in tema di successione di contratti di lavoro a tempo determinato, la deroga - *ex art. 5, comma 4-ter*, del d.lgs. n. 368 del 2001 - al divieto di superamento del limite massimo di trentasei mesi di durata cumulativa

dei contratti, riguardante attività preordinate ed organizzate per un espletamento temporaneo limitato ad una stagione, cd. stagionali, presuppone, ai fini della sua operatività, che la contrattazione collettiva, in attuazione della delega conferitale dalla citata disposizione normativa, le elenchi specificatamente.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata - che aveva ritenuto non operante la deroga - sul rilievo che l'art 30 del c.c.n.l. per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aereoportuali dell'8 luglio 2010, applicabile alla fattispecie, conteneva un tautologico rinvio all'art. 2 del menzionato d.lgs., che regola in generale la possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro per le società di trasporto aereo e dei servizi di terra, attribuendo alla normale attività dell'impresa una generica connotazione di stagionalità.

I principi anzidetti sono stati ulteriormente sviluppati, successivamente, da **Sez. L, n. 34561/2023, Cavallari, Rv. 669564-02**, la quale - dopo aver ribadito la ricostruzione del sistema operata dalla decisione dianzi richiamata, da confermarsi anche alla luce del disposto dell'art. 21 del d.lgs. n. 81 del 2015 - ha affermato che la deroga prevista dagli artt. 5, comma 4-ter, del d.lgs. n. 368 del 2001 e 21, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015 al divieto di superamento del limite massimo di trentasei mesi di durata dei contratti di lavoro a tempo determinato è applicabile, anche nel settore dell'agricoltura, ma solamente quando tali contratti riguardino attività stagionali ai sensi degli articoli citati.

Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la decisione impugnata secondo cui nel settore dell'agricoltura sarebbero state giustificate deroghe, fondate su ragioni di natura oggettiva, al sistema delle tutele del lavoro a termine e dei rimedi apprestati in caso di abusiva successione contrattuale, considerato che la naturale ciclicità temporale dell'attività agricola renderebbe il rapporto agricolo peculiare, al punto che non potrebbe negarsi la possibilità di proroghe e/o rinnovi oltre il termine del triennio.

Nel disattendere tale impostazione, la S.C. ha invece stabilito che non è, di per sé, qualificabile come attività agricola stagionale, ai sensi degli artt. 5, comma 4-ter, del d.lgs. n. 368 del 2001 e 21, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015, quella, idonea a perpetuarsi nel tempo, che non dipenda dall'ordinaria scansione temporale delle comuni incombenze attinenti alla detta attività agricola; ne consegue che i lavoratori addetti stabilmente (ed oltre i tempi indicati nella normativa nazionale in tema di contratti a tempo determinato) alle attività imprenditoriali connesse alle necessità operative che proseguono per tutto il corso dell'anno - come quelle di custodia, riparazione e manutenzione degli impianti e dei macchinari, e, in genere, di preparazione alla nuova stagione piena

- devono essere dipendenti a tempo indeterminato e non lavoratori stagionali, anche quando l'attività produttiva come tale, considerata nel suo complesso, abbia carattere stagionale (**Sez. L, n. 34561/2023, Cavallari, Rv. 669564-03**).

Su tali presupposti la S.C., ha quindi ribadito che nei rapporti di lavoro a tempo determinato che riguardino attività stagionali ai sensi degli artt. 5, comma 4-*ter*, del d.lgs. n. 368 del 2001 e 21, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015, le prestazioni da eseguire e il carattere stagionale delle stesse devono risultare dalla causale dei relativi contratti, precisando altresì che in caso di contestazioni sollevate dal lavoratore in ordine alle mansioni in concreto svolte e alla loro stagionalità, il giudice è tenuto ad accertare queste circostanze in concreto, gravando sul datore di lavoro l'onere di provare che il lavoratore fosse addetto esclusivamente a tali attività stagionali o ad altre ad esse strettamente complementari o accessorie (**Sez. L, n. 34561/2023, Cavallari, Rv. 669564-04**).

Nella medesima decisione, avente ad oggetto una controversia inerente a rapporti a tempo determinato instaurati e più volte reiterati nel tempo con l'Ente di sviluppo agricolo (ESA) per la Sicilia, è stato infine stabilito che quest'ultimo è un ente pubblico non economico, il quale non può essere considerato imprenditore agricolo ai sensi dell'art. 2135 c.c., con la conseguenza che ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi dal medesimo non è applicabile la disciplina di cui agli artt. 10, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 e 29, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 81 del 2015 (**Sez. L, n. 34561/2023, Cavallari, Rv. 669564-01**).

La tematica delle deroghe al divieto di superamento del limite massimo di trentasei mesi di durata dei contratti di lavoro a tempo determinato è stata affrontata anche da ulteriori decisioni emesse lungo tutto l'arco del 2023.

Tra queste si deve richiamare **Sez. L, n. 36120/2023, Micheli, Rv. 669659-01**, pronunciata con riferimento a contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con un ente teatrale regionale.

In tale decisione la S.C. ha affermato il principio per cui vanno computati nel termine massimo di durata stabilito nell'ambito della disciplina della successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, anche i contratti già rientranti nel campo di applicazione dell'art. 1, lett. e), della legge n. 230/1962.

Ciò in base ad un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, in ragione del disposto del comma 4-*ter* dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, *ratione temporis* applicabile, il quale escludeva l'applicazione del termine massimo di durata alla successione di contratti "nei confronti delle

attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525”, il quale elenca le attività per le quali, ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. a), della l. n. 230 del 1962, era consentita l’apposizione di un termine nei contratti di lavoro per il personale assunto temporaneamente, facendo però riferimento alle sole ipotesi previste dalla lett. a) di detta disposizione (“speciale natura dell’attività lavorativa derivante dal carattere stagionale della medesima”), e non già a quelle di cui alla successiva lett. e) (“scritture del personale artistico e tecnico della produzione di spettacoli”).

Dall’altro, in ragione del principio generale secondo il quale, in tema di contratti a tempo determinato, ai fini della verifica del rispetto del limite massimo di durata di trentasei mesi, vanno inclusi anche i contratti già conclusi, stipulati prima dell’aggiunta del comma 4-*bis* al testo dell’art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, effettuata dall’art. 1, comma 40, della l. n. 247 del 2007, in quanto il comma 43 del medesimo art. 1 li attrae nel conteggio della durata complessiva, al fine della suddetta verifica.

Sulla medesima tematica delle deroghe al divieto di superamento del limite massimo di trentasei mesi di durata dei contratti di lavoro a tempo determinato, con specifico riferimento alla deroga consentita in base al secondo periodo dell’art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, nel testo *ratione temporis* applicabile, si è invece pronunciata **Sez. L, n. 30939/2023, Ponterio, Rv. 669541-01**, secondo cui tale deroga ha ad oggetto unicamente il limite temporale massimo di 36 mesi previsto, per il caso di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, dal primo periodo della medesima disposizione: l’art. 5 in questione detta infatti una disciplina sulle conseguenze sanzionatorie della prosecuzione del rapporto dopo la scadenza del termine originariamente stabilito o successivamente prorogato e sul limite temporale massimo di successione dei contratti a tempo determinato, senza interferire in nessun modo con l’obbligo della causale giustificativa dell’apposizione del termine, disciplinato dall’art. 1 del menzionato d.lgs.

Si fa infine rinvio al paragrafo 8, quanto alla possibilità per i contratti aziendali di derogare al cd. tetto legale di durata dei contratti a tempo determinato, questione esaminata da **Sez. L, n. 09668/2023, Caso, Rv. 667377-02**.

## 6. La somministrazione.

In tema di contratti di somministrazione di lavoro irregolare, **Sez. L, n. 19114/2023, Ponterio, Rv. 668105-02**, ha ritenuto che il meccanismo dell’instaurazione del rapporto con l’utilizzatore *ex art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, ratione temporis* applicabile, comporta non la creazione di un

rapporto *ex novo*, bensì il subentro dell'utilizzatore nei rapporti così come costituiti e gestiti dal somministratore, e la conseguente imputazione all'utilizzatore medesimo degli atti compiuti a tal fine dall'interponente, che manterranno la loro validità, nei limiti in cui risultino compatibili con le norme inderogabili.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva qualificato il rapporto instaurato con l'utilizzatore come *part time*, sulla base della tipologia dei pregressi rapporti di somministrazione irregolare ed in assenza di deduzioni specifiche di illegittimità degli stessi per violazione della disciplina inderogabile sul lavoro a tempo parziale.

Nella medesima pronuncia si è affermato anche che la riduzione del termine di decadenza per l'impugnazione giudiziale di cui all'art. 6, comma 2, della l. n. 604 del 1966, così come modificato dall'art. 1, comma 38, della l. n. 92 del 2012, da duecentosettanta a centottanta giorni, si applica anche alle ipotesi di cui ai commi 3 e ss. dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010 (**Sez. L, n. 19114/2023, Ponterio, Rv. 668105-01**).

Nell'affermare il suddetto principio, la S.C. ha precisato che il termine ridotto non può tuttavia trovare applicazione con riguardo all'impugnativa di contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato conclusi in data antecedente a quella di entrata in vigore della citata l. n. 92 del 2012, per i quali continua ad operare l'originario termine di impugnazione di duecentosettanta giorni.

Dei rapporti tra decadenza e carenza di forma scritta nel contratto di somministrazione si è occupata, invece, **Sez. L, n. 19216/2023, Ponterio, Rv. 668106-01**, in cui si è stabilito che la decadenza dall'impugnativa del contratto di somministrazione di lavoro *ex art.* 39 del d.lgs. n. 81 del 2015 si applica anche all'ipotesi di nullità del contratto stesso per mancanza di forma scritta ai sensi del precedente art. 38, comma 1, poiché attraverso il rinvio operato dal citato art. 39 all'art. 38, comma 2, del d.lgs. in questione, che, a sua volta, richiama le condizioni di cui all'art. 33, comma 1, la predetta ipotesi della nullità viene ad essere inclusa nell'ambito di operatività della disciplina in tema di decadenza.

In **Sez. L, n. 10694/2023, Michellini, Rv. 667418-01**, è stato puntualizzato che in tema di somministrazione irregolare, l'art. 80-*bis* del d.l. n. 34 del 2020, conv., con modif., dalla l. n. 77 del 2020 - ove è previsto che il secondo periodo del comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 81 del 2015, ai sensi del quale tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o gestione del rapporto si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione, si interpreta nel senso che tra gli atti di costituzione e di gestione del rapporto di lavoro non è compreso il

licenziamento - deve qualificarsi come norma di interpretazione autentica, in quanto, chiarendo la portata della norma interpretata, intervenendo, con effetti retroattivi, su quei profili applicativi che avevano dato luogo ad incertezze, prescrive una regola di giudizio destinata ad operare in termini generali per le controversie già avviate come per quelle future.

Sul medesimo tema si è successivamente soffermata anche **Sez. L, n. 30945/2023, Ponterio, Rv. 669542-01**, la quale, richiamando i medesimi principi dianzi evidenziati, ha affermato che l'art. 80-*bis* del d.l. n. 34 del 2020, conv. con modif. dalla l. n. 77 del 2020, da qualificarsi come norma di interpretazione autentica, sebbene espressamente riferita all'art. 38 del d.lgs. n. 81 del 2015, costituisce criterio ermeneutico decisivo per giungere ad identica conclusione con riguardo alla disposizione di cui al previgente art. 27, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003 - *ratione temporis* applicabile - in ragione della sovrapposibilità dei due testi normativi.

**Sez. L, n. 32412/2023, Micheli, Rv. 669552-01**, ha sviluppato ulteriormente la tematica, affermando che la suddetta norma di interpretazione autentica di cui all'art. 80-*bis* del d.l. n. 34 del 2020 cit., sebbene dettata in materia di somministrazione irregolare di lavoro, si applica analogicamente anche al cd. appalto non genuino di servizi, e ciò in virtù della comune *ratio* di tutela del lavoratore coinvolto in fenomeni interpositori irregolari o simulati, testimoniata anche dalla sovrapposibilità dei testi normativi di cui al previgente art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003 (cui l'art. 29, comma 3-*bis*, del medesimo d.lgs. - anch'esso abrogato - rinvia) e all'attuale art. 38, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

## **7. Contratto di apprendistato, di lavoro intermittente, a progetto, di collaborazione coordinata e continuativa.**

Sulla forma del contratto di apprendistato va ricordata **Sez. L, n. 10826/2023, Pagetta, Rv. 667460-01**, in cui si è affermato che la forma scritta *ad substantiam* - richiesta per la stipula - deve necessariamente contenere il piano formativo individuale nel corpo dell'atto, senza possibilità di rinvio ad un documento esterno, in quanto l'elemento professionalizzante qualifica la causa del contratto stesso, con la conseguenza che la volontà negoziale del lavoratore deve formarsi sulla base della piena consapevolezza del percorso proposto e della sua idoneità per l'acquisizione della qualifica.

In tema di contratto di apprendistato, in caso di recesso del datore di lavoro anticipato rispetto alla scadenza del periodo di formazione, la domanda giudiziale di nullità o invalidità del contratto, con conseguente trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, non è assoggettata ai termini di cui all'art.

32, commi 3 e 4, della l. n. 183 del 2010, non rientrando nei tassativi casi indicati dalla norma (in tal senso **Sez. L, n. 21294/2023, Patti, Rv. 668422-01**).

Quanto ai presupposti del contratto di lavoro intermittente, **Sez. L, n. 22086/2023, Boghetich, Rv. 668492-01**, ha statuito che i presupposti che legittimano la stipula del contratto di lavoro intermittente *ex art. 13 del d.lgs. n. 81 del 2015* - età del lavoratore e discontinuità dell'attività - non devono necessariamente concorrere, in quanto il legislatore ha previsto due distinte ipotesi di lavoro intermittente, l'una giustificata dal requisito, oggettivo, dell'attività discontinua e l'altra da quello, soggettivo, dell'età del lavoratore.

Del lavoro a progetto si è, nell'anno in corso, interessata la S.C., con riguardo alle ipotesi di illegittimità dello stesso, per affermare la conversione del rapporto a tempo indeterminato, qualora il rapporto a progetto si sia sviluppato con una società a partecipazione pubblica, cui non si applichi *ratione temporis* l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008.

Nel dettaglio, **Sez. L, n. 06171/2023, Piccone, Rv. 666949-01**, ha affermato che in tema di società a partecipazione pubblica, nel caso in cui non sia applicabile *ratione temporis* l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008 - con il quale il legislatore ha esteso alle società *in house* le limitazioni imposte alle pubbliche amministrazioni nelle procedure di reclutamento del personale - è ammissibile la conversione del contratto a progetto illegittimo in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Sulle attività di collaborazione coordinata e continuativa rese in favore della Federazione Italiana Golf, va rimarcato quanto sottolineato da **Sez. L, n. 05090/2023, Piccone, Rv. 666933-01**, che - negata la natura di associazione sportiva dilettantistica di detto ente ai fini dell'operatività della deroga di cui all'art. 61, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003 (*ratione temporis* vigente) - ha affermato che, conseguentemente, le attività di collaborazione coordinata e continuativa rese ed utilizzate in favore della Federazione stessa non sono escluse dal campo di applicazione delle disposizioni sul contratto di lavoro a progetto.

Va infine qui ricordata, per la vicinanza alle questioni esaminate, **Sez. L, n. 14744/2023, Garri, Rv. 667719-01**, in cui si è precisato che la legittimità di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa senza previsione di un termine - nella specie di un rapporto iniziato sotto la vigenza della l. n. 196 del 1997 e proseguito sotto quella del d.lgs. n. 276 del 2003 - va verificata alla luce delle disposizioni in vigore al momento della stipula del contratto, poiché il suo regime si definisce alla genesi del rapporto.

## 8. Principi in tema di contrattazione collettiva.

In tema di interpretazione del contratto collettivo nazionale e integrativo regionale, con riguardo all'indennità di rimborso per l'utilizzo del mezzo proprio spettante agli operai addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale, va evidenziata **Sez. L, n. 02996/2023, Garri, Rv. 666605-01**.

In essa è stato enunciato il seguente principio: in materia di contrattazione collettiva, al fine di ricostruire la comune intenzione delle parti contrattuali, non può essere attribuita rilevanza esclusiva al senso letterale delle parole, atteso che la natura di detta contrattazione, spesso articolata in diversi livelli (nazionale, provinciale, aziendale, ecc.), la vastità e la complessità della materia trattata, in ragione della interdipendenza dei molteplici profili della posizione lavorativa, il particolare linguaggio in uso nel settore delle relazioni industriali, non necessariamente coincidente con quello comune e, da ultimo, il carattere vincolante che non di rado assumono nell'azienda l'uso e la prassi, costituiscono elementi tutti che rendono indispensabile una utilizzazione dei generali criteri ermeneutici che tenga conto della specificità della materia, con conseguente assegnazione di un preminente rilievo al canone interpretativo dettato dall'art. 1363 c.c.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, in base ad una interpretazione complessiva della contrattazione collettiva nazionale e integrativa regionale per i lavoratori addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale, aveva ritenuto che il rimborso spettante in caso di utilizzo del mezzo proprio per il raggiungimento del posto di lavoro fosse disciplinato dall'art. 54 del c.c.n.l. 2010-2012, e non dall'art. 7 contratto integrativo Regione Calabria 2008/2011, non rientrando la materia tra quelle rimesse alla contrattazione decentrata.

Dei presupposti dell'accordo di prossimità, *ex* art. 8, comma 1, d.l. n. 138 del 2011, conv. con l. n. 148 del 2011, si è occupata **Sez. L, n. 27764/2023, Amendola F., Rv. 669027-01**, sottolineando che esso è configurabile solo ove concorrano tutti gli specifici presupposti ai quali la norma lo condiziona, stante il suo carattere eccezionale evidenziato dalla possibilità che esso, a differenza dell'ordinario contratto aziendale, deroghi alle disposizioni di legge e di contratto collettivo con efficacia generale nei confronti di tutti i lavoratori interessati. Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la ricorrenza di un accordo di prossimità, non essendo il requisito di rappresentatività e il criterio maggioritario delle rappresentanze sindacali che avevano sottoscritto l'accordo surrogabile attraverso la dimostrazione dell'adesione maggioritaria dei lavoratori al contenuto dello stesso.

Quanto ai rapporti tra contratti di diverso ambito territoriale, **Sez. L, n. 23700/2023, Amendola F., Rv. 668613-01**, ha stabilito che il rapporto fra essi non è regolato dai principi di gerarchia e di specialità propri delle fonti legislative, ma dalla effettiva volontà delle parti sociali, la quale deve essere desunta attraverso il coordinamento delle diverse disposizioni delle fonti collettive, aventi tutte pari dignità e forza vincolante, con la conseguenza che i rispettivi fatti costitutivi ed estintivi non interagiscono, rispondendo ciascuna disciplina a regole proprie in ragione dei diversi agenti contrattuali e del loro diverso ambito territoriale.

Nella specie, la S.C. - nel cassare la sentenza impugnata che aveva riconosciuto al personale non esattore di “Autostrade S.p.a.”, in forza di un accordo aziendale siglato il 21 luglio 2015, il diritto ai *ticket restaurant* anche per le giornate non di lavoro effettivo ma ad esse equiparabili - ha evidenziato che il giudice di merito aveva interpretato, non procedendo all’applicazione combinata dei criteri previsti dagli artt. 1362 c.c. e 1363 c.c., il predetto accordo in termini atomistici, in virtù di una lettura frammentata e parziale, senza coordinarne le previsioni con accordi sindacali aziendali precedenti e successivi.

Il tema del rapporto fra diversi contratti collettivi è stato esaminato anche da **Sez. L, n. 32359/2023, Roverso, Rv. 669550-01**, con riferimento ad una particolare indennità prevista dall’art. 26 del c.c.n.l. Energia e Petrolio del 25 gennaio 2017, e cioè l’indennità di uscita dal turno (I.U.T.).

In tale pronuncia si è affermato che ai fini della determinazione dell’indennità di uscita dal turno (I.U.T.) *ex art. 26 del c.c.n.l. Energia e Petrolio del 25 gennaio 2017*, il criterio per selezionare le voci da includere nella base di calcolo va individuato, in coerenza col dato letterale e la *ratio* della previsione, nel legame tra la voce da considerare e il lavoro in turno, e cioè nell’essere detta indennità corrisposta proprio in ragione della turnazione che caratterizza lo svolgimento della prestazione, atteso che tale norma detta una disposizione a carattere speciale che si impone su quella generale e consente di prescindere, per il calcolo della I.U.T., dalla natura retributiva, indennitaria o mista degli emolumenti.

Dei rapporti tra contrattazione aziendale e contrattazione nazionale si è occupata **Sez. L, n. 09668/2023, Caso, Rv. 667377-01**, affermando che la contrattazione aziendale, che non è una sommatoria di più contratti individuali, bensì atto di autonomia sindacale - riguardante una pluralità di lavoratori collettivamente considerati - destinato ad introdurre una disciplina collettiva uniforme dei rapporti di lavoro, non può derogare a quanto stabilito dalla contrattazione nazionale solo ove il legislatore abbia delegato la materia

riservandola a quest'ultima, non sussistendo nessun rapporto di gerarchia tra i due livelli di contrattazione.

Nella medesima pronunzia (**Sez. L, n. 09668/2023, Caso, Rv. 667377-02**) il giudice di legittimità ha puntualizzato altresì che in tema di rapporto di lavoro a tempo determinato, i contratti collettivi aziendali a cui fa riferimento l'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015 possono contemplare, ai sensi dell'art. 19, comma 2, del citato d.lgs., "diverse disposizioni" in deroga rispetto al cd. tetto legale di durata di contratti a tempo determinato in successione, anche laddove sia intervenuta a riguardo una determinata fonte collettiva di diverso livello altresì abilitata alla deroga dal predetto art. 51, non potendosi ritenere che, una volta esercitato il potere collettivo di deroga in uno qualsiasi dei contratti collettivi, si verifichi una sorta di consunzione o di consumazione del potere stesso e che, pertanto, detti contratti aziendali non possano derogare ulteriormente alla previsione legale (nonché alla deroga già operata dall'altra fonte collettiva).

Sulla efficacia nel tempo della contrattazione collettiva si è invece pronunciata **Sez. L, 34512/2023, Ponterio, Rv. 669561-01**, con riferimento ad un accordo collettivo di armonizzazione, concluso nell'ambito della procedura di consultazione di cui all'art. 47, legge 428 del 1990; tale decisione, dopo aver richiamato la giurisprudenza secondo la quale il contratto collettivo senza predeterminazione di un termine di efficacia non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti, sì che a tale contrattazione va estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, della recedibilità unilaterale, ha affermato che l'esercizio del recesso unilaterale da un accordo collettivo di armonizzazione a tempo indeterminato senza osservare un congruo termine di preavviso, imposto dai principi di correttezza e buona fede, non può determinare l'ultrattività, *sine die*, dell'accordo medesimo a favore dei lavoratori, poiché la violazione dell'obbligo di preavviso produce unicamente conseguenze di natura risarcitoria.

Va qui rammentata anche **Sez. L, n. 04296/2023, Boghetich, Rv. 666816-01**, in tema di interpretazione dell'art. 16 del c.c.n.l. personale dirigente industrie,

Al riguardo il giudice di legittimità ha sottolineato che in tema di personale dirigente privato, la locuzione "mutamento della propria attività sostanzialmente incidente sulla sua posizione" di cui all'art. 16 del c.c.n.l. dirigenti industria del 23 maggio 2000, va interpretata nel senso che ciò che integra la situazione di pregiudizio per la quale la norma contrattuale collettiva appresta la tutela, sotto forma di riconoscimento - in favore del dirigente che risolva, entro 60 giorni, il rapporto di lavoro a seguito del predetto mutamento - di un trattamento pari all'indennità sostitutiva del preavviso spettante in caso di licenziamento, è il (mero) verificarsi dell'effetto giuridico del mutamento della posizione del dirigente nell'organizzazione aziendale, a prescindere dalla configurazione di

una modifica in senso peggiorativo del ruolo esplicato dal lavoratore, costituendo la previsione negoziale uno strumento di tutela per il dirigente esposto ad un ampio arco di mutamenti, legittimi, del ruolo apicale di *alter ego* del datore di lavoro.

### 8.1. Dei codici deontologici.

Dei codici deontologici si è occupata **Sez. L, n. 28378/2023, Panariello, Rv. 669056-01, e Rv. 669056-02**, con affermazione dei principi di seguito riportati.

I codici deontologici relativi al trattamento dei dati personali, di cui al d.lgs. n. 196 del 2003, hanno natura normativa, e, pertanto, da un lato, per essi vale il principio *iura novit curia* - sicché il giudice deve individuarli e farne applicazione anche d'ufficio -, e, dall'altro, la violazione degli stessi può essere fatta valere con ricorso per cassazione *ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.*

La violazione dei codici deontologici relativi al trattamento dei dati personali, di cui al d.lgs. n. 196 del 2003, dà luogo all'inutilizzabilità dei dati così raccolti, la quale, nel periodo anteriore alla novella introdotta dal d.lgs. n. 101 del 2018, è da intendersi come "assoluta", quindi rilevante in sede sia processuale che extraprocessuale, e determina l'impossibilità sia per il datore di lavoro di avvalersi dei predetti dati ai fini di una contestazione disciplinare - e, poi, di produrli in giudizio come mezzo di prova -, sia per il giudice di merito di porli a fondamento della sua decisione.

### 9. Il contratto di agenzia.

Nel contratto di agenzia, devono considerarsi nulle, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c., le clausole formulate in modo tale da attribuire al preponente un potere illimitato di modifica unilaterale della base di calcolo e quindi dell'importo delle provvigioni, attraverso la facoltà di concedere extra sconti in misura non prestabilita e a un numero di clienti imprecisato, così rendendo non determinato e non determinabile un elemento essenziale del contratto, quale appunto la controprestazione dovuta dalla società all'agente (in tal senso si veda **Sez. L, n. 09365/2023, Ponterio, Rv. 667186-01**).

Sul diritto dell'agente uscente di disporre del portafoglio clienti dell'agenzia va ricordato quanto precisato da **Sez. L, n. 13528/2023, Caso, Rv. 667718-01**, in cui si è rimarcato che alla cessazione del rapporto di agenzia, l'agente uscente non ha diritto di disporre del portafoglio clienti dell'agenzia, di cui è titolare l'impresa preponente, avendo egli solo diritto al trattamento previsto dalla

contrattazione collettiva in relazione allo scioglimento del contratto, in parte commisurato all'incremento da lui apportato al portafoglio.

Quanto alla determinazione della indennità per il caso di cessazione del rapporto di agenzia, **Sez. L, n. 23547/2023, Patti, Rv. 668344-01**, ha puntualizzato che ai fini della determinazione della stessa per recesso del preponente, *ex art. 1751 c.c.*, nella base di computo vanno ricomprese non soltanto le provvigioni maturate, ma anche quelle percepite come “fisso provvigionale”, atteso che la previsione codicistica fa riferimento, in relazione al profilo del *quantum*, al più ampio concetto di “retribuzioni riscosse” - nel quale va ricompreso il minimo provvigionale garantito -, mirando detta previsione ad indennizzare l'agente per la perdita del contratto e, perciò, dei vantaggi che il contratto stesso gli avrebbe procurato.

Le conseguenze sul contratto di agenzia della messa in liquidazione coatta amministrativa della preponente sono verificate in **Sez. L, n. 27384/2023, Cinque, Rv. 668941-01**, in cui si è affermato che la messa in liquidazione coatta amministrativa della società preponente non determina lo scioglimento *ipso iure* del rapporto di lavoro con l'agente, in virtù del combinato disposto degli art. 201 e 72 della l.fall.

Nella specie, la S.C. ha cassato il decreto del tribunale che aveva negato l'ammissione al passivo delle somme richieste a titolo di indennità di preavviso dall'agente per il periodo in cui era stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita, rilevando che tale condizione non determina *ipso iure* lo scioglimento del contratto di agenzia.

Le conseguenze in caso di fallimento del preponente sono invece state esaminate in **Sez. L, n. 10046/2023, Patti, Rv. 667411-01, e Rv. 667411-02**, in cui sono stati affermati i principi così massimati da questo Ufficio.

In tema di fallimento del preponente, ove il rapporto di agenzia si sciogla, ai sensi dell'art. 72, comma 1, l.fall., per fatto concludente - con provvedimento di esclusione dei crediti relativi al predetto rapporto dallo stato passivo del fallimento del preponente -, i crediti maturati a titolo di indennità sostitutiva del preavviso e suppletiva di clientela possono essere ammessi allo stato passivo in questione, avuto riguardo alla natura non retributiva, né risarcitoria, bensì indennitaria di entrambe le indennità.

Nel caso di fallimento del preponente, al contratto di agenzia pendente si applica, in assenza di una disciplina specifica, la regola generale di sospensione stabilita dall'art. 72, comma 1, e non l'art. 78, vigente *ratione temporis*, l.fall. - il quale, peraltro, prevede lo scioglimento del contratto per il fallimento del mandatario, non anche del mandante -, non essendo possibile assimilare

tipologicamente il rapporto di agenzia a quello di mandato alla luce dei caratteri distintivi del primo, dati dalla continuità e stabilità dell'attività dell'agente.



# CAPITOLO XXI

## IL LICENZIAMENTO

(DI LUIGI DI PAOLA)

SOMMARIO: 1. Licenziamento individuale: premessa. - 2. Licenziamento ritorsivo e discriminatorio. - 3. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. - 4. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. - 5. Il comporto. - 6. Applicazioni della legge “Fornero”. - 7. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015. - 8. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. - 9. Il licenziamento del dirigente. - 10. Licenziamenti collettivi.

### 1. Licenziamento individuale: premessa.

A distanza di diversi anni dagli interventi riformatori della legge “Fornero” e del c.d. *Jobs Act*, la materia del licenziamento può ritenersi sostanzialmente giunta ad un significativo assestamento determinato dal naturale consolidamento di orientamenti delineatisi nel corso del tempo, benché residuo, ancora, temi - in particolar modo quello della valenza, nell’ambito del sistema, del licenziamento disciplinare illegittimo per scarsa rilevanza del fatto contestato e di quello non tempestivo, in quanto intimato a lunga distanza di tempo dalla contestazione disciplinare, o, ancora, quello delle conseguenze sanzionatorie, nell’ambito del regime del *Jobs Act*, del licenziamento intimato per superamento del comporto, ma prima dello spirare di questo - meritevoli, attesa la delicatezza delle questioni che vi si ricollegano, di un adeguato approfondimento.

### 2. Licenziamento ritorsivo e discriminatorio.

L’inquadramento del tema del licenziamento ritorsivo - il cui accertamento determina la nullità dell’iniziativa datoriale - è non poco complesso, poiché postula non solo l’individuazione, in concreto, di uno specifico fattore caratterizzante la fattispecie, ma, ancor prima, della valenza, determinante, o meno, del predetto fattore, nell’ambito delle molteplici ragioni assunte a giustificazione dell’atto espulsivo.

Al riguardo, **Sez. L, n. 06838/2023, Amendola F., Rv. 667086-01**, ha affermato che l’accoglimento della domanda di accertamento della nullità è subordinata alla verifica che l’intento di vendetta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà di risolvere il rapporto di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di

un giustificato motivo di recesso, rispetto ai quali va quindi escluso ogni giudizio comparativo.

Anche la fattispecie di licenziamento discriminatorio può assumere contorni sfumati, soprattutto con riguardo all'identificazione del fattore in apparenza neutro che può invece dar luogo, in relazione a determinate circostanze, ad una discriminazione indiretta.

In proposito, con riferimento a vicenda peculiare, **Sez. L, n. 09095/2023, Michelini, Rv. 667558-01**, ha precisato che in tema di licenziamento, costituisce discriminazione indiretta l'applicazione dell'ordinario periodo di comporto al lavoratore disabile, perché la mancata considerazione dei rischi di maggiore morbilità dei lavoratori disabili, proprio in conseguenza della disabilità, trasmuta il criterio, apparentemente neutro, del computo del periodo di comporto breve in una prassi discriminatoria nei confronti del particolare gruppo sociale protetto in quanto in posizione di particolare svantaggio. (Principio affermato in relazione al periodo di comporto previsto dall'art. 42, lettera b), del c.c.n.l. Federambiente del 17 giugno 2011).

### **3. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.**

Nel corrente anno vanno segnalate tre pronunzie di indubbio rilievo, con le quali vengono maggiormente definiti determinati profili della locuzione normativa "giusta causa", attinenti, da un lato, alla valutazione del fattore esterno integrativo della clausola elastica, costituito dalla "coscienza sociale", dall'altro, all'effettivo peso da assegnare alla condotta addebitata ove quest'ultima sia già conosciuta dal datore all'atto dell'assunzione del lavoratore e, dall'altro ancora, alla rilevanza da attribuire - ai fini della formulazione del giudizio di gravità dell'illecito - alla graduazione delle infrazioni disciplinari operata dai contratti collettivi.

**Sez. L, n. 07029/2023, Pagetta, Rv. 667031-01**, ha ricordato che la "giusta causa" di licenziamento *ex art. 2119 c.c.* integra una clausola generale che l'interprete deve concretizzare tramite fattori esterni relativi alla coscienza generale e principi tacitamente richiamati dalla norma e, quindi, mediante specificazioni di natura giuridica, la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi integranti il parametro normativo costituisce un giudizio di fatto, demandato al giudice di merito ed incensurabile in cassazione se privo di errori logici o giuridici.

Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito, la quale aveva qualificato come mera condotta inurbana gli apprezzamenti di carattere sessuale che un lavoratore, poi licenziato, aveva rivolto ad una collega durante

l'orario di lavoro e alla presenza di altre persone, mentre tale condotta doveva essere considerata contrastante con valori radicati nella coscienza generale ed espressione di principi fondanti dell'ordinamento.

**Sez. L, n. 05805/2023, Zuliani, Rv. 666973-02**, ha affermato che in tema di licenziamento per giusta causa, la conoscenza da parte del datore di lavoro, sin dall'atto dell'assunzione, del comportamento del lavoratore invocato come giusta causa di licenziamento rende quest'ultimo illegittimo, sussistendo incompatibilità logico-giuridica tra giusta causa di licenziamento, intesa quale causa che non consente la prosecuzione, neanche provvisoria, del rapporto, ai sensi dell'art. 2119 c.c., e la precedente scelta di avviare il rapporto di lavoro pur conoscendo quei fatti; nell'ipotesi di mera conoscibilità del fatto poi valorizzato come giusta causa, tuttavia, in difetto di una norma di diritto che equipari la conoscibilità dei fatti alla loro effettiva conoscenza, il giudice non può creare una presunzione legale relativa, ponendo a carico del datore di lavoro l'onere di provare di non avere conosciuto il fatto conoscibile.

Infine, **Sez. L, n. 19868/2023, Ponterio, Rv. 668358-01**, ha precisato che la mera reiterazione dell'illecito, pur rilevando ai fini della valutazione della gravità del comportamento tenuto dal lavoratore, non può determinare la pretermissione della graduazione delle condotte di rilievo disciplinare contemplata dai contratti collettivi, di cui il giudice deve tenere conto per disposto normativo.

Nella specie, la S.C. - in relazione ad una vicenda in cui, secondo la scala valoriale adottata dal c.c.n.l., le condotte alternativamente idonee a consentire il licenziamento facevano rispettivamente leva sulla "particolare gravità" delle infrazioni punibili con sanzione conservativa oppure sulla recidiva in mancanze sanzionate con due provvedimenti di sospensione nell'arco di un anno - ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento di una lavoratrice sulla base di una valutazione della "particolare gravità" della condotta fondata non già sulle intrinseche caratteristiche - oggettive e soggettive - della condotta stessa, bensì unicamente sulla rilevanza di due omologhi precedenti disciplinari, sanzionati, rispettivamente, con il rimprovero scritto e con la multa, in tal modo finendo per applicare un trattamento sanzionatorio peggiore rispetto a quello previsto dalla contrattazione collettiva.

#### **4. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.**

Negli ultimi anni, come è noto, la S.C. ha riconfigurato, a seguito di un acceso dibattito svoltosi in sede dottrina e non ignorato dalla giurisprudenza di merito, la fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle pronunzie indicate di seguito è possibile cogliere gli elementi basilari che

connotano il nuovo orientamento, che deve comunque sempre misurarsi con il principio centrale imperniato sulla effettività della scelta datoriale di promuovere il riassetto organizzativo.

**Sez. L, n. 00752/2023, Boghetich, Rv. 666502-01**, ha stabilito che per la legittimità del recesso è sufficiente che le addotte ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività, determinino causalmente un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo che richiede la soppressione di un'individuata posizione lavorativa, non essendo tale scelta imprenditoriale sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità, in ossequio al disposto dell'art. 41 Cost.; tuttavia, se il giudice accerti, in concreto, l'inesistenza della ragione organizzativa o produttiva indicata, la cui prova grava sul datore di lavoro, il licenziamento risulterà ingiustificato per la mancanza di veridicità o la pretestuosità della causale addotta.

Nella specie, la S.C. ha ritenuto ingiustificato il licenziamento in quanto, a fronte di un modesto decremento del fatturato, il datore di lavoro aveva assunto due unità di personale, per poi procedere al licenziamento di una dipendente appena rientrata dalla maternità e con orario settimanale ridotto.

**Sez. L, n. 31660/2023, Rivero, Rv. 669547-01**, ha affermato che in caso di soppressione di un unico posto di lavoro, ai fini del controllo sul giustificato motivo oggettivo, la ragione organizzativa e/o produttiva collegata ad una politica di riduzione dei costi dev'essere valutata nella sua concreta esistenza ed entità, onde accertare l'effettività della scelta effettuata "a valle" con la soppressione del posto. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che - in relazione a vicenda in cui il licenziamento del lavoratore era stato intimato in ragione del fatto che la soppressione del ruolo del sesto violoncello, in una fondazione musicale, risultava misura necessaria per il ripianamento del deficit di bilancio - aveva affermato l'insindacabilità delle scelte datoriali in relazione alla mancata soppressione di un altro e più costoso posto di lavoro, quello del terzo corno, e delle ragioni addotte, "in quanto qualsiasi risparmio di spesa, a prescindere dall'ammontare, sarebbe stato comunque in grado di giustificare il licenziamento e quindi la scelta del lavoratore", senza tuttavia accertare l'effettività della ragione economica addotta dal datore, né il necessario collegamento causale tra questa e la soppressione del posto di lavoro).

In relazione a vicenda peculiare, **Sez. L, n. 30093/2023, Rivero, Rv. 669121-01**, ha statuito che è illegittimo il licenziamento fondato sulla mancata accettazione, da parte del dipendente, della modifica datoriale dell'orario di lavoro part-time, mentre, è legittimo quello irrogato a cagione dell'impossibilità di utilizzo della prestazione oraria precedente per effettive esigenze economico-

organizzative dell'impresa, con onere, per il datore di lavoro, di dimostrare altresì che non sussistono altre alternative orarie o soluzioni occupazionali rispetto a quelle prospettate al lavoratore.

Quanto, infine, all'obbligo di *repêchage*, **Sez. L, n. 31561/2023, Amendola F., Rv. 669546-01**, ha precisato che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente alla soppressione del posto di lavoro, ai fini della verifica circa l'assolvimento dell'obbligo di *repêchage* gravante sul datore, il riferimento ai livelli di inquadramento predisposti dalla contrattazione collettiva costituisce un elemento che il giudice deve valutare per accertare in concreto se il lavoratore licenziato fosse o meno in grado - sulla base di circostanze oggettivamente verificabili addotte dal datore medesimo e avuto riguardo alla specifica formazione e all'intera esperienza professionale del dipendente - di espletare le mansioni di chi è stato assunto *ex novo*, sebbene inquadrato nello stesso livello o in livello inferiore.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito con la quale la domanda di impugnativa di licenziamento intimato ad una lavoratrice, a seguito della soppressione del posto di cassiera fissa, era stata rigettata sul mero rilievo, da un lato, che la lavoratrice medesima non avesse mai svolto mansioni - le uniche rimaste dopo la riorganizzazione aziendale - di addetta al bancone o ai tavoli, e, dall'altro, che successive assunzioni avevano interessato esclusivamente lavoratori adibiti a mansioni di cameriere, aiuto cuoco e lavapiatti).

## 5. Il comporta.

Con una rilevante sentenza è stata fatta applicazione del regime del licenziamento in costanza di malattia anche nell'area del contratto a tempo determinato; in particolare, **Sez. L, n. 33016/2023, Sarracino, Rv. 669408-01**, ha puntualizzato che nei rapporti a tempo determinato, come in quelli a tempo indeterminato, il licenziamento intimato durante la malattia del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comporta, è nullo ed improduttivo di effetti, stante il fondamento garantistico - la conservazione del posto di lavoro - della previsione di cui all'art. 2110 c.c., che ne impone l'applicazione anche ai rapporti temporanei, per definizione meno tutelati, ogni interpretazione in senso contrario ponendosi in aperto contrasto con il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato, recepito dalla direttiva n. 1999/70/CE.

## 6. Applicazioni della legge “Fornero”.

Nel corrente anno si registra, in relazione alle forme di tutela delineate dalla legge “Fornero”, una sola pronunzia, ma di notevole rilievo, poiché chiarisce la portata della violazione “procedimentale” - con specifico riferimento alla fattispecie di licenziamento intimato oltre il termine stabilito dalla contrattazione collettiva - cui consegue la tutela indennitaria cd. “debole”.

A tale riguardo, **Sez. L, n. 10802/2023, Ponterio, Rv. 667419-01**, ha statuito che la violazione del termine per l’adozione del provvedimento conclusivo del procedimento disciplinare, stabilito dalla contrattazione collettiva, è idonea a integrare una violazione della procedura di cui all’art. 7 st. lav., tale da rendere operativa - ove la sanzione sia costituita da un licenziamento disciplinare - la tutela prevista dall’art. 18, comma 6, dello stesso Statuto, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, purché il ritardo nella comunicazione del predetto licenziamento non risulti, con accertamento in fatto riservato al giudice di merito, notevole e ingiustificato, tale da ledere in senso non solo formale ma anche sostanziale il principio di tempestività, per l’affidamento in tal modo creato nel lavoratore sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto e per la contrarietà del ritardo datoriale agli obblighi di correttezza e buona fede. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha cassato la sentenza del giudice di merito - che, accertata la violazione dell’art. 55, comma 4, del c.c.n.l. per i dipendenti di Poste Italiane spa, il quale prevede l’archiviazione del procedimento in caso di mancato invio al lavoratore della comunicazione del provvedimento entro 30 giorni dal termine di scadenza della presentazione delle giustificazioni, aveva ritenuto applicabile la tutela reintegratoria cd. “attenuata” di cui all’art. 18, comma 4, st. lav. - sul rilievo che, nel caso in esame, la comunicazione del licenziamento era avvenuta in data di poco successiva a quella di scadenza del termine in questione).

## 7. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015.

Vanno sul punto segnalate due pronunzie, entrambe assai rilevanti.

Con la prima - v. **Sez. L, n. 30469/2023, Panariello, Rv. 669343-01** - è stato consolidato l’indirizzo, già promosso da Sez. L, n. 12174/2019, Marchese, Rv. 653756-01, secondo cui, in tema di licenziamento disciplinare, nel caso in cui il fatto contestato al lavoratore, pur sussistente nella sua materialità, risulti privo di illiceità, offensività o antigiuridicità, trova applicazione la tutela reintegratoria cd. attenuata prevista *ex art.* 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015, vigente *ratione temporis*.

Con la seconda - **Sez. L, n. 20239/2023, Pagetta, Rv. 668158-01** - è stato affrontato per la prima volta il tema delle conseguenze sanzionatorie derivanti dal recesso *ad nutum* intimato in assenza di valido patto di prova; al riguardo, è stato affermato che la nullità della clausola che contiene il patto di prova determina la automatica conversione dell'assunzione in definitiva sin dall'inizio ed il venir meno del regime di libera recedibilità sancito dall'art. 1 della l. n. 604 del 1966, con la conseguenza che il recesso *ad nutum*, intimato in assenza di valido patto di prova, equivale ad un ordinario licenziamento - soggetto alla verifica giudiziale della sussistenza o meno della giusta causa o del giustificato motivo -, il quale, nel regime introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015, è assoggettato alla regola generale della tutela indennitaria di cui all'art. 3, comma 1, del predetto d.lgs., non essendo riconducibile ad alcuna delle specifiche ipotesi, di cui al successivo comma 2 del menzionato art. 3, nelle quali è prevista la reintegrazione.

## 8. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.

Con una pronuncia - v. **Sez. L, n. 01602/2023, Di Paola, Rv. 666572-01** - concernente questione su cui non si registrano precedenti in termini è stato affermato che nell'ipotesi di licenziamento illegittimo cui consegue la tutela reintegratoria cd. "piena", di cui all'art. 18, comma 1, st. lav. riformulato - che opera quale regime speciale concernente la materia dei licenziamenti individuali - non trova applicazione la detrazione dell'*aliunde percipiendum*, in quanto il comma 2 dell'articolo citato dispone che nella predetta ipotesi dal risarcimento vada dedotto esclusivamente quanto dal lavoratore percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative e non anche quanto il lavoratore "avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione", come previsto, invece, dal successivo comma 4 in materia di tutela reintegratoria cd. "attenuata".

Nella specie, la S.C. ha rigettato il motivo di ricorso con il quale il datore di lavoro aveva lamentato, avuto riguardo alla dedotta mancata iscrizione della lavoratrice al centro per l'impiego, la omessa applicazione, in sede di gravame, del principio della detraibilità dell'*aliunde percipiendum* sulla base dell'art. 1227 c.c.

Parimenti innovativo è il principio stabilito da **Sez. L, n. 01599/2023, Di Paola, Rv. 666558-01**, secondo cui l'opzione per il conseguimento dell'indennità sostitutiva della reintegra nel posto di lavoro, una volta esercitata, anche in via stragiudiziale, diviene irreversibile, consumando in via definitiva il diritto alla ricostituzione del rapporto. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha cassato la sentenza della Corte di appello che aveva ritenuto l'opzione effettuata in via stragiudiziale - all'esito della fase sommaria, dinanzi al tribunale,

conclusasi con ordinanza di reintegra - non più attuale a seguito della totale riforma della predetta ordinanza in sede di giudizio di opposizione).

Sulla delicata problematica del cd. “danno ulteriore”, **Sez. L, n. 29335/2023, Riverso, Rv. 669057-01**, ha statuito che in tema di licenziamento illegittimo in regime di tutela reale, la predeterminazione legale del danno risarcibile in favore del lavoratore - con riferimento alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione - non esclude la possibilità di domandare il risarcimento del pregiudizio ulteriore relativo al periodo precedente e a quello successivo alla reintegra. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che non aveva riconosciuto la risarcibilità del danno alla professionalità - come perdita di *chance* e lesione dell’immagine - nel periodo anteriore alla sentenza).

Infine, in relazione a profilo specifico, **Sez. L, n. 02234/2023, Mancino, Rv. 666574-01**, ha evidenziato che in caso di insolvenza del datore di lavoro, tra i crediti retributivi che il lavoratore ha diritto di ottenere dal Fondo di garanzia costituito presso l’INPS, va inclusa l’indennità associata alla tutela reintegratoria *ex art. 18 st. lav. novellato*, stante la sua connotazione retributiva, alla luce dell’equivalenza del segmento temporale tra licenziamento e reintegrazione ad un periodo effettivamente lavorato. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza d’appello di riforma della pronuncia di rigetto di primo grado, fondata sull’erroneo presupposto della connotazione indennitaria e non retributiva dei crediti vantati dal lavoratore).

Sempre in tema, **Sez. L, n. 08523/2023, Buffa, Rv. 667167-01**, ha precisato che in caso di licenziamento del lavoratore, con atto dichiarato giudizialmente inefficace con sentenza reintegratoria intervenuta successivamente all’apertura del fallimento del datore, le ultime mensilità retributive oggetto di intervento del Fondo di garanzia dell’INPS, *ex art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1992*, vanno individuate tra quelle cui il lavoratore ha diritto per effetto del ripristino giudiziale *de jure* del rapporto, non essendo a ciò di ostacolo né la ricomprensione delle dette mensilità nell’indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo, né il mancato svolgimento fattuale del rapporto a causa del fallimento del datore.

## 9. Il licenziamento del dirigente.

**Sez. L, n. 00381/2023, Cinque, Rv. 666497-01**, ha affermato che, in tema di licenziamento disciplinare del dirigente, rilevando la giustificatezza del recesso che non si identifica con la giusta causa, a differenza di quanto avviene relativamente ai rapporti con la generalità dei lavoratori, il licenziamento non deve necessariamente costituire una *extrema ratio*, da attuarsi solo in presenza di

situazioni così gravi da non consentire la prosecuzione neppure temporanea del rapporto, e allorquando ogni altra misura si rivelerebbe inefficace, ma può conseguire ad ogni infrazione che incrina l'affidabilità e la fiducia che il datore di lavoro deve riporre sul dirigente.

Quanto all'operatività, o meno, della decadenza dall'impugnativa, **Sez. L, n. 06828/2023, Garri, Rv. 666976-01**, ha precisato che l'ambito di applicabilità oggettiva dell'art. 32, comma 2, della l. n. 183 del 2010 si riferisce alle sole ipotesi di stretta invalidità (*rectius*, nullità) menzionate dall'art. 18, comma 1, st. lav. come modificato dalla l. n. 92 del 2012, essendo tale opzione interpretativa maggiormente coerente con l'evoluzione normativa e con i canoni interpretativi previsti dall'art. 12 delle preleggi e, dunque, non si applica alle ipotesi di ingiustificatezza convenzionale del recesso, cui consegue la tutela meramente risarcitoria dell'indennità supplementare.

#### **10. Licenziamenti collettivi.**

Nel corrente anno è intervenuta in materia una sola pronunzia significativa - v. **Sez. L, n. 01965/2023, Cinque, Rv. 666573-01** - con la quale è stato chiarito che ai fini dell'operatività della tutela reale, la ricorrenza del requisito dimensionale non va valutata con riferimento alle singole articolazioni territoriali, bensì con riguardo all'azienda nella sua globalità, e ciò sia in base ad un'interpretazione letterale dell'art. 24 della l. n. 223 del 1991, che fa uso del termine "impresa" - non coincidente con quello di "unità produttiva" richiamato nell'art. 18 st. lav. in tema di licenziamenti individuali -, sia in base al rilievo che la autonoma e peculiare disciplina prevista nella predetta l. n. 223 mira alla tutela dell'occupazione, che esige procedure molto più stringenti rispetto a quelle previste per il recesso individuale.



## CAPITOLO XXII

### IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO PRIVATIZZATO

(DI LUIGI DI PAOLA)

SOMMARIO: 1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. - 2. I principi generali. - 3. La costituzione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego privatizzato. - 3.1. Il reclutamento mediante procedure concorsuali: regole ed eccezioni. Le progressioni di carriera. - 3.2. I contratti di lavoro flessibili. - 4. Retribuzione e altri trattamenti economici. - 5. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni. - 6. Mobilità. - 7. Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi. - 8. Illeciti disciplinari. - 9. La cessazione del rapporto di lavoro. - 10. La dirigenza. - 11. Il personale scolastico. - 12. Le azioni di recupero della PA nei confronti del dipendente.

#### **1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione.**

Le pronunce rese dalla S.C. in materia di pubblico impiego privatizzato saranno analizzate, come in passato, seguendo gli sviluppi del rapporto lavorativo, dal momento costitutivo alla sua cessazione, passando per i diritti retributivi, le diverse vicende modificative, la materia disciplinare.

Un paragrafo *ad hoc* sarà dedicato alla dirigenza ed uno al personale scolastico, mentre, per le decisioni in tema di giurisdizione nel pubblico impiego, si fa rinvio al paragrafo 3 (La giurisdizione in materia di pubblico impiego) del Capitolo II, del Volume III, autore Angelo Napolitano.

#### **2. I principi generali.**

Con una significativa pronuncia - v. **Sez. L, n. 15364/2023, Bellè, Rv. 667799-01** - è stato affermato che le decisioni datoriali che incidono sul costo del personale e comportano spese a carico della Pubblica Amministrazione richiedono la necessaria copertura finanziaria e di spesa, in mancanza della quale gli atti e le procedure eventualmente svolte sono prive di effetti e non producono il sorgere di diritti delle parti, eccezion fatta per i rapporti di lavoro di fatto, stipulati in violazione sia della legge che della contrattazione collettiva, che devono essere comunque remunerati per effetto del disposto dell'art. 2126 c.c. e dei principi costituzionali sanciti agli artt. 35 e 36 della Carta.

Sul tema centrale dell'invalidità degli atti assunti dalla P.A., **Sez. L, n. 16785/2023, Bellè, Rv. 667890-01**, ha evidenziato che in tema di rapporto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego contrattualizzato, l'assunzione di una lavoratrice in stato di gravidanza per l'assegnazione a mansioni per le quali opera il divieto *ex art. 7* del d.lgs. n. 151 del 2001, comporta

- ove l'impedimento ed il conseguente divieto ricorra fin dal primo giorno di lavoro e sia tale da coprire l'intero periodo del rapporto a termine per esigenze sostitutive di uno specifico lavoratore, su un incarico infungibile con tratti di spiccata professionalità - la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c., ricorrendo l'ipotesi di una sostanziale impossibilità giuridica dell'oggetto ed al contempo di una illiceità della causa in concreto (perché l'attuazione di quello scambio si sarebbe posta in contrasto con il divieto di legge), con la conseguenza che l'atto con il quale l'amministrazione revocò l'assunzione equivale alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità.

### **3. La costituzione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego privatizzato.**

Il reclutamento del personale avviene di regola, secondo quanto stabilito dall'art. 97 Cost., mediante concorso pubblico e, almeno per far fronte al fabbisogno ordinario, implica la conclusione di contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001).

La conclusione di contratti di lavoro flessibile costituisce una eccezione.

Nei prossimi paragrafi saranno anzitutto passate in rassegna le pronunce della S.C. relative alle procedure selettive, per poi esaminare le decisioni in materia di lavoro flessibile.

#### **3.1. Il reclutamento mediante procedure concorsuali: regole ed eccezioni. Le progressioni di carriera.**

Va in primo luogo segnalata **Sez. L, n. 20943/2023, Marotta, Rv. 668201-01**, ove è affermato che, in tema di concorsi pubblici, la declaratoria di incostituzionalità della norma legittimante la procedura concorsuale espletata travolge la legittimità del concorso, anche ove la relativa graduatoria sia divenuta definitiva, posto che quest'ultima definisce solo la fase prodromica alla costituzione del rapporto, che, anche successivamente, resta condizionato alla validità dall'atto presupposto.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha respinto il ricorso di un dirigente con cui si chiedeva l'accertamento del diritto a conservare la posizione a fronte del reinquadramento disposto dall'ente datore di lavoro sulla base di una procedura selettiva riservata e non pubblica, disposta in base a una legge regionale *medio tempore* dichiarata incostituzionale.

**Sez. L, n. 03984/2023, Casciaro, Rv. 666623-01**, ha puntualizzato che la nomina del direttore generale delle aziende speciali, enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta

e da ritenersi parti dell'ente territoriale nel quadro della sua organizzazione unitaria, deve avvenire previo svolgimento di procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 5 del d.l. n. 702 del 1978; ne consegue che, ove non sia preceduta da pubblico concorso (da intendersi come selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti), la medesima nomina deve ritenersi nulla.

Con una rilevante pronunzia - v. **Sez. L, n. 08898/2023, Di Paolantonio, Rv. 667169-01** - è stato specificato che, in tema di procedure concorsuali, la proroga della validità delle graduatorie disposta dall'art. 5 della l. n. 14 del 2009, di conversione del d.l. n. 207 del 2008, è applicabile alle sole graduatorie ancora efficaci, come emerge dalla lettera (la parola "proroga" indica il differimento di un termine originario non spirato) e dallo scopo della norma (che individua, tra le graduatorie valide ed efficaci, quelle da prorogare, bilanciando le aspettative all'assunzione degli aspiranti con le esigenze di reclutamento di nuovo personale - selezionato in tempi non eccessivamente risalenti - da parte delle pubbliche amministrazioni).

L'esercizio dell'azione giudiziale volta all'accertamento del diritto all'assunzione per scorrimento della graduatoria costituisce messa in mora del datore di lavoro, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1217 c.c., sufficiente alla decorrenza del diritto del lavoratore non assunto al risarcimento dei danni per tardiva attuazione di quanto dovuto (così **Sez. L, n. 22294/2023, Bellè, Rv. 668469-01**).

In tema di stabilizzazione, **Sez. L, n. 07148/2023, Sarracino, Rv. 667184-01**, ha precisato che la previsione dell'art. 3, comma 90, della l. n. 244 del 2007 differiva dal 26 settembre 2006 al 28 settembre 2007 il termine entro il quale i soggetti già in servizio avrebbero potuto stipulare contratti a tempo determinato utili ai fini del compimento dell'anzianità triennale indispensabile per l'accesso alle procedure, senza tuttavia ampliare la platea dei destinatari del differimento temporale a soggetti non in servizio, mancando un'espressa disposizione in tal senso e dovendosi dare una stretta interpretazione delle norme sulla stabilizzazione, in quanto derogatorie della regola generale dell'assunzione nella P.A. mediante concorso pubblico; all'ampliamento della platea degli interessati non può provvedere nemmeno la legislazione regionale (nella specie, l'art. 14 della l. reg. Basilicata n. 20 del 2008), la quale non può che costituire rigorosa applicazione della norma nazionale in materia.

E' stato inoltre evidenziato - da **Sez. L, n. 08746/2023, Cavallari, Rv. 667159-01** - che le procedure selettive sono regolate, salvo deroghe espresse, dalla legislazione e dai contratti collettivi vigenti al momento del bando; a tale principio non si sottraggono quelle, concernenti il riconoscimento dei livelli cd.

differenziati, iniziate dopo l'entrata in vigore del c.c.n.l. relativo al personale dirigente dell'area VI per il quadriennio normativo 2002-2005 e biennio economico 2002-2003, che sono disciplinate dall'art. 85 del menzionato contratto collettivo, ancorché sia prevista una decorrenza del riconoscimento dei livelli anteriore alla sottoscrizione dello stesso c.c.n.l.

La selezione, da parte della P.A., di candidati esterni per un determinato incarico, ai sensi dell'art. 12 o 17 della l. n. 49 del 1987, secondo una disciplina paritetica di diritto privato, non si sottrae al controllo di legittimità nella conduzione delle operazioni di scelta, sotto il profilo del rispetto dei parametri di correttezza e buona fede - con riferimento all'osservanza delle regole procedurali fissate dalla stessa P.A. e di eventuali prassi consolidate, rispetto alle quali emergano deviazioni manifestamente ingiustificate o comportamenti discriminatori -, restando a carico di chi agisce la prova del nesso causale tra la violazione di tali regole di buona fede e il danno da perdita di *chance* di cui si assume la sussistenza (**Sez. L, n. 33964/2023, Bellè, Rv. 669557-01**).

Quanto alle progressioni di carriera, **Sez. L, n. 34724/2023, Cavallari, Rv. 669563-01**, ha statuito che l'art. 9, comma 21, del d.l. n. 78 del 2010, conv. dalla l. n. 122 del 2010 - nella parte in cui è previsto che "Per il personale contrattualizzato le progressioni di carriera comunque denominate ed i passaggi tra le aree eventualmente disposte negli anni 2011, 2012 e 2013 hanno effetto, per i predetti anni, ai fini esclusivamente giuridici" -, si applica anche alle progressioni verticali dei dipendenti all'interno della medesima P.A. disposte in seguito a concorsi interni che comportino l'inquadramento dei lavoratori in aree funzionali o categorie più elevate, con novazione oggettiva dei rapporti di lavoro.

Infine, **Sez. L, n. 06059/2023, Marotta, Rv. 666948-01**, ha chiarito che il rinvio alla contrattazione integrativa, previsto dall'art. 22 del c.c.n.l. comparto enti pubblici non economici dell'1.10.2007, in relazione alla definizione dei criteri generali per la selezione ai fini delle progressioni economiche, ha portata generale, potendo riguardare non solo i criteri di scelta fra i candidati ammessi, ma la stessa definizione dei criteri di legittimazione per la partecipazione alla selezione.

### **3.2. Contratti di lavoro flessibili.**

Nel pubblico impiego privatizzato, la possibilità di far ricorso a contratti di lavoro flessibile è contemplata dai commi 2 e ss. dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, ma è circondata da molteplici cautele, allo scopo di contenerne gli abusi. Qualora questi si verificano, è peraltro noto come la violazione di disposizioni imperative in materia di assunzioni non possa giustificare l'immissione in ruolo, ma, di regola, solo il risarcimento del danno (comma 5).

Nel corrente anno sono intervenute, in materia, diverse pronunzie che hanno puntualizzato alcuni aspetti di notevole rilievo, non specificamente esaminati in precedenza.

Con riguardo ai presupposti di legittimità per il ricorso a tale tipologia di contratti, **Sez. L, n. 22317/2023, Bellè, Rv. 668424-01**, ha affermato che in tema di reiterazione abusiva di contratti a termine, al personale scolastico addetto alle scuole comunali o gestite dagli enti locali, non è applicabile l'esonero dal rispetto dei limiti previsti dal d.lgs. n. 165 del 2001, disposto dall'art. 9, comma 18, del d.l. n. 70 del 2011, in quanto dettato in riferimento alle sole scuole statali, con la conseguenza che, sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 75 del 2017 - che ha, invece, esteso l'esonero anche al reclutamento del personale docente a tempo determinato di scuole gestite dagli enti locali - il ricorso al contratto a tempo determinato da parte dell'ente locale, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, è legittimo solo per ragioni temporanee e eccezionali.

Con specifico riguardo alla questione della decorrenza del termine per la proposizione dell'azione risarcitoria, **Sez. L, n. 34741/2023, Cavallari, Rv. 669579-01**, ha riconosciuto che nell'ipotesi di illegittima reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, il termine decennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno cd. comunitario spettante al lavoratore decorre dall'ultimo di tali contratti, in considerazione della natura unitaria del predetto diritto, sicché il numero dei contratti in questione rileva solo ai fini della liquidazione del danno, potendo anche quelli stipulati oltre dieci anni prima della richiesta di risarcimento avere incidenza sulla quantificazione del pregiudizio patito dal dipendente.

E' stato altresì precisato - da **Sez. L, n. 27882/2023, Zuliani, Rv. 669029-01** - che nell'ipotesi di illegittima reiterazione di contratti a termine, la successiva offerta di immissione in ruolo del lavoratore, che intervenga solo dopo che questi è stato assunto a tempo indeterminato da altra pubblica amministrazione e senza alcuna connessione con la successione dei contratti a termine, non è idonea a reintegrare le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito e, pertanto, non esclude il diritto del lavoratore al risarcimento del danno.

Sul delicato tema del divieto di conversione, **Sez. L, n. 04360/2023, Cavallari, Rv. 666909-01**, ha evidenziato che, in caso di stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa che, in seguito ad accertamento giudiziario, risulti avere la sostanza di contratto di lavoro subordinato, il lavoratore non può conseguire la conversione del rapporto in uno di lavoro subordinato a tempo indeterminato con la P.A., ma ha diritto ad una tutela risarcitoria, nei limiti di cui all'art. 2126 c.c., nonché alla ricostruzione

della posizione contributiva previdenziale ed alla corresponsione del trattamento di fine rapporto per il periodo pregresso.

In relazione al tema del trattamento economico riservato al personale assunto a termine, **Sez. L, n. 11663/2023, Di Paolantonio, Rv. 667892-01**, ha affermato che agli assunti a tempo determinato non si applica la trattenuta del 2,5% sulla retribuzione, prevista dall'art. 1 del d.P.C.m. 20 dicembre 1999, stante la specialità della disciplina dettata per tali rapporti, che rende inapplicabile il comma 4 dell'art. 1 citato, per i quali il successivo comma 9, significativamente, non contiene alcun rinvio alla riduzione della retribuzione prevista dal comma 3, dovendosi, peraltro, escludere che si possa porre una questione di disparità di trattamento fra assunti a tempo indeterminato e dipendenti a tempo determinato.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 06663/2023, Bellè, Rv. 666980-01**, ha statuito che in tema di abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato da parte del M.I.U.R., ai fini del diritto al pagamento delle differenze stipendiali in ragione dell'anzianità di servizio maturata, è da escludere l'applicabilità dell'art. 2126 c.c., norma che riguarda una dinamica, quella della prestazione di fatto del lavoro sulla base di presupposti giuridicamente invalidi, che è del tutto estranea alla questione della maturazione di differenze stipendiali, a titolo retributivo pieno, in ragione del maturare dell'anzianità per effetto del succedersi di contratti a termine, della cui piena validità, nel periodo in cui le prestazioni sono state rese, non vi è, invece, questione.

In tema di riconoscimento dell'anzianità di servizio ai docenti a tempo determinato poi definitivamente immessi nei ruoli dell'amministrazione scolastica, l'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994 va disapplicato, in quanto si pone in contrasto con la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, tutte le volte in cui l'anzianità riconoscibile, a seguito del calcolo eseguito in applicazione dei criteri previsti nel citato art. 485, è inferiore a quella spettante al docente comparabile assunto *ab origine* a tempo indeterminato, né l'assenza del titolo abilitante all'insegnamento esclude l'applicazione di detto principio (così **Sez. L, n. 08672/2023, Bellè, Rv. 667183-01**).

In senso analogo, **Sez. L, n. 32576/2023, Cavallari, Rv. 669554-01**, ha puntualizzato che l'art. 3 del d.l. n. 370 del 1970, conv. dalla l. n. 576 del 1970, confluito nell'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, va disapplicato - in quanto in contrasto con la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE - tutte le volte in cui l'anzianità riconoscibile, a seguito del calcolo eseguito in applicazione dei criteri previsti nei citati artt. 3 e 485, unitamente a quello fissato dall'art. 489 dello stesso d.lgs. n. 297 del 1994, come integrato dall'art. 11, comma 14, della l. n. 124 del 1999, è inferiore a quella spettante al

docente comparabile assunto *ab origine* a tempo indeterminato; ai fini di tale accertamento, il giudice del merito deve raffrontare il trattamento riservato all'assunto a tempo determinato poi immesso in ruolo con quello del docente *ab origine* a tempo indeterminato, senza valorizzare, pertanto, le interruzioni fra un rapporto e l'altro, né applicare la regola dell'equivalenza fissata dal richiamato art. 489, e in caso di disapplicazione, è tenuto a computare l'anzianità da riconoscere ad ogni effetto al docente assunto a tempo determinato, poi immesso in ruolo, sulla base dei medesimi criteri che valgono per l'assunto a tempo indeterminato.

Sulla prescrizione delle poste economiche, **Sez. U, n. 36197/2023, Patti, Rv. 669686-01**, ha statuito che la prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori nel pubblico impiego contrattualizzato - sia nei rapporti a tempo indeterminato, sia in quelli a tempo determinato, e anche in caso successione di contratti a termine - decorre, per i crediti che nascono nel corso del rapporto lavorativo, dal giorno della loro insorgenza e, per quelli che maturano alla cessazione, a partire da tale data, perché non è configurabile un *metus* del cittadino verso la pubblica amministrazione e poiché, nei rapporti a tempo determinato, il mancato rinnovo del contratto integra un'apprensione che costituisce una mera aspettativa di fatto, non giustiziabile per la sua irrilevanza giuridica

Da segnalare, infine, una rilevante pronunzia, resa a sezioni unite - cfr. **Sez. U, n. 05542/2023, Di Paolantonio** - concernente aspetti controversi in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro a termine nell'ambito delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Al riguardo, è stato innanzitutto chiarito - **Rv. 667437-02** - che l'obbligo di specificazione delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive *ex* art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 (nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012) non può essere soddisfatto, per le fondazioni lirico-sinfoniche, attraverso la sola indicazione dello spettacolo o dell'opera, non sufficiente a rendere evidenti le ragioni oggettive del ricorso al rapporto a tempo determinato in un'attività che si caratterizza per essere finalizzata alla produzione, in ogni stagione, di una serie di rappresentazioni; è stato poi puntualizzato - **Rv. 667437-03** - che nei casi di rapporto di lavoro a tempo determinato con clausola affetta da nullità, l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato è impedita dalle norme imperative settoriali, vigenti al momento della stipulazione del contratto, che - come nel caso dei rapporti di lavoro a termine con le predette Fondazioni - fanno divieto assoluto di assunzione a tempo indeterminato o subordinano l'assunzione stessa a specifiche condizioni oggettive e soggettive, fra le quali rientra il previo esperimento di procedure pubbliche concorsuali o selettive; infine, quanto al profilo risarcitorio, è stato

precisato - **Rv. 667437-04** - che in caso di reiterazione di contratti a tempo determinato, affetti da nullità perché stipulati in assenza di ragioni giustificative, qualora la conversione in rapporto lavorativo a tempo indeterminato sia impedita da norme settoriali applicabili *ratione temporis*, le disposizioni di diritto interno che assicurano il risarcimento in ogni ipotesi di responsabilità vanno interpretate in conformità al canone dell'effettività della tutela affermato dalla CGUE con l'ordinanza del 12 dicembre 2013, C-50/13, e, pertanto, al lavoratore deve essere riconosciuto il risarcimento del danno, con esonero dall'onere probatorio nei limiti previsti dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 (successivamente trasfuso nell'art. 28 del d.lgs. n. 81 del 2015), ferma restando la possibilità di ottenere il ristoro di pregiudizi ulteriori, diversi dalla mancata conversione, ove allegati e provati.

#### **4. Retribuzione e altri trattamenti economici.**

Le pronunzie del corrente anno in materia di compensi economici riguardano aspetti specifici disciplinati da normative di settore.

**Sez. L, n. 20311/2023, Zuliani, Rv. 668159-01**, ha affermato che in tema di indennità di prima sistemazione, ai dirigenti dell'Inps è inapplicabile l'art. 4, comma 44, prima parte, della l. n. 183 del 2011, che ha previsto la soppressione della predetta indennità, in quanto l'articolo in questione detta una normativa riferibile soltanto ai dipendenti statali e non anche agli enti diversi dallo Stato, qual è l'Inps.

In tema di indennità per il servizio all'estero, ai ricercatori e ai collaboratori tecnici di enti di ricerca, adibiti *ab origine* al servizio presso sedi straniere, va riconosciuta - secondo **Sez. L, n. 20998/2023, Bellè, Rv. 668187-01** - l'indennità cd. di servizio estero di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 62 del 1998, posto che la dizione "trasferiti" a lavorare su sede estera, contenuta nella norma attributiva del beneficio, non è utilizzata in senso tecnico, ma come riferentesi a chi comunque risulti assegnato, anche fin dall'inizio, ad una sede sita in altri Paesi, in coerenza con la natura indennitaria del beneficio.

**Sez. L, n. 03844/2023, Bellè, Rv. 666630-01**, ha evidenziato che al personale civile del Ministero della difesa, per il periodo di servizio all'estero, non va corrisposta, in aggiunta all'assegno di sede, l'indennità integrativa speciale e ciò in quanto a detti dipendenti, per effetto del rinvio contenuto, dapprima, nell'art. 4 della l. n. 838 del 1973 e, poi, nell'art. 1809 del d.lgs. n. 66 del 2010, si applica l'art. 170 del d.P.R. n. 18 del 1967, come autenticamente interpretato dall'art. 1-bis del d.l. n. 138 del 2011, conv. con modif, dalla l. n. 148 del 2011.

Con specifico riferimento al trattamento retributivo spettante al giudice tributario applicato presso la Commissione tributaria centrale, **Sez. L, n. 08514/2023, Marotta, Rv. 667166-01**, ha escluso la sussistenza del diritto del predetto giudice a percepire un doppio compenso fisso, atteso che l'applicazione dei componenti delle Commissioni tributarie regionali e provinciali alle sezioni regionali della Commissione tributaria centrale presuppone l'unicità dell'ufficio, dalla quale deriva una congruente disciplina dei compensi, che non possono essere duplicati, ma solo adeguati alle concrete funzioni esercitate dal giudice tributario, anche in ossequio al principio di contenimento della spesa pubblica.

**Sez. L, n. 10990/2023, Bellè, Rv. 667414-01**, ha puntualizzato che l'indennità di esclusività - prevista dall'art. 15-*quater*, comma 5, del d.lgs. n. 502 del 1992 e dalla successiva contrattazione collettiva di attuazione, spettante ai medici (nelle fasce superiori a quella base) per effetto del superamento del quinto e poi del quindicesimo anno di attività con positiva valutazione del collegio di verifica - non costituisce evento straordinario della dinamica retributiva e, perciò, non si sottrae al blocco stipendiale di cui all'art. 9, comma 1, del d.l. n. 78 del 2010 (conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010) ed all'art. 1, comma 1, lett. a, del d.P.R. n. 122 del 2013, nemmeno nel caso in cui sia poi attribuito al medico un incarico di direzione di struttura semplice o di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio, e ricerca, ispettivo, di verifica e di controllo (ai sensi dell'art. 15, comma 4, del d.lgs. n. 502 del 1992 e dell'art. 27 lett. b) e c) del CCNL 8.6.2000, quadriennio 1998-2001, Area dirigenza medica e veterinaria del S.S.N.), in quanto il riconoscimento dell'indennità predetta è autonomo rispetto al conferimento di tali incarichi e la misura dell'emolumento non muta per la loro sopravvenienza.

In tema di indennità di premio di fine servizio in favore dei direttori generali, amministrativi e sanitari delle aziende sanitarie pubbliche, il relativo importo va calcolato sulla base della retribuzione in concreto corrisposta, nei limiti del massimale stabilito dal combinato disposto dell'art. 3-*bis*, comma 11, d.lgs. n. 502 del 1992 e dell'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 181 del 1997, da intendersi come importo massimo da considerare nella base di calcolo di cui all'art. 4, comma 1, l. n. 152 del 1968 e non come limite assoluto in numerario (così **Sez. L, n. 36055/2023, Bellè, Rv. 669652-01**).

In materia di lavoro straordinario, **Sez. L, n. 27842/2023, Cavallari, Rv. 669028-01**, ha affermato che il dipendente di un'agenzia regionale per la protezione ambientale (A.R.P.A.) che nell'ambito del rapporto di lavoro ha eseguito, in favore di soggetti terzi e con il consenso dell'amministrazione di appartenenza, prestazioni oltre il normale orario ha diritto a essere retribuito

per il lavoro straordinario svolto (*ex art.* 2126 c.c., in relazione all'art. 2108 c.c. e alla luce degli artt. 35 e 36 Cost.) in base alle previsioni della contrattazione collettiva nazionale applicabile e di quella integrativa conforme, senza che rilevi la mancata approvazione, da parte del datore di lavoro, dei progetti relativi a siffatte prestazioni e dei correlati atti interni di riparto, fra il personale interessato, delle somme riscosse in dipendenza di tali progetti.

**Sez. L, n. 18063/2023, Bellè, Rv. 668154-01**, ha precisato che il riconoscimento del diritto a prestazioni cd. "aggiuntive" - ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 402 del 2001, conv. con modif. dalla l. n. 1 del 2002, richiamato *ratione temporis* dalla contrattazione collettiva del comparto sanità - è subordinato al ricorrere dei presupposti dell'autorizzazione regionale, della presenza in capo ai lavoratori di requisiti ccdd. soggettivi e della determinazione tariffaria; tuttavia, pur in mancanza dei menzionati presupposti, l'attività lavorativa oltre il debito orario comporta il diritto al compenso per lavoro straordinario nella misura prevista dalla contrattazione collettiva, purché sussista il consenso datoriale che, comunque espresso, è il solo elemento che condiziona l'applicabilità dell'art. 2126 c.c., in relazione all'art. 2108 c.c., a nulla rilevando il superamento dei limiti e delle regole riguardanti la spesa pubblica (che determina, però, la responsabilità dei funzionari verso la pubblica amministrazione).

**Sez. L, n. 25696/2023, Zuliani, Rv. 668626-01**, ha rilevato che l'affidamento di incarichi di progettazione, direzione lavori e simili a lavoratori dipendenti della stazione appaltante - in mancanza di stanziamenti per la realizzazione dell'opera a cui gli incarichi si riferiscono - impedisce il sorgere del diritto al compenso incentivante ai sensi dell'art. 18 della l. n. 109 del 1994 (nel testo *ratione temporis* vigente), ma non fa venire meno, per lo svolgimento di tali prestazioni di lavoro oltre il debito orario, il diritto del lavoratore alla retribuzione aggiuntiva, da corrispondere con riferimento agli importi previsti per il lavoro straordinario.

Con riguardo all'assegno "*ad personam*", **Sez. L, n. 14811/2023, Tricomi I., Rv. 667720-01**, ha chiarito che in tema di transito del personale militare appartenente alla Guardia di Finanza nei ruoli civili, il predetto assegno, attribuito, al momento del passaggio, qualora il nuovo trattamento economico sia inferiore a quello goduto in precedenza, è riassorbibile in occasione dei miglioramenti di inquadramento e di trattamento economico riconosciuti dalle normative applicabili per effetto del trasferimento, dovendosi contemperare, in applicazione del generale principio stabilito dall'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, il principio di irriducibilità della retribuzione, con quello di parità di trattamento dei dipendenti pubblici.

In tema di indennità di buonuscita, **Sez. L, n. 32980/2023, Sarracino, Rv. 669396-01**, ha specificato che la base di calcolo di quella dovuta agli *ex* dipendenti del Corpo forestale della Regione Sicilia va determinata, anche successivamente al 1° gennaio del 2004, ricomprendendo in essa l'indennità cd. forestale di cui agli artt. 42 della legge reg. Sicilia n. 41 del 1985 e 7 della legge reg. Sicilia n. 11 del 1985, in quanto emolumento pensionabile corrisposto in maniera fissa e continuativa per tredici mensilità, ricompreso nella clausola di chiusura di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973, senza che a conclusioni di segno opposto conduca l'interpretazione dell'art. 20, comma 6, della legge reg. Sicilia n. 21 del 2003 che, con rinvio alla legislazione nazionale, si occupa della diversa questione delle modalità di calcolo dell'emolumento.

In materia di trattamento di fine servizio (t.f.s.) per i pubblici dipendenti, **Sez. L, n. 17204/2023, Bellè, Rv. 668099-01**, ha puntualizzato che nella base di calcolo dell'indennità va considerato lo stipendio relativo alla qualifica di appartenenza e non quello corrisposto per il temporaneo esercizio delle superiori mansioni di dirigente affidate al dipendente al di fuori della previsione di cui all'art. 52, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, attesa la intrinseca precarietà dell'incarico che, se non impedisce il riconoscimento di quanto dovuto a titolo retributivo corrente per il lavoro svolto dal dipendente medesimo, comporta che non sia integrata la fattispecie, denotata da rigorosa tassatività, propria del t.f.s.; peraltro è influente, al riguardo, la durata ultra triennale dell'incarico dirigenziale di fatto, poiché l'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel disporre che l'incarico dirigenziale possa essere inferiore a tre anni se coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato, e che, ai fini della liquidazione del trattamento, l'ultimo stipendio va individuato nell'ultima retribuzione percepita prima del conferimento dell'incarico avente durata inferiore a tre anni, non implica, nell'ipotesi di durata ultra triennale, la non operatività della limitazione della base di calcolo del t.f.s. alle sole retribuzioni dovute secondo l'inquadramento formale di provenienza, avendo il predetto articolo il solo scopo di evitare che un incarico effettivo e formalmente attribuito di dirigenza a persona la cui vita lavorativa residua sia inferiore al triennio possa avere incidenza ai fini del calcolo del t.f.s.

## **5. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni.**

Sul tema generale dell'inquadramento del personale si registrano, nel corrente anno, tre pronunzie significative.

Con riguardo alla classificazione del personale del comparto enti pubblici non economici, **Sez. L, n. 16763/2023, Boghetich, Rv. 668097-01**, ha chiarito

che alla posizione C3 e alla posizione C1 del relativo c.c.n.l. corrispondono livelli differenziati di responsabilità e di sviluppo di conoscenze: alla posizione C1 corrisponde il possesso di conoscenze professionali di base relative ai processi di pertinenza, unitamente alla conoscenza della normativa di settore, mentre alla posizione C3 corrisponde il possesso di “skills” professionali adeguati alla complessità del contesto aziendale, padronanza della cultura di impresa ed elevata esperienza pratica; il C3, inoltre, guida un “team” di lavoro, mentre alla posizione C1 corrisponde il dipendente con attitudine alla cooperazione e all’integrazione nel gruppo. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che - in relazione ad una domanda proposta da alcuni dipendenti dell’I.N.P.S., inquadrati in posizione C1, volta ad ottenere il trattamento economico corrispondente alla posizione C3 del profilo di Ispettore di vigilanza - aveva omesso di valutare, alla luce del c.c.n.l., la riconducibilità delle mansioni in concreto svolte dai predetti dipendenti all’uno o all’altro profilo di inquadramento).

In tema di lavoro pubblico negli enti locali, **Sez. L, n. 36214/2023, Cavallari, Rv. 669648-01**, ha affermato che il dipendente appartenente in origine all’ex ottava qualifica funzionale, il quale sia stato inquadrato - ai sensi del c.c.n.l. “revisione sistema classificazione professionale”, Comparto Regioni e Autonomie locali, del 31 marzo 1999 - nella categoria D, posizione D.3, in occasione dell’assegnazione delle mansioni non può essere sottoposto ad altri funzionari, neppure della medesima categoria, ma solo a dei dirigenti. (Principio enunciato nell’interesse della legge *ex* art. 363, comma 3, c.p.c.).

Quanto alla problematica delle mansioni superiori, **Sez. L, n. 10811/2023, Bellè, Rv. 667413-01**, ha precisato che la sottoposizione di un rapporto di lavoro con un ente pubblico non economico alla disciplina di un contratto collettivo di lavoro di diritto privato, con riferimento ad attività istituzionali del medesimo ente, non comporta il fuoriuscire di tale rapporto dall’ambito del lavoro pubblico privatizzato, pertanto, salva espressa e specifica previsione contraria da parte della norma di legge, trovano comunque applicazione le regole generali di cui al d.lgs. n. 165 del 2001; ne consegue che, in applicazione dell’art. 52 del medesimo d.lgs., l’esercizio di fatto di mansioni superiori a quelle di formale inquadramento, mentre dà diritto alle corrispondenti retribuzioni, non è utile all’acquisizione definitiva della qualifica superiore.

## 6. Mobilità.

Il fenomeno della mobilità assume rilievo soprattutto per l’incidenza che esso presenta, attestando per lo più una continuità di impiego nel passaggio di

personale tra datori diversi, sulla questione della conservazione, o meno, del trattamento economico già goduto, prima del trasferimento, dai dipendenti.

Nell'ipotesi di transito del personale delle Ferrovie dello Stato ad un ente pubblico ai sensi dell'art. 5, comma secondo, del d.P.C.m. n. 325 del 1988, il lavoratore - secondo **Sez. L, n. 19971/2023, Marotta, Rv. 668194-01** - conserva il diritto a mantenere un trattamento economico non qualitativamente identico in relazione alle singole componenti, ma soltanto economicamente non deteriore inteso nel suo complesso, il che richiede una comparata valutazione complessiva dei due trattamenti; da ciò consegue che l'indennità integrativa speciale non rileva in sé, in quanto elemento isolato del trattamento precedente, ma confluisce nella determinazione dell'importo globale esigibile dal nuovo datore di lavoro.

**Sez. L, n. 29339/2023, Di Paolantonio, Rv. 669082-01**, ha affermato che il trasferimento di personale a una Provincia di nuova istituzione (nella specie, Fermo) costituisce un "passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività" riconducibile alla disciplina generale dell'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, sicché ai dipendenti transitati non è dovuta l'indennità di disagio speciale di cui all'accordo sindacale del 26.3.2005, perché - in assenza di specifiche disposizioni della legge istitutiva della Provincia - gli accordi sindacali non possono riconoscere trattamenti economici ulteriori non previsti dalla contrattazione collettiva nazionale e perché gli artt. 41 e 42 del c.c.n.l. del Comparto Autonomie Locali del 14 settembre 2000 non sono applicabili alla fattispecie, che non integra l'ipotesi di trasferta o di trasferimento.

In tema di mobilità scolastica, **Sez. L, n. 32632/2023, Cavallari, Rv. 669555-01**, ha rilevato che, ai fini del passaggio da posto di sostegno a posto cd. comune, il disposto normativo dell'art. 12 del d.P.R. n. 970 del 1975 - che prevede che il transito avvenga solo a seguito del servizio prestato su posto di sostegno per almeno cinque anni - va inteso nel senso che il quinquennio si intende compiuto computando in esso anche i periodi di insegnamento su posto di sostegno aventi ad oggetto la medesima prestazione lavorativa svolti durante il periodo di preruolo, in armonia con le previsioni della clausola 4 dell'Accordo Quadro sul rapporto a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CEE.

Infine, **Sez. L, n. 28568/2023, Fedele, Rv. 669058-01**, ha puntualizzato che è preclusa alle ASL la copertura del posto vacante senza il previo ricorso alla mobilità.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata nella quale era stata affermata la legittimità del conferimento di incarico di direzione di Unità operativa complessa - UOC - in assenza di procedura comparativa e per diretto passaggio interaziendale, preordinato a prevenire una dichiarazione di

eccedentarietà, in applicazione di quanto previsto da un decreto del Commissario *ad acta* per l'attuazione del piano di rientro dei disavanzi del settore sanitario della Regione Abruzzo.

### **7. Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi.**

**Sez. L, n. 08846/2023, Tricomi I., Rv. 667168-01**, ha chiarito che, nel lavoro pubblico contrattualizzato, lo svolgimento della funzione di accomandatario di società in accomandita semplice costituisce incarico retribuito soggetto ad autorizzazione, ai sensi dell'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, atteso che i proventi, quale che sia il *nomen* e la forma giuridica che assumono in ragione della disciplina societaria o fiscale, si producono in ragione dell'attività di amministrazione posta in essere, per lo svolgimento della quale la P.A. datrice di lavoro deve valutare la concedibilità dell'autorizzazione, verificando sia l'insussistenza di situazioni di conflitto d'interessi, sia l'impegno richiesto al dipendente in termini di energie intellettuali e lavorative.

### **8. Illeciti disciplinari.**

Le questioni trattate nel corrente anno hanno riguardato rilevanti aspetti della disciplina concernente, da un lato, le infrazioni ed il nesso di relazione con l'apparato sanzionatorio (anche nella sua dimensione applicativa con riguardo ai poteri del giudice), nonché, dall'altro, il procedimento nelle sue varie fasi, scandite da termini normativamente stabiliti.

Quanto ai profili sostanziali, **Sez. L, n. 30418/2023, Tricomi I., Rv. 669342-01**, ha affermato che in tema di licenziamento disciplinare (prima e dopo l'introduzione dell'art. 55-*quater*, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001), costituisce ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio con modalità fraudolente non soltanto l'alterazione o la manomissione del sistema automatico di rilevazione delle presenze, ma anche la mancata registrazione delle uscite interrutive del servizio, senza che la tipizzazione della sanzione determini alcun automatismo espulsivo, rimanendo affidata al giudice di merito la verifica della proporzionalità e dell'adeguatezza del provvedimento disciplinare.

Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto il licenziamento misura proporzionata ed adeguata perché la lavoratrice si era allontanata dal posto di lavoro senza procedere alla timbratura in una pluralità di occasioni, restando irrilevante che ciò fosse accaduto in coincidenza con la pausa pranzo.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 21681/2023, Tricomi I., Rv. 668259-01**, ha precisato che in tema di licenziamento disciplinare per assenza ingiustificata di

cui all'art. 55-*quater* lett. a, del d.lgs. n. 165 del 2001, il presupposto del rilievo disciplinare della falsa attestazione della presenza sul luogo di lavoro è costituito da una condotta oggettivamente idonea ad indurre in errore il datore di lavoro, non essendo, invece, necessaria un'attività materiale di alterazione o manomissione del sistema di rilevamento delle presenze in servizio, sicché anche l'allontanamento dall'ufficio, non accompagnato dalla necessaria timbratura, integra una modalità fraudolenta, diretta a rappresentare una situazione apparente diversa da quella reale.

**Sez. L, n. 05805/2023, Zuliani, Rv. 666973-01**, ha puntualizzato che l'art. 55-*quater*, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 165 del 2001 e l'art. 127, comma 1, lett. d), del d.P.R. n. 3 del 1957, hanno riguardo a fattispecie diverse e contemplano conseguenze giuridiche differenti, posto che la prima norma disciplina il caso di falsità "commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro" comminando la sanzione disciplinare del licenziamento, mentre la seconda prevede l'automatica decadenza nel caso in cui "l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile", ovvero sia quando la falsità abbia riguardato proprio i documenti comprovanti i requisiti necessari per ottenere l'impiego; ove, peraltro, la falsità verta su aspetti e requisiti non essenziali all'assunzione, il licenziamento non costituisce un effetto automatico dell'illecito accertato, ma è applicabile solo a condizione che, valutate tutte le circostanze del caso concreto, la misura risulti proporzionata rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti. (Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento disciplinare, irrogato con riferimento alla falsa autocertificazione del possesso del diploma di specializzazione per insegnanti di sostegno, il quale non era titolo necessario per ottenere i contratti di docenza, senza valutare in concreto la gravità della condotta).

Con specifico riguardo al cd. *whistleblowing*, **Sez. L, n. 09148/2023, Bellè, Rv. 667173-01**, ha evidenziato che la normativa di tutela del dipendente pubblico che segnala condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, *ex art. 54-bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotto dalla l. n. 190 del 2012 (c.d. *whistleblowing*), salvaguarda il lavoratore da reazioni ritorsive dirette ed indirette provocate dalla sua denuncia e dall'applicazione di sanzioni disciplinari ad essa conseguenti, ma non istituisce un'esimente generalizzata per tutte le violazioni disciplinari che il dipendente, da solo o in concorso con altri, abbia commesso, al più potendosi valorizzare - ai fini della scelta della sanzione da irrogare - il suo ravvedimento operoso e l'attività collaborativa svolta nella fase di accertamento dei fatti.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 14093/2023, De Marinis, Rv. 667706-01**, ha chiarito che la segnalazione *ex art. 54-bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 (cd. *whistleblowing*) sottrae alla reazione disciplinare del soggetto datore tutte quelle condotte che, per quanto rilevanti persino sotto il profilo penale, siano funzionalmente correlate alla denuncia dell'illecito, risultando riconducibili alla causa di esonero da responsabilità disciplinare di cui alla norma invocata.

Lo svolgimento non autorizzato di attività di lavoro - secondo **Sez. L, n. 09120/2023, Bellè, Rv. 667172-01** - non comporta sempre il recesso datoriale in applicazione dell'art. 1, comma 61, della l. n. 662 del 1996, restando doverosa, secondo i principi generali, la valutazione di proporzionalità, il cui apprezzamento va svolto, peraltro, alla luce del disvalore del comportamento espresso dalla previsione legale e tenendo conto dell'importanza dei valori coinvolti (quali, gli obblighi di fedeltà del pubblico dipendente, rilevanti anche ai sensi dell'art. 98 della Cost.).

Il giudice civile investito dell'impugnazione della sanzione disciplinare non è vincolato né alla valutazione degli elementi istruttori compiuta in sede penale, né al *dictum* della sentenza di non luogo a procedere emessa a seguito dell'udienza preliminare (ancorché pronunciata con la formula "perché il fatto non sussiste"), perché tale decisione può essere revocata ai sensi dell'art. 434 c.p.p. e, dunque, non può essere equiparata alle pronunce irrevocabili di assoluzione *ex art. 653 c.p.p.* (così **Sez. L, n. 21607/2023, Fedele, Rv. 668939-01**).

Su analoga linea, **Sez. L, n. 06660/2023, Bellè, Rv. 667034-01**, ha affermato che il giudice civile, investito dell'impugnazione della sanzione disciplinare, non è vincolato né alla valutazione degli elementi istruttori compiuta in sede penale, né al *dictum* della sentenza di assoluzione non definitiva, quand'anche pronunciata con la formula "perché il fatto non sussiste"; al contrario, l'assoluzione ai sensi dell'art. 653, comma 1, c.p.p., se passata in giudicato, da un lato impone al giudice del lavoro di conformarsi ad essa e, dall'altro, consente, a richiesta, la riapertura del procedimento disciplinare, il cui esito, del pari, deve adeguarsi alla statuizione penale.

**Sez. L, n. 10236/2023, Di Paolantonio, Rv. 667416-01**, ha evidenziato che l'art. 63, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001 - il quale prevede che, nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice "può rideterminare la sanzione", tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato -, va interpretato nel senso che il giudice ha il potere/dovere di rimodulare la predetta sanzione, anche in difetto di sollecitazione ad opera dell'amministrazione, in quanto l'assoluta discrezionalità nell'esercizio del potere in questione renderebbe la

norma priva di ragionevolezza, oltre che contrastante con la dichiarata necessità di valorizzare e tutelare gli interessi pubblici coinvolti dall'illecito.

Con riferimento ai profili procedurali, **Sez. L, n. 18362/2023, Fedele, Rv. 669337-01**, ha puntualizzato che il termine previsto dall'art. 55-*ter*, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo *ratione temporis* applicabile), per la ripresa del procedimento disciplinare sospeso in pendenza di procedimento penale, decorre dalla comunicazione alla P.A. del provvedimento giudiziale penale comprensivo di motivazione, in quanto, sul piano letterale, la norma citata fa riferimento alla sentenza, e, su quello sistematico, va letta congiuntamente all'art. 154-*ter* disp. att. c.p.p., ove pure si distingue fra comunicazione d'ufficio del dispositivo e trasmissione, a richiesta, della copia integrale del provvedimento, che costituisce notizia "circostanziata" dell'illecito ai fini del rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente.

A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 75 del 2017 (cd. legge "Madia") all'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, il termine per la conclusione del procedimento da parte dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari non decorre più dalla conoscenza dell'illecito in capo al responsabile della struttura di appartenenza, ma da quando l'Ufficio predetto abbia effettuato la contestazione di tale illecito, sicché a tal fine i tempi intercorsi prima della comunicazione dell'illecito all'u.p.d. non hanno rilievo, se non quando ne risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente (così **Sez. L, n. 10284/2023, Bellè, Rv. 667412-01**).

Infine, **Sez. L, n. 04060/2023, Di Paolantonio, Rv. 666617-01**, ha specificato che il procedimento disciplinare a carico dei dipendenti del Ministero degli affari esteri, assunti per le esigenze delle rappresentanze diplomatiche, degli uffici consolari e degli istituti di cultura all'estero, è disciplinato dal d.P.R. n. 18 del 1967, sicché, anche relativamente alle fattispecie anteriori all'entrata in vigore dell'art. 1 della l. n. 62 del 2021 - che ne ha previsto una specifica proceduralizzazione peraltro non dissimile, quanto ai termini, da quella dell'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 - non si applicano i termini previsti da detto articolo, stante la specialità della disciplina dettata dal citato d.P.R. e la conseguente inapplicabilità delle norme generali sull'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche; né la mancata previsione di un termine perentorio per la contestazione dell'addebito, nella formulazione degli artt. 164 e ss. dello stesso d.P.R. anteriore alla novella del 2021, incide su diritti inderogabili del lavoratore se risulta assicurato il contraddittorio e il diritto di difesa non è reso più difficoltoso dal trascorrere del tempo.

## 9. La cessazione del rapporto di lavoro.

La dispensa dal servizio per incapacità didattica, *ex art.* 512 del d.lgs. n. 297 del 1994, la cui irrogazione spetta al dirigente dell'istituzione scolastica dove l'insegnante presta servizio, non è conseguenza - secondo **Sez. L, n. 17897/2023, Marotta, Rv. 668153-01** - di comportamenti colpevoli del docente e, quindi, non ha natura disciplinare, ma consegue all'accertamento dell'inidoneità, sopravvenuta, assoluta e permanente, del dipendente a svolgere la funzione docente, in conseguenza di obiettive deficienze comportamentali, intellettive o culturali, la cui valutazione ad opera del dirigente non è in contrasto con la libertà di insegnamento, la quale tutela l'autonomia didattica, funzionale a garantire il diritto allo studio di ogni alunno, ma non la libertà "di non insegnare".

Sempre in tema, **Sez. L, n. 22466/2023, Tricomi I., Rv. 668207-01**, ha precisato che la dispensa dal servizio di cui all'art. 512 del d.lgs. n. 297 del 1994 ha una propria tipizzazione legale quanto alle fattispecie che vi danno corso e il persistente insufficiente rendimento nella prestazione lavorativa - che costituisce il fondamento dell'istituto - non solo determina un inadempimento di tale gravità da dare luogo alla dispensa dal servizio, ma assume una valenza oggettiva, impeditiva *ex lege*, dell'accesso agli impieghi pubblici; diversamente, il mancato superamento del periodo di prova esaurisce i suoi effetti nel recesso del datore di lavoro dal rapporto contrattuale cui accede, senza che detti effetti risolutivi possano riverberarsi anche su di un nuovo rapporto, essendo la prova volta solo a verificare la reciproca convenienza del contratto di lavoro.

Con riferimento a questione particolare, **Sez. L, n. 19739/2023, Buconi, Rv. 668157-01**, ha evidenziato che, in tema di dirigenza sanitaria, la risoluzione di diritto del rapporto di lavoro del direttore amministrativo della ASL, in ragione dell'avvenuta decadenza dall'incarico del direttore generale, ai sensi dell'art. 15, comma 5, secondo periodo, della legge reg. Calabria n. 11 del 2004, è illegittima, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2023, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo in questione.

Il termine di trenta giorni, previsto dall'art. 36 del c.c.n.l. del 21 maggio 2018 per i dipendenti del comparto funzioni locali e decorrente dal ricevimento del verbale di accertamento medico, si riferisce solo al licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica e non a quello per superamento del periodo di conservazione del posto di lavoro, la cui tempestività, in assenza di un termine espresso, va valutata dal giudice del merito, tenendo conto dell'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale e di quello del datore di lavoro ad uno *spatium deliberandi* per valutare convenientemente la sequenza degli

episodi morbosi (così **Sez. L, n. 22755/2023, Di Paolantonio, Rv. 668751-01**, che ha altresì aggiunto - **Rv. 668751-02** - che la sussistenza dei requisiti previsti dalla contrattazione collettiva per il prolungamento del periodo di comporto non fa sorgere un diritto soggettivo alla protrazione dell'assenza, poiché è rimessa all'amministrazione pubblica la valutazione discrezionale degli opposti interessi, di cui deve dare, però, adeguata motivazione in caso di rigetto dell'assenza e di intimazione del licenziamento).

#### 10. La dirigenza.

Tutte le pronunzie significative intervenute nell'anno corrente hanno riguardato quasi interamente il personale della dirigenza sanitaria.

Quanto al profilo dei trattamenti retributivi dei dirigenti medici, **Sez. L, n. 32557/2023, Tricomi I., Rv. 669553-01**, ha precisato che ove non sia stata fatta tempestiva applicazione delle regole per la riduzione dei fondi contrattuali, prevista dall'art. 9, comma 2-*bis*, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010, l'operazione rideterminativa *ex post* va compiuta nel modo che segue: 1) innanzitutto, va effettuato il ricalcolo del fondo con cristallizzazione nell'importo corrispondente a quello dell'anno 2010; 2) successivamente, l'importo così ricalcolato va riproporzionato in conseguenza della riduzione del numero dei dirigenti cessati dal servizio; 3) infine, occorre procedere alla suddivisione dell'ammontare complessivo delle risorse per i trattamenti accessori, come cristallizzato e riproporzionato, per il numero dei dirigenti in servizio in ragione della graduazione; ne consegue che, qualora le somme percepite dai dirigenti siano superiori a quanto ad essi spettante in virtù del ricalcolo così effettuato, occorrerà detrarre dal percepito il minor importo spettante, così individuando, per ciascun dirigente medico, gli importi da restituire.

Sullo specifico tema dell'indennità di posizione, **Sez. L, n. 07110/2023, Cavallari, Rv. 667032-01**, ha chiarito che, in tema di dirigenza medica, l'obbligo della P.A. di attivare e completare il procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di graduazione delle funzioni e di pesatura degli incarichi non viene meno né per il mancato rispetto dei termini endoprocedimentali relativi alla fase di consultazione sindacale, né per l'omessa conclusione delle trattative, ma la sua violazione non legittima il dirigente medico interessato a chiedere l'adempimento di tale obbligo, bensì a domandare giudizialmente il risarcimento del danno per perdita della *chance* di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione, allegando la fonte legale o convenzionale del proprio diritto e l'inadempimento del datore di lavoro, sul quale grava l'onere di provare i fatti

estintivi o impeditivi della pretesa oppure la non imputabilità dell'inadempimento.

Con la stessa pronunzia - **Rv. 667032-02** - è stato affermato che il danno subito dal dirigente medico della sanità pubblica per perdita della *chance* di percepire la parte variabile della retribuzione di posizione (conseguente all'inottemperanza della P.A. all'obbligo di procedere alla graduazione delle funzioni ed alla pesatura degli incarichi) è suscettibile di liquidazione equitativa quando il dipendente allega l'esistenza del pregiudizio e fornisce, anche mediante presunzioni o secondo parametri di probabilità, la prova dei suoi elementi costitutivi e, cioè, di una plausibile occasione perduta, del possibile vantaggio perso e del correlato nesso causale.

In tema di criteri per la determinazione del fondo della retribuzione di risultato del personale dirigente sanitario non medico, di cui all'art. 61, comma 2, lettera a) del c.c.n.l. del 5 dicembre 1996, per "quote storiche", spettanti a ciascun ruolo, si intendono quelle determinate sulla base degli accordi regionali vigenti in ciascuna azienda immediatamente prima dell'applicazione del citato art. 61, in quanto l'espressione "quote storiche", come confermato anche dall'interpretazione autentica della norma ad opera del c.c.n.l. 12 luglio 2001, sta ad indicare le quote come "originariamente determinate ai sensi degli artt. 57 e ss. del d.P.R. n. 384 del 1990", nel regime pubblicistico, in epoca anteriore al c.c.n.l. 1994-1997, e prima del passaggio al nuovo sistema, quindi anche in attuazione degli accordi regionali (così **Sez. L, n. 18379/2023, Fedele, Rv. 669346-01**).

In materia di dirigenza medica, **Sez. L, n. 11574/2023, Bellè, Rv. 667542-01**, ha puntualizzato che il conferimento di incarico di direzione di struttura semplice, di alta professionalità, studio, ricerca, ispettivo, di verifica e controllo ai dirigenti che abbiano superato il quinquennio di attività con valutazione positiva da parte del collegio tecnico è condizionato all'esistenza di posti disponibili (secondo l'assetto organizzativo dell'ente fissato dall'atto aziendale), alla copertura finanziaria, oltre che al superamento delle forme di selezione regolate dalla contrattazione collettiva.

Sempre in tema di dirigenza medica, **Sez. L, n. 09207/2023, Cavallari, Rv. 667211-01**, ha precisato che gli incarichi di direttore di struttura complessa devono essere rinnovati per iscritto, a pena di nullità, all'esito della valutazione professionale richiesta, allo scadere dei medesimi, dall'art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992.

Sul delicato tema dell'attività libero professionale intramuraria dei dirigenti medici sono intervenute tre pronunzie significative.

**Sez. L, n. 13391/2023, Marotta, Rv. 668181-01**, ha affermato che l'attività libero professionale intramuraria può essere svolta e retribuita solo in presenza di idonea convenzione o accordo stipulati in forma scritta tra ente e dirigente, restando esclusa la possibilità di una prestazione intramuraria di fatto.

Secondo **Sez. L, n. 35056/2023, Buconi, Rv. 669565-01**, il dirigente medico assunto a tempo indeterminato in regime di esclusività è titolare di un diritto soggettivo allo svolgimento di attività libero-professionale intramuraria, nel rispetto delle condizioni previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza che grava sull'Azienda sanitaria l'obbligo di adottare tempestivamente tutte le iniziative necessarie per consentire la realizzazione delle condizioni al cui verificarsi l'esercizio dell'attività medesima è subordinato; pertanto, l'inadempimento dell'Azienda legittima il predetto dirigente a chiedere il risarcimento del danno e la relativa azione è regolata dagli ordinari principi in tema di riparto degli oneri di allegazione e prova.

Infine, **Sez. L, n. 27883/2023, Fedele, Rv. 669030-01**, ha puntualizzato che in tema di determinazione delle tariffe per l'attività libero professionale intramuraria svolta dai dirigenti medici, le Aziende sanitarie possono applicare la trattenuta di cui all'art. 1, comma 4, lett. c), secondo periodo, della l. n. 120 del 2007, come modificato dal d.l. n. 158 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 189 del 2012, solo previo accordo in sede di contrattazione collettiva aziendale ed intesa con i dirigenti interessati successivi all'introduzione della norma citata, per la cui definizione le parti devono, nel rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede, sollecitamente attivarsi, al fine di consentire la piena operatività della trattenuta e la realizzazione delle finalità pubbliche a cui è destinata.

Sulla problematica della sospensione dall'incarico dirigenziale, **Sez. L, n. 35938/2023, Buconi, Rv. 669647-01**, ha precisato, che in tema di personale dipendente degli enti locali, detta sospensione può essere disposta solo per ragioni disciplinari *ex art. 26 del c.c.n.l. Enti locali del 6 luglio 1995* - non suscettibile di estensione analogica - con atto scritto e motivato, garantendo il diritto di difesa dell'interessato.

In applicazione del suddetto principio, la S.C., in relazione a vicenda nella quale era stata disposta la sospensione "informale" dall'incarico dirigenziale in assenza di un formale provvedimento e in difetto di ragioni disciplinari, ha cassato la sentenza impugnata, escludendo che la sospensione potesse costituire - non essendo prevista da alcuna norma - un rimedio di carattere generale.

Il tema dei rapporti a termine del personale dirigenziale nonché della dirigenza scolastica sono esaminati, per comodità di trattazione, rispettivamente, ai § 3.2 e 11.

## 11. Il personale scolastico.

Le pronunce aventi ad oggetto il personale scolastico anche quest'anno sono numerose e di sicura rilevanza.

Va innanzitutto segnalata **Sez. L, n. 32576/2023, Cavallari, Rv. 669554-02**, ove è affermato che in tema di mobilità dei docenti assunti a tempo indeterminato, il positivo conseguimento dell'abilitazione SSIS non può essere equiparato al superamento di un pubblico concorso ordinario per esami e titoli, per l'accesso al ruolo di appartenenza, al momento della presentazione della domanda, o a ruoli pari o superiori a quello di appartenenza ai fini dell'ottenimento del punteggio di 12 per titoli generali previsto dalla Tabella A dell'Allegato D, parte III, lett. A), di valutazione dei titoli allegata al CCNL dell'8 aprile 2016.

In tema di personale ATA, il presupposto valevole all'inserimento nelle graduatorie prioritarie di cui al d.l. n. 134 del 2009 è costituito - secondo **Sez. L, n. 21002/2023, Zuliani, Rv. 668420-01** - dall'aver svolto, nell'ambito del medesimo anno scolastico, attività di supplenza per un periodo di almeno centottanta giorni, restando irrilevante che essa si sia realizzata in un'unica istituzione scolastica ovvero in istituzioni scolastiche diverse.

Ai fini dell'inquadramento e del trattamento economico dei docenti della scuola statale non è riconoscibile, *ex art. 485 d.lgs. n. 297 del 1994*, il servizio pre-ruolo prestato presso le scuole paritarie, in ragione della non omogeneità dello status giuridico del personale delle scuole paritarie rispetto a quello della scuola statale e degli istituti pareggiati, diversità che, in mancanza di una norma di legge che consenta il riconoscimento, giustifica il differente trattamento del servizio pre-ruolo (così **Sez. L, n. 32576/2023, Cavallari, Rv. 669554-03**).

**Sez. L, n. 16858/2023, Cavallari, Rv. 668098-01**, ha puntualizzato che l'indennità di perequazione spettante al personale universitario non medico in servizio presso strutture sanitarie (cd. "indennità De Maria"), riconosciuta dagli artt. 1 della l. n. 200 del 1974 e 31 del d.P.R. n. 761 del 1979, è legata all'esecuzione del servizio presso le strutture *de quibus* e, pertanto, spetta anche per l'attività di natura tecnica o amministrativa, comunque funzionale all'attività sanitaria di assistenza e cura, dovendosi ritenere che essa non abbia una funzione corrispettiva dell'attività propriamente assistenziale, ma una funzione meramente perequativa, che rende superflua l'indagine sulla natura dell'attività svolta.

Ai dipendenti della Scuola per l'Europa di Parma non si applica - secondo **Sez. L, n. 13486/2023, Fedele, Rv. 669070-01** - il trattamento retributivo previsto dal c.c.n.l. del comparto scuola, bensì un trattamento retributivo equiparato a quello delle Scuole Europee, come specificamente previsto dalla

legge istitutiva n. 115 del 2009, in ragione delle peculiarità del servizio reso e limitatamente al periodo di collocamento in posizione di fuori ruolo.

Con una rilevante pronunzia emessa a seguito di rinvio pregiudiziale *ex art.* 363-*bis* c.p.c., **Sez. L, n. 29961/2023, Bellè, Rv. 669340-03**, ha precisato che la carta docente, prevista dall'art. 1, comma 121, della l. n. 107 del 2015, spetta, pur in assenza di domanda, anche ai docenti non di ruolo, sia a quelli con incarico annuale che a quelli titolari di incarico di docenza fino al termine delle attività didattiche; in caso di mancato riconoscimento tempestivo del beneficio, i docenti interni al sistema scolastico (iscritti nelle graduatorie di supplenze, incaricati di supplenza o transitati in ruolo) possono chiedere l'adempimento in forma specifica e quindi l'attribuzione della carta secondo il sistema proprio di essa e per un valore corrispondente a quello perduto, oltre a interessi o rivalutazione, ai sensi dell'art. 22, comma 36, della l. n. 724 del 1994, dalla data di maturazione del diritto alla sua concreta attribuzione; di contro, gli insegnanti usciti dal sistema scolastico per cessazione dal servizio o per cancellazione dalle graduatorie, possono chiedere il risarcimento dei danni, da provarsi pure a mezzo di presunzioni e da liquidarsi anche equitativamente, tenuto conto delle circostanze del caso concreto (quali, ad esempio, la durata della permanenza nel sistema scolastico), nei limiti del valore della carta, salva l'allegazione e la prova specifica di un pregiudizio maggiore.

Con la stessa pronunzia - **Rv. 669340-04** - è stato aggiunto che l'azione di adempimento in forma specifica volta ad ottenere la carta del docente si prescrive nel termine quinquennale di cui all'art. 2948, comma 4, c.c., decorrente dalla data in cui è sorto il diritto all'accredito (per i casi di cui all'art. 4, commi 1 e 2, della l. n. 124 del 1999, dalla data del conferimento dell'incarico o, se posteriore, da quella in cui il sistema telematico consentiva annualmente la registrazione sulla piattaforma telematica); invece, l'azione risarcitoria, stante la sua natura contrattuale, si prescrive in dieci anni, decorrenti dalla data di uscita dell'insegnante dal sistema scolastico.

In tema di dirigenza scolastica, **Sez. L, n. 19673/2023, Di Paolantonio, Rv. 668825-01**, ha chiarito che va esclusa la perequazione, interna all'area, tra trattamento retributivo dei dirigenti di nuova assunzione ed *ex* capi di istituto - nonché cd. "incaricati annuali" -, posto che le parti collettive, nel passaggio dall'uno all'altro sistema, attuato a partire dal c.c.n.l. del 2002, che ha disciplinato gli aspetti economici e normativi dell'autonoma area della predetta dirigenza, hanno dovuto tener conto delle precedenti disposizioni contrattuali - concernenti tali ultime categorie - incentrate sulla valorizzazione dell'anzianità di servizio, affiancando, pertanto, ad un regime ordinario, previsto per i dirigenti di nuova assunzione, due trattamenti "speciali", destinati ad esaurirsi nel tempo,

riservati agli appartenenti alle categorie in questione, al fine di evitare che, per essi, l'acquisizione della qualifica dirigenziale si risolvesse in un peggioramento del trattamento retributivo già acquisito per effetto dei compiti direttivi già in precedenza svolti.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 19684/2023, Di Paolantonio, Rv. 668826-01**, ha precisato che va esclusa la equiparazione del trattamento retributivo del dirigente incaricato a quello del dirigente di ruolo, stante la specialità della normativa in tema di dirigenza degli istituti scolastici - tra l'altro finalizzata a garantire la posizione acquisita dai titolari di incarico annuale, mediante la conferma nell'incarico stesso in correlazione con la previsione di un canale di accesso privilegiato alla dirigenza mediante corso-concorso riservato - rispetto alla disciplina generale del conferimento di mansioni superiori dettata dall'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, considerato, peraltro, che non è irragionevole né discriminatoria una differenza retributiva che tenga conto di un diverso livello di qualificazione professionale, accertata, solo per i presidi di ruolo, a seguito di apposito concorso.

In materia di trasferimento di ufficio, **Sez. L, n. 15548/2023, Marotta, Rv. 668183-01**, ha evidenziato che in relazione al personale dipendente della scuola con la qualifica di ATA, il predetto trasferimento, anche per incompatibilità ambientale, di un componente r.s.u. presso un istituto ubicato in una sede diversa da quella di assegnazione dei dirigenti sindacali indicati nell'art. 10 del C.C.N.Q. del 7 agosto 1998 (contratto collettivo nazionale quadro sulle prerogative sindacali) può essere predisposto solo previo nulla osta dell'organizzazione sindacale di appartenenza e della r.s.u. di cui il lavoratore è componente.

I temi dei rapporti a termine e della cessazione del rapporto di lavoro del personale della scuola sono rispettivamente esaminati, per comodità di trattazione, ai precedenti §§ 3.2 e 9.

## **12. Le azioni di recupero della PA nei confronti del dipendente.**

**Sez. L, n. 24807/2023, Zuliani, Rv. 668622-01**, ha affermato che nel caso di revoca dell'assegno *ad personam* previsto da un contratto collettivo integrativo aziendale in contrasto con i contratti nazionali, la pubblica amministrazione ha il diritto di ripetere gli importi già erogati ai lavoratori, aventi carattere di indebito, dovendosi, peraltro, escludere l'illegittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c., riletto alla luce della giurisprudenza della CEDU, posto che, come chiarito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 8 del 2023, l'ordinamento nazionale delinea un quadro di tutele dell'affidamento legittimo sulla spettanza di una prestazione indebita, il cui fondamento va rinvenuto nella clausola generale di

cui all'art. 1175 c.c. che, vincolando il creditore a esercitare la sua pretesa tenendo in debita considerazione la sfera di interessi del debitore, può determinare, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, la temporanea inesigibilità del credito, totale o parziale, con conseguente dovere del creditore di accordare una rateizzazione del pagamento in restituzione.

Nella specie, la S.C. ha negato l'inesigibilità del credito, non avendo i ricorrenti allegato alcunché in merito alle loro condizioni personali e alle modalità di restituzione dell'indebito a loro fissate dalla datrice di lavoro, né, quindi, sull'eventuale eccessivo disagio economico da sopportare per fare fronte all'obbligo restitutorio.



## CAPITOLO XXIII

### LE VICENDE DELL'OBBLIGAZIONE CONTRIBUTIVA

(DI LUCIANO CIAFARDINI)

SOMMARIO: 1. L'obbligazione contributiva e i soggetti obbligati. - 2. La retribuzione imponibile e il minimale retributivo. - 3. Gli sgravi e i benefici contributivi. - 4. Ricongiunzione dei periodi assicurativi a fini previdenziali. - 5. Il cumulo contributivo. - 6. Omissione contributiva e posizione del lavoratore. - 7. Accertamento e riscossione. - 8. La prescrizione dei crediti contributivi. - 9. La ripetizione dei contributi versati in eccesso dal datore di lavoro. - 10. Il caso dei lavoratori agricoli iscritti nei c.d. elenchi "a validità prorogata".

#### 1. L'obbligazione contributiva e i soggetti obbligati.

Diverse pronunce, nel corso del 2023, hanno dissipato dubbi sorti in relazione ad alcune ipotesi controverse concernenti la nascita dell'obbligazione contributiva e l'individuazione dei soggetti obbligati al versamento dei contributi previdenziali, finalizzati a fornire agli enti preposti le risorse per svolgere i compiti loro affidati dalla legge.

E così, **Sez. L, n. 24439/2023, Mancino, Rv. 668812-01**, è tornata sul tema della doppia contribuzione dei soci amministratori di società commerciali alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995 ed alla gestione degli esercenti attività commerciali, di cui all'art. 1, comma 203, della l. n. 662 del 1996. Ricalcando un indirizzo affermato da Sez. L, n. 2665/2021, D'Antonio, Rv. 660338-01, con riferimento ai soci accomandatari di società in accomandita semplice, si è precisato che, anche in relazione alla gestione assicurativa del socio amministratore di s.r.l., la doppia iscrizione, pur essendo consentita, presuppone l'accertamento in concreto, con onere della prova a carico dell'INPS, della partecipazione personale del socio all'attività aziendale commerciale in modo abituale e prevalente, da intendersi non soltanto come espletamento di un'attività esecutiva o materiale, ma anche organizzativa e direttiva di natura intellettuale, poiché anche in tal caso vi è un apporto personale all'attività d'impresa, con ingerenza diretta e rilevante nel ciclo produttivo della stessa.

**Sez. L, n. 24615/2023, Marchese, Rv. 668615-01**, invece, si è soffermata sugli obblighi di versamento della contribuzione previdenziale gravanti sulle amministrazioni locali, in relazione ai liberi professionisti impegnati in funzioni pubbliche elettive (e da conferire alla forma pensionistica presso la quale il soggetto è iscritto o continua ad essere iscritto alla data dell'incarico), ai sensi dell'art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000. Con tale pronuncia si è affermato che, ai fini dell'insorgenza dell'obbligazione contributiva, non è

necessaria l'integrale sospensione dell'attività libero-professionale, dovendosi ritenere che il riferimento, contenuto nel citato comma, "allo stesso titolo previsto dal comma 1", quale presupposto del versamento, valga solo ad individuare la natura di quest'ultimo (e cioè per oneri previdenziali, assistenziali e assicurativi), e non anche a richiamare la condizione, sempre prevista dal predetto comma 1, della "aspettativa non retribuita" per tutto il periodo del mandato, potendo la condizione in questione riguardare esclusivamente i "lavoratori dipendenti". La S.C. ha ritenuto tale interpretazione rispondente alla *ratio* della disciplina, volta ad attuare il principio di cui all'art. 51, comma 3, Cost., di sostegno dell'ordinamento ai soggetti chiamati a svolgere funzioni pubbliche elettive, cui deve essere garantito il diritto di dedicare, ad esse, il tempo necessario al loro adempimento, senza pregiudizio delle relative prerogative previdenziali e assistenziali.

Come chiarito da **Sez. L, n. 09143/2023, Buffa, Rv. 667185-01**, in ipotesi di declaratoria di illegittimità della cessione di azienda, l'obbligo contributivo previdenziale permane in capo al cedente anche in relazione al periodo per il quale la prestazione lavorativa è stata resa in favore del cessionario, restando irrilevanti sia le vicende relative alla retribuzione dovuta dal cedente, sia l'eventuale pagamento di contributi da parte del cessionario in relazione allo stesso periodo. A quest'ultimo proposito, la pronuncia qui segnalata evidenzia come, nei regimi previdenziali obbligatori (siano essi pubblici o privati che svolgono funzioni pubbliche, come gli enti previdenziali privati), l'obbligo di versare i contributi ha natura inderogabile ed è, quindi, indisponibile, e ciò in ragione della vigenza dell'art. 2115, comma 3, c.c., che dispone la nullità di qualsiasi patto diretto ad eludere l'obbligazione contributiva. Non opera dunque, in materia, l'art. 1180 c.c., perché il creditore ha un interesse giuridicamente ed oggettivamente apprezzabile a che sia il debitore ad adempiere personalmente la prestazione dedotta in obbligazione, proprio in ragione della disciplina pubblicistica alla base degli obblighi contributivi previdenziali del datore di lavoro, non risultando indifferenti, per l'ente previdenziale creditore, le connotazioni soggettive di colui che adempie.

## **2. La retribuzione imponibile e il minimale retributivo.**

L'ammontare dei contributi viene calcolato in percentuale sull'importo della retribuzione imponibile (quanto al lavoro dipendente, per il quale gioca un ruolo essenziale anche la contrattazione collettiva nazionale e aziendale) o del reddito da lavoro (autonomo, in collaborazione o associato), in misura variabile a seconda dei diversi enti assicuratori.

Quanto al lavoro dipendente, peraltro, l'art. 1 del d.l. n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989, ha fissato il principio secondo cui la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti e contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo.

Peraltro, come ha ricordato **Sez. L, n. 10953/2023, Calafiore, Rv. 667541-01**, ai fini dell'individuazione della base imponibile per il calcolo dei contributi previdenziali, occorre fare riferimento alla retribuzione "dovuta", per legge o per contratto collettivo o individuale, e non a quella effettivamente erogata, dovendo interpretarsi la locuzione "tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro" (*ex* art. 12 della legge n. 153 del 1969) nel senso di "tutto ciò che ha diritto di ricevere". Per consolidata giurisprudenza di legittimità, infatti, il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti, nel senso che l'obbligo contributivo del datore di lavoro verso l'istituto previdenziale sussiste indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera siano stati in tutto o in parte soddisfatti. Ne deriva che, salvo il caso di retribuzione avente carattere onnicomprensivo per espressa pattuizione contenuta nella contrattazione collettiva nazionale, se a livello provinciale o aziendale vengono previste indennità ulteriori rispetto a quanto previsto nel contratto nazionale, per calcolare il "dovuto" è necessario interpretare il contratto ed accertare se quella voce retributiva vada inserita negli istituti indiretti, come deve ritenersi, ad esempio, per l'indennità di camice, prevista dal c.c.n.l. per le farmacie rurali (da includere, quindi, nella base di calcolo dei contributi in quanto "dovuta", anche se non effettivamente corrisposta, come nel caso in cui il datore di lavoro abbia offerto, in sostituzione, camice e lavaggio). Peraltro, aggiunge la pronuncia qui segnalata, l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all'importo di quella che sarebbe dovuta, ai lavoratori di un determinato settore, in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale: si tratta del c.d. minimale contributivo secondo il riferimento ad essi operato, con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale, dall'art. 1 del d.l. n. 338 del 1989, convertito nella legge n. 389 del 1989, che ha fissato un imponibile "minimo" da sottoporre a contribuzione, al di sotto del quale non è possibile scendere, ancorché la retribuzione "dovuta" al lavoratore sia inferiore.

L'art. 1 del d.l. n. 402 del 1981, convertito in legge n. 537 del 1981, dal canto suo, ha fissato, in via generale, limiti minimi di retribuzione giornaliera (suscettibili di adeguamento automatico annuale) ai fini della determinazione della contribuzione previdenziale dovuta. Secondo **Sez. L, n. 26178/2023, Cavallaro, Rv. 668629-01**, l'art. 7 del d.l. n. 463 del 1983, convertito nella legge 638 del 1983, non ha introdotto alcuna diretta modifica di tale criterio generale di determinazione del minimale di retribuzione ai fini contributivi, ma si è limitato a prevedere, limitatamente ad alcune categorie di lavoratori dipendenti, un "minimo del minimo", stabilendo che i minimi contributivi non possano, comunque, essere inferiori a una determinata percentuale del trattamento minimo mensile di pensione. Ciò posto, per la pronuncia in esame, ai coadiutori familiari non si applica il particolare limite retributivo minimo previsto dal citato art. 7, atteso che il carattere derogatorio di tale previsione normativa impone di circoscriverne l'applicazione ai soli casi dalla stessa indicati ovvero all'ipotesi di espresso richiamo del legislatore.

Con particolare riferimento ai lavoratori occupati ad orario ridotto, non superiore alle quattro ore giornaliere, che non abbiano stipulato un contratto di lavoro a tempo parziale nei settori quali quello dell'istruzione ed educazione scolare e prescolare non statale, **Sez. L, n. 16308/2023, De Felice, Rv. 667852-01**, ha affermato che il limite minimo di retribuzione giornaliera, imponibile ai fini contributivi (indicato dal primo comma dell'art. 7 del d.l. n. 463 del 1983, convertito nella legge n. 638 del 1983), è fissato nella misura del quattro per cento dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1° gennaio di ciascun anno, e la percentuale ridotta del minimale retributivo giornaliero si applica in ogni caso, tale dovendo considerarsi l'"orario ridotto" rispetto a quello pieno.

Quanto agli iscritti alla gestione commercianti/artigiani, **Sez. L, n. 18892/2023, Calafiore, Rv. 668103-01**, ha ritenuto che, per individuare il reddito (evidentemente ulteriore rispetto a quello tratto dall'attività che dà titolo all'obbligo di iscrizione a tale gestione) da considerare per determinare l'imponibile contributivo, occorre includere nella base imponibile sulla quale calcolare i contributi la totalità dei redditi d'impresa così come definita dalla disciplina fiscale, vale a dire quelli che derivano dall'esercizio di attività imprenditoriale (ai sensi dell'art. 55 del d.P.R. n. 917 del 1986). In particolare, la S.C. ha ritenuto che vadano computati i redditi dichiarati dal coniuge di titolare di impresa individuale prodotti sia in qualità di collaboratore familiare, sia quale socio accomandatario di s.a.s. svolgente esclusiva attività di gestione di cespiti immobiliari.

Viceversa, **Sez. L, n. 17295/2023, De Felice, Rv. 668101-01**, sempre ai fini della determinazione dei contributi dovuti per l'iscrizione alla gestione commercianti, ha escluso il computo, nella base imponibile, dell'importo corrispondente alla deduzione per rendimento nozionale del capitale (c.d. "ACE"), prevista dal decreto "Salva Italia" per le imprese che siano in grado di finanziarsi con capitali propri, atteso che l'ACE è (non un reddito d'impresa da denunciare ai fini IRPEF, ma) un onere deducibile che incide sulla quantificazione del reddito d'impresa, così da incidere tanto sulla base imponibile fiscale quanto su quella contributiva.

Secondo **Sez. L, n. 21184/2023, Gnani, Rv. 668421-01**, per il personale addetto ai pubblici servizi di trasporto, il compenso per lavoro straordinario è escluso dalla base pensionabile. Con tale pronuncia si è anche affermato che il compenso per lavoro straordinario non può essere frazionato in una quota, pari alla retribuzione tabellare e che perciò potrebbe essere conteggiata ai fini pensionistici, e in un'ulteriore quota, corrispondente alla maggiorazione ed avente causa indennitaria, che sarebbe l'unica insuscettibile di computo nella base pensionabile.

Infine, **Sez. L, n. 34524/2023, Calafiore, Rv. 669562-01**, è intervenuta per precisare il campo di applicazione dell'art. 3 della legge n. 297 del 1982, il quale prevede una contribuzione aggiuntiva a carico dei lavoratori da calcolare sulla quota di T.f.r. relativa al periodo di riferimento della contribuzione stessa, per far fronte agli oneri derivanti al Fondo pensioni dei lavoratori dipendenti per effetto della rivalutazione dei trattamenti pensionistici prevista dalla medesima disposizione di legge. A tale proposito, ha affermato che l'art. 3 non è inserito in un contesto di disciplina del trattamento di fine rapporto, bensì in un contesto di benefici pensionistici, il cui costo viene attribuito al lavoratore, senza distinzione tra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato, sicché la disposizione si applica in tutti i casi in cui il lavoratore sia iscritto all'AGO, unico criterio determinativo del campo di applicazione della legge. Ne consegue la legittimità della trattenuta operata dall'INPS a carico dei propri dipendenti, sebbene costoro siano soggetti alla disciplina dell'indennità di fine servizio, e non a quella del trattamento di fine rapporto, atteso che la contribuzione aggiuntiva è destinata a finanziare l'aumento delle pensioni di assicurazione generale obbligatoria a perequazione automatica, con la conseguenza che tutti gli iscritti all'AGO vanno a tal fine equiparati, in quanto se uguale è il trattamento pensionistico, uguale deve essere l'onere contributivo.

### 3. Gli sgravi e i benefici contributivi.

Gli artt. 8, comma 2, e 25, comma 9, della legge n. 223 del 1991 prevedono sgravi contributivi temporanei per i datori di lavoro che assumono a tempo indeterminato - o che trasformino in tal senso iniziali contratti a termine - lavoratori iscritti nella lista di mobilità. L'art. 1, comma 114, della legge n. 190 del 2014 ha previsto l'applicazione di tali sgravi ai datori di lavoro che abbiano assunto fino al 31 dicembre 2012 lavoratori iscritti nelle liste di mobilità nei casi previsti dall'art. 1 del d.l. n. 4 del 1998, convertito in legge n. 52 del 1998.

Ciò premesso, **Sez. L, n. 07821/2023, Solaini, Rv. 667128-01**, ha ritenuto che l'art. 1, comma 114, cit., nella parte in cui condiziona la spettanza degli sgravi contributivi alla "assunzione" entro il 31 dicembre 2012 di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, vada interpretato nel senso che entro tale data doveva essere stipulato il contratto di lavoro a tempo indeterminato, restando irrilevante sia la concreta attivazione del contratto stesso che la sussistenza di un precedente rapporto a tempo determinato, atteso che la finalità della norma è l'eliminazione del precariato.

L'art. 6, comma 4-*bis*, del d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 2009, ha previsto uno sgravio contributivo, nella misura del 60 per cento, in favore di chi all'epoca operava nei territori della Regione Molise maggiormente colpiti dagli eventi sismici del 31 ottobre 2002. Ciò premesso, **Sez. L, n. 25351/2023, De Felice, Rv. 668624-01**, ha affermato che tale misura agevolativa si applica anche agli iscritti alla Cassa dei geometri liberi professionisti, nonostante la natura di ente previdenziale privatizzato rivestita da quest'ultimo, in quanto la citata norma "emergenziale" non pone limiti espressi quanto alla natura - pubblica o privata - dell'ente previdenziale tenuto a ricevere i versamenti in misura agevolata, ma associa il beneficio al possesso di un unico requisito soggettivo, individuato nella residenza del beneficiario nei territori colpiti dall'evento sismico ed elencati da appositi decreti ministeriali, a prescindere dalla natura della prestazione lavorativa e, quindi, anche nel caso in cui essa discenda da un'attività autonoma.

Sempre in tema di agevolazioni contributive riconosciute a seguito di calamità naturali, **Sez. L, n. 26928/2023, Calafiore, Rv. 669050-01**, ha affermato che l'art. 7 della o.P.C.m. n. 3253 del 2002, che prevede la sospensione del versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, nonché dei termini per l'effettuazione degli adempimenti connessi al predetto versamento, in favore dei datori di lavoro operanti in Molise, nei comuni - ivi individuati - colpiti dal sisma del 2002, trova applicazione per gli obblighi contributivi inerenti ai soli lavoratori assunti prima della data del sisma e non a quelli assunti in data successiva. Con tale statuizione, si dà continuità all'orientamento già espresso lo

scorso anno da Sez. L, n. 33131/2022, Buffa, Rv. 666019-01, in relazione all'analoga agevolazione prevista dall'art. 2 del d.P.C.m. n. 3754 del 2009 in favore dei datori di lavoro operanti nei comuni interessati dal sisma del 2009 in Abruzzo.

Secondo **Sez. L, n. 24634/2023, Cerulo, Rv. 668799-01**, l'art. 5 della legge n. 92 del 1979 - a norma del quale le imprese manifatturiere ed estrattive, che, in quanto tali, possono godere del beneficio contributivo della fiscalizzazione degli oneri sociali, sono individuate con riferimento alla classificazione delle attività economiche predisposta dall'Istituto centrale di statistica - si interpreta nel senso che il rinvio non ricomprende le imprese edili, avendo il legislatore espressamente escluso dette imprese, con modifica introdotta in sede di conversione dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 20 del 1979 proprio ad opera della legge n. 92 del 1979, dall'ambito di applicazione della riduzione relativa ai contributi per malattia.

Nelle azioni intraprese dall'INPS per il recupero degli sgravi contributivi attinenti a contratti di formazione e lavoro, considerati come aiuti di Stato, **Sez. L, n. 01583/2023, Cerulo, Rv. 666554-01**, ha statuito che grava sull'impresa che vanta il diritto di fruire dei benefici in esame l'onere di provare la sussistenza dei requisiti di compatibilità con il mercato comune, come delineati dalla decisione della Commissione Europea dell'11 maggio 1999 (2000/128/CE); al fine di verificare se le misure rispettino la regola *de minimis* (e dunque le condizioni per l'esenzione degli aiuti di Stato d'importanza minore, ossia di importi inferiori ad una certa soglia), il giudice dovrà tener conto di tutti gli aiuti pubblici ricevuti dall'impresa nel periodo di tre anni, decorrente dal momento del primo aiuto.

Ai fini del godimento delle agevolazioni contributive previste per le imprese artigiane, **Sez. L, n. 36448/2023, Buffa, Rv. 669649-01**, ha statuito che l'art. 4 della legge n. 443 del 1985, laddove prevede - nel fissare il limite dimensionale dell'impresa artigiana per i settori delle lavorazioni artistiche - che il "numero massimo di dipendenti può essere elevato fino a 40 a condizione che le unità aggiuntive siano apprendisti", deve essere inteso nel senso che l'impresa mantiene la qualifica artigiana solo se le unità assunte oltre la trentaduesima siano tutti apprendisti.

#### **4. Totalizzazione e ricongiunzione dei periodi assicurativi a fini previdenziali.**

In materia di ricongiunzione dei periodi assicurativi maturati in diverse gestioni, **Sez. L, n. 19591/2023, Calafiore, Rv. 668109-01**, ha chiarito che l'art. 5, comma 14, del d.P.R. n. 488 del 1968, stabilisce, quale regola di carattere

generale, che gli effetti della ricongiunzione si producono dal momento stesso in cui sorge il diritto alla prestazione previdenziale cui la contribuzione complessiva afferisce, dovendo il nuovo trattamento essere riconosciuto con decorrenza dalla data di inizio della pensione, e non dal mese successivo a quello della domanda di riliquidazione, sempre che a tale data sussistano tutti i requisiti per l'attribuzione della pensione.

Anche attraverso l'istituto della totalizzazione è possibile acquisire, nonostante il versamento contributi di contributi effettuato in diverse casse, gestioni o fondi previdenziali, il diritto a un unico trattamento pensionistico. A differenza della ricongiunzione, che è onerosa, la totalizzazione, ricorrendone i presupposti di legge, è completamente gratuita.

Proprio in relazione alla disciplina della totalizzazione, tratteggiata dal d.lgs. n. 42 del 2006, **Sez. L, 35903/2023, Cerulo, Rv. 669596-01**, ha affermato che, ai fini dell'accesso alla pensione di vecchiaia, non si può considerare l'anzianità contributiva come elemento a sé stante (e, in tesi, addirittura sufficiente ai fini della liquidazione del trattamento), disancorato dal presupposto anagrafico con il quale, invece, deve coesistere.

## 5. Il cumulo contributivo.

Con l'istituto normativo del cumulo, che si affianca alla totalizzazione e alla ricongiunzione di periodi assicurativi, la legge concede la possibilità di cumulare i periodi assicurativi con contribuzione versata in più gestioni previdenziali per conseguire, senza oneri a carico dell'interessato, il diritto ad un'unica pensione, da liquidarsi secondo le regole di calcolo previste da ciascun fondo.

Con riferimento alla possibilità di cumulare i contributi accreditati presso la gestione artigiani e commercianti e la gestione lavoratori dipendenti, ai fini del raggiungimento del requisito contributivo della pensione d'inabilità, **Sez. L, n. 26429/2023, De Felice, Rv. 668767-01**, interpreta l'art. 1, commi 239 e 240, della legge n. 228 del 2012, nel senso dell'introduzione, per le prestazioni da erogarsi dal 1° gennaio 2013, di un nuovo sistema di cumulo contributivo, più ampio di quello previsto nella precedente normativa (contenuta negli artt. 20 e 21 della legge n. 613 del 1966), quale scelta di maggior favore nei confronti dei soggetti inabili al lavoro, tenuto altresì conto che, ai fini del raggiungimento del requisito contributivo della pensione di inabilità, il legislatore ha sempre consentito il cumulo dei contributi versati nelle più diverse gestioni previdenziali. In applicazione di questo principio, la S.C. ha confermato la sentenza di condanna dell'INPS a riliquidare la pensione di inabilità con i criteri e le modalità previsti dalla gestione lavoratori dipendenti, previo cumulo dei contributi versati

nelle due diverse gestioni a cui l'assicurato risultava essere stato iscritto all'atto del verificarsi dello stato invalidante.

## 6. Omissione contributiva e posizione del lavoratore.

Una articolata pronuncia ha avuto modo di illustrare il contenuto dell'obbligo contributivo gravante sul datore di lavoro che abbia intimato un licenziamento, in conseguenza di un successivo accordo transattivo di ricostituzione del rapporto di lavoro, con efficacia *ex tunc*, nel contesto normativo anteriore alle modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori apportate dalla legge n. 92 del 2012. Tali modifiche hanno consentito la revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, con conseguente ripristino del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità. Nel regime previgente, invece, comunicato il licenziamento al lavoratore, il rapporto poteva essere ripristinato solo in forza di accordo bilaterale che trovasse il consenso anche del lavoratore. Così illustrato il quadro normativo, **Sez. L, n. 14778/2023, Gnani, Rv. 667709-01**, ha affrontato un caso in cui, nel regime anteriore alla legge n. 92 del 2012, una volta intimato il licenziamento, il rapporto si era ricostituito in forza di un successivo accordo contenuto in un verbale di conciliazione, avente efficacia *ex tunc*, in considerazione del fatto che le parti avevano riconosciuto al lavoratore tutte le coperture assicurative e previdenziali nonché l'anzianità contributiva per il periodo compreso tra il licenziamento e l'accordo transattivo. Osserva, tuttavia, la Corte che l'efficacia retroattiva aveva trovato titolo, non nell'originario rapporto di lavoro, irrimediabilmente risolto dal licenziamento comunicato, ma in un nuovo accordo bilaterale, sicché non poteva dirsi integrata la fattispecie dell'omissione contributiva di cui all'art. 116, comma 8, lett. a), della legge n. 388 del 2000, configurabile solo rispetto al licenziamento nullo o inefficace che, in quanto tale, non determina l'interruzione del rapporto di lavoro. La fattispecie scrutinata, rileva la Corte, può essere piuttosto assimilata al caso del licenziamento annullato, dove la sentenza di annullamento ha valenza costitutiva e rappresenta il titolo che ricostituisce, seppure *ex tunc* in forza di una *fiction iuris*, un rapporto che, fino a quel momento, era stato risolto, con conseguente insussistenza di alcun obbligo di contribuzione, il quale riprende dal momento della sentenza e include il montante dei contributi arretrati non pagati dal tempo del licenziamento a quello della sentenza. La conclusione raggiunta è che, per il periodo antecedente alla stipula dell'accordo transattivo, non sussistono i presupposti per l'applicazione delle sanzioni civili per omissione contributiva.

**Sez. L, n. 26256/2023, Cerulo, Rv. 668891-01**, ha affrontato, invece, nell'ambito dell'ampia problematica relativa ai contributi previdenziali dovuti per i lavoratori dello spettacolo, la posizione del commentatore in programmi televisivi sportivi, affermando che, nell'apportare il proprio bagaglio tecnico e la propria professionalità, egli assurge a compartecipe della conduzione dell'evento mediatico, quando la sua presenza si caratterizzi come continuativa e quando il suo ruolo sia pregnante, travalicando quello di mero supporto tecnico e di autore di episodici commenti. In applicazione del suddetto principio, è stata confermata la sentenza di merito nella quale era stato accertato che le prestazioni di due noti *ex* calciatori trascendevano il rango di occasionale e ininfluente affiancamento tecnico, per assumere in tutto e per tutto le sembianze di una vera e propria partecipazione alla conduzione e alla presentazione, poiché in un ambito come quello sportivo è costante l'osmosi tra il dettaglio tecnico e lo spettacolo, essendo la dimensione spettacolare coesistente allo sport.

## **7. Accertamento e riscossione.**

Il recupero dei contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali e non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge, o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici a ciò preposti, avviene secondo la procedura di iscrizione a ruolo, disciplinata dal d.lgs. n. 46 del 1999, che detta regole peculiari per i crediti degli enti previdenziali.

In particolare, l'art. 24 del d.lgs. n. 46 cit. dispone che il contribuente può opporsi per motivi inerenti al merito della pretesa contributiva entro quaranta giorni dalla data di notifica del titolo. L'art. 30 del d.l. n. 78 del 2010, convertito in legge n. 122 del 2010, richiamando la procedura prevista dall'art. 24 cit., ha previsto che, a decorrere dal 1° gennaio 2011, l'attività di riscossione relativa al recupero delle somme a qualunque titolo dovute all'INPS, anche a seguito di accertamenti degli uffici, è effettuata mediante la notifica di un avviso di addebito con valore di titolo esecutivo.

**Sez. 5, n. 14077/2023, Di Marzio P., Rv. 667873-01**, ha ribadito, innanzitutto, che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non di quello tributario la controversia avente ad oggetto diritti ed obblighi attinenti ad un rapporto previdenziale obbligatorio anche se originata da pretesa azionata dall'ente previdenziale a mezzo di cartella esattoriale, non solo per l'intrinseca natura del rapporto, ma anche perché l'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, sul riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, nell'estendere tale procedura anche ai contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali, espressamente prevede che il contribuente, in presenza di richiesta di contributi

previdenziali, può proporre opposizione contro l'iscrizione a ruolo dinanzi al giudice del lavoro.

Ciò posto, **Sez. L, n. 10595/2023, Calafiore, Rv. 667420-01**, ha applicato alla materia della riscossione dei crediti previdenziali i principi espressi da Sez. U, n. 26283/2022, Perrino, Rv. 665660-01, il cui intervento nomofilattico è stato sollecitato dall'introduzione nell'ordinamento - ad opera dell'art. 3-*bis* del d.l. n. 146 del 2021, convertito nella legge n. 215 del 2021 - dell'art. 12, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 602 del 1973, che ha tipizzato l'interesse ad agire in materia di riscossione mediante ruolo, disponendo che tale interesse può dirsi sussistente ove il contribuente dimostri che dall'iscrizione a ruolo possa derivargli un pregiudizio per la partecipazione a una procedura di appalto, in forza delle previsioni del codice dei contratti pubblici, o per la riscossione di somme dovute da soggetti pubblici o per la perdita di un beneficio nei rapporti con la pubblica amministrazione. La pronuncia qui segnalata, conformandosi all'insegnamento impartito dalle sezioni unite, ha affermato che la citata disposizione di nuovo conio incide sulla pronuncia della sentenza e si applica anche nei processi pendenti, nei quali lo specifico interesse ad agire deve essere dimostrato, nelle fasi di merito, attraverso il tempestivo ricorso alla rimessione nei termini oppure, nel grado di legittimità, mediante deposito di documentazione *ex art. 372 c.p.c.* - fino all'udienza di discussione (prima dell'inizio della relazione) o fino all'adunanza camerale - oppure ancora, qualora occorrono accertamenti di fatto, nel giudizio di rinvio. Di conseguenza, è stata ritenuta inammissibile l'impugnazione dell'estratto di ruolo proposta dal contribuente - volta all'accertamento della prescrizione dei contributi previdenziali oggetto di cartelle e di avvisi di addebito, sul presupposto della inesistenza o nullità delle relative notifiche -, per non avere il medesimo dimostrato lo specifico interesse ad agire né in seno al ricorso per cassazione, né comunque prima dell'inizio della discussione dell'udienza pubblica.

Secondo **Sez. L, n. 08198/2023, Buffa, Rv. 667144-01**, sempre in materia di recupero dei crediti previdenziali, dopo la notifica dell'avviso di addebito, l'opposizione all'esecuzione è esperibile per dedurre fatti estintivi della pretesa contributiva verificatisi dopo la notifica dell'avviso stesso e non per far valere vizi di merito riguardanti l'originaria esistenza del credito, per i quali l'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 cit., prevede il mezzo dell'opposizione proponibile entro il termine di quaranta giorni dalla data di notifica del titolo.

**Sez. L, n. 07156/2023, Buffa, Rv. 667182-01**, conformandosi a un principio già affermato nella giurisprudenza di legittimità (in particolare, da Sez. 6-L, n. 24506/2016, Fernandes, Rv. 642279-01), ha ribadito che la notificazione della cartella esattoriale per la riscossione di contributi previdenziali è soggetta

alla disciplina degli artt. 148 e 160 c.p.c., per cui la mancata indicazione della data di consegna nella copia della cartella in possesso del destinatario comporta la nullità insanabile della notificazione e impedisce la decorrenza del termine per proporre opposizione. Risultando nulla la notifica della cartella esattoriale, il momento di garanzia può essere recuperato nei confronti del primo atto idoneo a porre il soggetto in grado di esercitare validamente il suo diritto di difesa - come, ad esempio, l'intimazione di pagamento - rispetto al quale occorre, quindi, verificare la tempestività dell'opposizione tenendo conto della funzione recuperatoria dell'impugnazione non potuta esercitare avverso la cartella e conformando la disciplina applicabile a quella dettata per l'azione recuperata. A tal fine, aggiunge la pronuncia qui segnalata, mentre non viene in rilievo il termine di venti giorni previsto per l'opposizione agli atti esecutivi, opera invece il termine di 40 giorni di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, quale rimedio tipico in materia contributiva previdenziale.

Sempre sul versante del recupero coattivo dei contributi non versati, la procedura di sospensione della riscossione introdotta dall'art. 1, commi 537-540, della legge n. 228 del 2012, è scandita dai seguenti passaggi: dichiarazione del debitore inviata al concessionario della riscossione ove si enumerano i motivi di inesistenza o inesigibilità del credito per il quale si dovrebbe procedere a esecuzione coattiva; invio della predetta dichiarazione da parte del concessionario all'ente impositore, al fine di avere conferma o meno delle ragioni esposte dal debitore ed ottenere, in caso affermativo, la sollecita trasmissione della sospensione o dello sgravio direttamente sui propri sistemi informativi; comunicazione dell'ente creditore al debitore e al concessionario del provvedimento di sospensione o sgravio ovvero di conferma della legittimità del debito iscritto a ruolo e, dunque, di persistente esistenza del proprio credito; avvio, da parte del concessionario, in caso di persistente esistenza del credito, della procedura esecutiva per il recupero; possibilità per il debitore destinatario dell'esecuzione di esperire le ordinarie azioni di opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi. Ciò premesso, **Sez. L, n. 16249/2023, Cavallaro, Rv. 668416-01**, ha ribadito che la procedura in esame non può valere a rimettere in discussione crediti divenuti definitivi, per via giudiziale o per mancata opposizione, trattandosi di procedura finalizzata, da un canto, a favorire l'adozione, da parte dell'ente creditore, di atti di sgravio totale o parziale in autotutela, al sopravvenire di fatti idonei ad incidere, totalmente o parzialmente, sulla misura del credito, evitando alle parti l'aggravio dell'introduzione di procedimenti giudiziari; dall'altro, a favorire l'adempimento spontaneo del credito una volta che l'ente creditore abbia rappresentato le ragioni per le quali ritiene non fondati i motivi avanzati dal debitore, che non possono però mai riguardare ragioni che

quest'ultimo avrebbe dovuto prospettare nelle sedi proprie del giudizio di accertamento negativo o delle opposizioni esecutive. La medesima pronuncia ha, di conseguenza, affermato che la natura meramente confermativa dell'atto conclusivo di detta procedura - che consiste nella comunicazione al debitore della conferma della legittimità del debito iscritto a ruolo - ne rende inammissibile l'impugnazione, non trattandosi di atto incidente sull'esistenza di diritti soggettivi e ben potendo le ragioni oppositive alle ragioni di credito dell'ente previdenziale non accolte essere dal debitore palesate e fatte valere opponendosi successivamente all'esecuzione o agli atti esecutivi.

### **8. La prescrizione dei crediti contributivi.**

Secondo **Sez. L, n. 08921/2023, Buffa, Rv. 667170-01**, la prescrizione dei contributi previdenziali matura giorno per giorno e inizia a decorrere dallo spirare del termine fissato dall'ordinamento per il pagamento della contribuzione, ossia dal giorno 21 del mese successivo a quello della maturazione del diritto alla retribuzione, e non dalla data - successiva - della sentenza che accerta la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra datore di lavoro e lavoratore.

Come precisato da **Sez. L, n. 13820/2023, De Felice, Rv. 667670-01**, in materia previdenziale, il pagamento dei contributi prescritti determina il diritto dell'autore del pagamento alla restituzione delle somme versate, atteso che, in tale materia, a differenza che in quella civile - ove opera la previsione di cui all'art. 2940 c.c. (che non ammette la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto) -, la prescrizione, ai sensi dell'art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995, è irrinunciabile e sottratta alla disponibilità delle parti, avendo prevalente funzione di ordine pubblico, con la conseguenza che il contribuente, pur volendo, sarebbe impossibilitato a versare i contributi in questione e l'ente previdenziale non potrebbe riceverne il pagamento.

### **9. La ripetizione dei contributi versati in eccesso dal datore di lavoro.**

L'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 818 del 1957 dispone che “[i] contributi o le quote di contributo di cui al presente decreto indebitamente versati non sono computabili agli effetti del diritto alle prestazioni e della misura di esse e sono rimborsabili al datore di lavoro anche per la quota trattenuta al lavoratore, al quale deve essere restituita. Rimangono tuttavia acquisiti alle singole gestioni e sono computabili agli effetti sopra indicati i contributi per i quali l'accertamento dell'indebito versamento sia posteriore di oltre 5 anni alla data in cui il

versamento stesso è stato effettuato”. Secondo **Sez. L, n. 30561/2023, Gnani, Rv. 669344-01**, la norma è applicabile anche all’azione di ripetizione d’indebito del datore di lavoro. Prima ancora dell’interesse del datore alla restituzione, e dell’analogo interesse dell’INPS, la previsione di legge tutela l’interesse del beneficiario del versamento contributivo, ovvero il lavoratore, la cui situazione, dopo un determinato lasso di tempo, va salvaguardata a mezzo della prevista intangibilità delle posizioni, anche laddove tali versamenti risultino, poi, indebiti, attuandosi da parte del legislatore una sorta di convalida sulla base di una presunzione assoluta di legittimità per effetto del decorso del tempo. Per la medesima pronuncia, il termine quinquennale è un termine di decadenza del diritto alla ripetizione, posto a tutela prioritaria del lavoratore: incidendo sulla proponibilità della domanda oltre il quinquennio, la decadenza è in questa materia sottratta alla disponibilità delle parti ed è, perciò, rilevabile d’ufficio *ex art. 2969 c.c.*

#### **10. Il caso dei lavoratori agricoli iscritti nei c.d. elenchi “a validità prorogata”.**

Con sentenza n. 65 del 1962, la Corte costituzionale dichiarò illegittima la disciplina allora vigente, nella parte in cui, ai fini della determinazione dei contributi dovuti dagli agricoltori e dai lavoratori dell’agricoltura per le assicurazioni sociali e per gli assegni familiari, prevedeva che essi andassero commisurati al presunto impiego di mano d’opera per come individuato dalla Commissione provinciale per tutta la provincia o per zone della provincia stessa sulla base del numero delle giornate di lavoro occorrenti annualmente su un ettaro di terreno.

Nelle more dell’emanazione di una nuova disciplina della determinazione dei contributi dovuti per i lavoratori agricoli che fosse commisurata alle giornate effettivamente lavorate, alcune leggi disposero la proroga della validità degli elenchi nei quali occorreva essere iscritti al fine di accedere alle prestazioni previdenziali proprie dei lavoratori del settore. In questo contesto, **Sez. L, n. 34482/2023, Cavallaro, Rv. 669560-01**, ha affermato che anche ai lavoratori agricoli iscritti negli elenchi a validità prorogata si applicano le previsioni dettate dall’art. 6 della legge n. 334 del 1968, circa la perdita del beneficio dell’iscrizione in caso di emigrazione protrattasi oltre un biennio, pur se anteriore all’entrata in vigore di tale legge, perché il principio d’irretroattività di cui all’art. 11 prel. c.c. impedisce bensì che una norma possa trovare applicazione a rapporti esauriti prima della sua entrata in vigore o a rapporti ancora in essere allorché incida sull’efficacia originaria del fatto che li ha generati, ma non impedisce certo che trovi applicazione, oltre che alle situazioni e ai rapporti sopravvenuti, a situazioni

e rapporti già in essere al momento della sua entrata in vigore, purché suscettibili di considerazione e disciplina autonoma prescindendo dal loro fatto generatore.



# CAPITOLO XXIV

## LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI

(DI LUCIANO CIAFARDINI)

SOMMARIO: 1. La contribuzione figurativa e le maggiorazioni contributive. - 2. Le prestazioni pensionistiche. - 3. Il cumulo dei trattamenti: divieti e facoltà di opzione. - 4. I supplementi di pensione. - 5. Le maggiorazioni dei trattamenti a scopo sociale. - 6. L'assegno per il nucleo familiare. - 7. L'assegno di maternità. - 8. L'indennità di mobilità. - 9. Il TFR corrisposto dal Fondo di garanzia *ex art. 2 della legge n. 297 del 1982*. - 10. Il TFR corrisposto dal Fondo di tesoreria INPS. - 11. Indennità di buonuscita e prescrizione del diritto. - 12. L'indebito previdenziale.

### 1. La contribuzione figurativa e le maggiorazioni contributive.

La legge prevede casi in cui, ai fini della determinazione dell'anzianità contributiva necessaria per il riconoscimento delle prestazioni previdenziali, vengono riconosciuti periodi di contribuzione figurativa (mediante l'accredito, sul conto assicurativo del lavoratore, di contributi "fittizi", ossia non versati effettivamente né dal datore di lavoro né dal lavoratore), allo scopo di tutelare il lavoratore qualora si sia verificata una temporanea sospensione o riduzione dell'attività lavorativa oppure la cessazione del rapporto di lavoro. In altre ipotesi, invece, sono previste maggiorazioni contributive, attraverso il riconoscimento di contributi aggiuntivi rispetto al servizio effettivo prestato, determinandosi quindi una anzianità contributiva convenzionale che si somma a quella effettiva e che consente al lavoratore di raggiungere anticipatamente il requisito contributivo necessario per il conseguimento della prestazione previdenziale o di incrementare, a seconda dei casi, la misura del reddito pensionistico.

Un caso di maggiorazione contributiva è previsto dall'art. 19 del d.P.R. n. 192 del 1973, per il servizio prestato a bordo di navi - anche in riserva - dai militari della Marina e per il servizio di navigazione compiuto dagli appartenenti all'Arma dei Carabinieri, dai militari della Guardia di finanza, dalle guardie di pubblica sicurezza, dagli agenti di custodia, dai vigili del fuoco, dagli ufficiali della Marina imbarcati come medici e dal personale civile dell'amministrazione militare imbarcato su navi militari. **Sez. L, n. 06343/2023, Marchese, Rv. 666950-01**, ha affrontato il caso dei dipendenti civili e militari in servizio permanente o continuativo, cessati dal servizio senza aver acquistato il diritto alla pensione per mancanza della necessaria anzianità di servizio, rispetto ai quali l'art. 124 del d.P.R. n. 1092 del 1973 - *ratione temporis* applicabile - prevede la costituzione della posizione assicurativa nell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti presso l'INPS, per il periodo di servizio "prestato": i

ricorrenti chiedevano non solo il riconoscimento dei contributi versati dal datore di lavoro, in forza del rapporto di pubblico impiego cessato, ma anche della contribuzione figurativa *ex art. 19 cit.*, per avere prestato servizio a bordo di navi in armamento o in riserva. La S.C. ha affermato che non spetta - ai fini della costituzione della suddetta posizione assicurativa presso l'INPS - l'aumento figurativo della contribuzione stabilito dall'art. 19 del citato decreto, potendosi valutare, stante il tenore testuale insuperabile della disposizione, soltanto il servizio effettivamente "prestato" e non anche gli aumenti di anzianità figurativi attribuiti in ragione della gravosità di particolari servizi. La pronuncia segnalata ha aggiunto che siffatta conclusione è stata ritenuta rispettosa dei principi di cui all'art. 3 Cost. (sulla scia di Corte cost., sentenza n. 39 del 2018), posto che è rimesso all'apprezzamento discrezionale del legislatore l'aumento convenzionale dell'anzianità di servizio, quale trattamento di favore preordinato a garantire una particolare tutela per la gravosità e i rischi del servizio prestato.

In tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, **Sez. L, n. 00528/2023, Calafiore, Rv. 666500-01**, ha statuito che il giudicato formatosi sul riconoscimento del diritto all'incremento dell'anzianità contributiva per il periodo di esposizione all'amianto, avendo un contenuto generico limitato all'*an*, non contiene anche la specificazione delle modalità di computo della pensione di anzianità, né la maturazione del diritto alla rivalutazione rende possibile la riliquidazione della pensione sulla base di una contribuzione superiore al limite di legge di quaranta anni di contribuzione massima utile.

Quanto alle contribuzioni figurative, l'art. 31 della legge n. 300 del 1970, al comma 2, prevede, in favore dei lavoratori chiamati a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali, la possibilità, a richiesta, di essere collocati in aspettativa non retribuita, per tutta la durata del loro mandato e, al comma 3, dispone che i conseguenti periodi di aspettativa sono considerati utili, a richiesta dell'interessato, ai fini del riconoscimento del diritto e della determinazione della misura della pensione. Ciò posto, **Sez. L, n. 03853/2023, Calafiore, Rv. 666616-01**, ha evidenziato che l'adozione del provvedimento di collocamento in aspettativa in forma scritta è condizione per l'accredito della contribuzione figurativa, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 564 del 1996, aggiungendo che detto onere formale è posto a tutela dello Stato, per consentire all'autorità preposta di verificare, agevolmente e tempestivamente, che l'intervento finanziario sotteso all'accredito figurativo corrisponda alle effettive situazioni per le quali è stato previsto.

**Sez. L, n. 04838/2023, Marchese, Rv. 666912-01**, ha ritenuto che l'art. 12 della legge n. 772 del 1972, *ratione temporis* applicabile - ove è tra l'altro previsto che coloro i quali, anteriormente alla data di entrata in vigore della legge, siano stati condannati per reati militari determinati da obiezioni di coscienza, possono, entro trenta giorni da tale data, presentare la "domanda di cui al precedente art. 2", volta alla prestazione del servizio militare non armato o del servizio sostitutivo civile -, va interpretato nel senso che la disciplina ivi contenuta si riferisce a tutti i "condannati" per reati militari determinati da motivi di obiezione di coscienza, a prescindere dal fatto che la pena sia stata o meno interamente espiata al momento di entrata in vigore della legge medesima; ha aggiunto che la presentazione della predetta domanda è *conditio sine qua non* per l'equiparazione del periodo di sofferta detenzione al servizio militare effettivo e, in via di derivazione, per il riconoscimento del beneficio dell'accredito contributivo.

Sempre in tema di contribuzione figurativa, **Sez. L, n. 02614/2023, Marchese, Rv. 666601-01**, ha affermato che i benefici contributivi per esposizione ad amianto, come rideterminati dall'art. 47 del d.l. n. 269 del 2003, convertito in legge n. 326 del 2003, sono incompatibili, ai sensi del comma 6-ter del medesimo art. 47, con l'istituto del c.d. "prolungamento" previsto dall'art. 24 della legge n. 413 del 1984 a favore dei marittimi che al momento dello sbarco risolvano il rapporto di lavoro. Secondo la pronuncia qui segnalata, tale prolungamento (dei periodi di effettiva navigazione mercantile) - essendo uno strumento idoneo a determinare un incremento dell'anzianità contributiva per effetto della considerazione, tramite copertura contributiva figurativa, di periodi che, altrimenti, ne risulterebbero privi - costituisce un beneficio previdenziale aggiuntivo, come desumibile dal tenore del citato art. 24, che, al secondo comma, stabilisce l'immediata interruzione del beneficio stesso al verificarsi di attività lavorativa comportante l'obbligo assicurativo ovvero in presenza di contribuzioni comunque accreditate.

## **2. Le prestazioni pensionistiche.**

In tema di pensione di vecchiaia anticipata - istituto caratterizzato dall'anticipazione dei normali tempi di perfezionamento del diritto alla pensione attuata attraverso un'integrazione *ex lege* del rapporto assicurativo e contributivo, che consente, in presenza di una situazione di invalidità, una deroga ai limiti di età per il normale pensionamento - **Sez. L, n. 00244/2023, Cavallaro, Rv. 666309-01**, ha precisato che ai soggetti che abbiano maturato i requisiti contributivi alla data del 31 dicembre 1992 non trova applicazione l'elevazione del minimale contributivo a venti anni, in quanto l'art. 2 del d.lgs. n. 503 del

1992 prevede che ad essi continuino a trovare applicazione i requisiti di assicurazione e contribuzione previsti dalla normativa previgente.

Sempre con riferimento alla pensione di vecchiaia anticipata, il regime delle “finestre mobili” delineato dall’art. 12, comma 1, del d.l. n. 78 del 2010, convertito nella legge n. 122 del 2010, prevede che i beneficiari del trattamento conseguano il diritto alla relativa decorrenza, «trascorsi dodici mesi dalla data di maturazione dei previsti requisiti». Ciò posto, **Sez. L, n. 24617/2023, Cerulo, Rv. 668797-01**, ha chiarito che tali requisiti sono correlati all’età, sicché il differimento dell’accesso alla pensione di vecchiaia non decorre dalla cessazione del rapporto di lavoro, ma dalla maturazione dei requisiti anagrafici, assicurativi e contributivi, oltre che sanitari, nel caso degli invalidi in misura non inferiore all’80 per cento (fattispecie regolata dall’art. 1, comma 8, del d.lgs. n. 503 del 1992); la predetta cessazione del rapporto, quindi, si configura come un *quid pluris*, costituendo una condizione cui l’art. 1, comma 7, del citato d.lgs. n. 503 subordina il conseguimento di un diritto da considerarsi già completo in tutti i suoi elementi, ovviamente purché sussistano i requisiti previsti dagli artt. 1 e 2 del medesimo decreto e sia decorso anche il tempo di attesa (c.d.. “finestra”) individuato dalla legge come ulteriore elemento costitutivo del diritto alla pensione. La pronuncia in esame ha rimarcato, peraltro, che lo slittamento della pensione di vecchiaia non comporta necessariamente l’abbandono del posto di lavoro durante l’anno di attesa dell’apertura della “finestra”, dato che in tale periodo l’assicurato invalido potrebbe, come qualsiasi altro lavoratore, continuare a lavorare ed anche accedere, *medio tempore*, ai trattamenti di invalidità previsti in caso di totale o parziale incapacità lavorativa. Del resto, chiosa l’ordinanza qui segnalata, se la *ratio* ispiratrice della disciplina delle “finestre” è quella di limitare la spesa previdenziale, dilazionando i tempi di erogazione del trattamento pensionistico, senza innalzare l’età pensionabile, è proprio la possibilità di lavorare nelle more del compiersi del periodo prescritto dalla legge a rendere sostenibile il sacrificio imposto con il differimento del diritto alla decorrenza del trattamento pensionistico, consentendo all’interessato, fino al compiersi del periodo di attesa imposto dal legislatore, di lavorare e di procurarsi le fonti di sostentamento necessarie per un’esistenza libera e dignitosa.

Ancora, **Sez. L, n. 16829/2023, Cavallaro, Rv. 668418-01**, ha precisato che la posticipazione della decorrenza della pensione di vecchiaia anticipata di cui all’art. 1, comma 8, del d.lgs. n. 503 del 1992 (che prevede una previsione di favore per gli invalidi), in applicazione del disposto di cui al già citato art. 12 del d.l. n. 78 del 2010, va calcolata in relazione alla previsione di cui all’art. 6 della legge n. 155 del 1981, e, dunque, tenendo conto che il diritto alla pensione di vecchiaia matura normalmente con il realizzarsi del complesso dei requisiti

richiesti dalla legge e non già a seguito della presentazione della domanda amministrativa, che costituisce mero atto d'impulso del procedimento finalizzato alla verifica e certazione dei requisiti di legge, finalizzato a rendere liquida ed esigibile la prestazione stessa.

Sempre con riferimento al regime delle “finestre”, **Sez. L, n. 25075/2023, Cerulo, Rv. 668752-01**, partendo dal ruolo essenziale che la presentazione della domanda riveste con riferimento alla pensione di anzianità (tanto da assurgere ad elemento distintivo qualificante rispetto alla pensione di vecchiaia), ha affermato che, in applicazione della regola generale sancita dall'art. 22, comma 5, della legge n. 153 del 1969 - secondo cui la pensione di anzianità decorre dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda -, qualora alla data di presentazione dell'istanza amministrativa difetti uno degli elementi costitutivi del diritto alla prestazione (nella specie, non era decorso il termine di dodici mesi di cui all'art. 12, comma 2, lettera a, del d.l. n. 78 del 2010, convertito nella legge n. 122 del 2010), la domanda dev'essere respinta, ma la parte istante ha facoltà di presentare - al momento della maturazione di tutti i presupposti - una nuova istanza e dal primo giorno del mese successivo alla presentazione di quest'ultima va individuato il decorso della prestazione. Secondo la pronuncia in esame, infatti, il rigetto della domanda impone di ripresentarla, allorché tutti i requisiti risultino integrati, e non si può attribuire rilievo alla prima domanda, allo scopo di far decorrere la prestazione dal momento in cui, a domanda già respinta, maturano i requisiti (siano essi assicurativi o contributivi, oppure legati alla decorrenza indicata dalla legge, che, nel sistema delle “finestre”, pure assurge ad elemento costitutivo del diritto alla prestazione, ad integrazione dell'età anagrafica), dal momento che il procedimento instaurato in seguito alla presentazione della prima domanda non può rimanere aperto *sine die*.

Fino al 31 dicembre 2011, il diritto alla pensione di anzianità - soppressa dall'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011, convertito in legge n. 214 del 2011 - si perfezionava al raggiungimento di una quota data dalla somma tra l'età anagrafica minima richiesta e almeno 35 anni di contributi. Secondo **Sez. L, n. 04688/2023, Cerulo, Rv. 666910-01**, quando il lavoratore abbia esercitato l'opzione di cui all'art. 1, comma 12, della legge n. 243 del 2004 (che consentiva - al lavoratore dipendente del settore privato che avesse maturato i requisiti minimi per l'accesso al pensionamento di anzianità - di continuare il rapporto di lavoro sino al 31 dicembre 2007), la pensione di anzianità spettante al medesimo, in caso di cessazione del rapporto di lavoro anticipata rispetto alla data indicata nell'opzione, decorre dal primo giorno del mese successivo a

quello di presentazione della domanda, secondo i principi generali posti dall'art. 22, comma 5, della legge n. 153 del 1969.

Con riferimento ai lavoratori collocati in mobilità, **Sez. L, n. 24627/2023, Cavallaro, Rv. 668617-01**, ha affrontato gli effetti della c.d. "salvaguardia" di cui all'art. 1, comma 231, della legge n. 228 del 2012, secondo cui (lett. a) le disposizioni in materia di requisiti di accesso al trattamento pensionistico e di regime delle decorrenze vigenti prima dell'entrata in vigore dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011, convertito in legge n. 214 del 2011, si applicano anche ai lavoratori cessati dal rapporto di lavoro (successivamente al 31 dicembre 2011, ma) entro il 30 settembre 2012 e collocati in mobilità ordinaria o in deroga a seguito di accordi governativi o non governativi stipulati entro il 31 dicembre 2011 e che abbiano perfezionato i requisiti utili al trattamento pensionistico entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità di cui all'art. 7, commi 1 e 2, della legge n. 223 del 1991, ovvero durante il periodo di godimento dell'indennità di mobilità in deroga e in ogni caso entro il 31 dicembre 2014. Secondo la S.C., a tali lavoratori spetta il beneficio della possibilità di accedere alla pensione secondo le più favorevoli regole vigenti prima del d.l. n. 201 del 2011, a condizione che essi, nel corso del periodo di fruizione dell'indennità di mobilità, non abbiano maturato anche i più sfavorevoli requisiti pensionistici introdotti, a far data dal 31 dicembre 2011, dall'art. 24 del citato d.l. n. 201. A fondamento di tale decisione, si è osservato che la funzione della c.d. salvaguardia prevista dalla disposizione esaminata è quella di proteggere i lavoratori coinvolti in procedure di mobilità che, secondo la normativa previgente al d.l. n. 201 del 2011, avrebbero potuto accedere al trattamento pensionistico non appena cessata la fruizione dell'indennità di mobilità e che, viceversa, in considerazione dell'immediato innalzamento dei requisiti di accesso alla pensione previsti dal citato d.l. n. 201, si sarebbero trovati alla fine del periodo di mobilità non ancora nella possibilità di godere del trattamento pensionistico, restando così privi di occupazione, di sostegno al reddito e di pensione.

**Sez. L, n. 02440/2023, De Felice, Rv. 666600-01**, in tema di dipendenti di aziende editoriali e di stampa di periodici, ha affermato che, ai fini dell'accesso al pensionamento anticipato *ex art. 1, comma 154, della legge n. 205 del 2017*, vanno ritenuti utili i soli contributi versati nel periodo di cassa integrazione guadagni straordinaria, e non anche quelli figurativi accreditati in riferimento al periodo di mobilità successivo alla cessazione del rapporto di lavoro per scadenza della cassa integrazione, in quanto la norma - riferendosi a coloro i quali hanno acquisito il requisito contributivo stabilito dalla legge n. 416 del 1981 entro il periodo di cassa integrazione, così fissando un limite temporale definitivo al fini dell'adesione all'opzione del pensionamento anticipato - ha

introdotto una disciplina speciale, rispetto a quella di cui al d.P.R. n. 157 del 2013, il cui contenuto letterale è di stretta interpretazione.

### **3. Il cumulo dei trattamenti: divieti e facoltà di opzione.**

L'art. 6, commi 7 e 8, del d.l. n. 148 del 1993, convertito in legge n. 236 del 1993, per come successivamente modificato e integrato dall'art. 2 del d.l. n. 299 del 1994, convertito in legge n. 451 del 1994, prevede espressamente che i trattamenti ordinari e speciali di disoccupazione e l'indennità di mobilità sono incompatibili con i trattamenti pensionistici diretti a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, degli ordinamenti sostitutivi, esonerativi ed esclusivi dell'assicurazione medesima, nonché delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi. Attribuisce, tuttavia, la facoltà di opzione per il trattamento più favorevole, ma ai soli titolari di trattamenti pensionistici di invalidità, escludendo implicitamente che i trattamenti di disoccupazione possano essere corrisposti a coloro che siano titolari di altri trattamenti pensionistici. Da ciò deriva, secondo **Sez. L, n. 24763/2023, Cavallaro, Rv. 668620-01**, che al titolare di pensione di anzianità non è riconosciuta la possibilità di optare per il trattamento di mobilità. La pronuncia aggiunge che l'ipotesi non rientra tra quelle per le quali l'opzione costituisce una facoltà costituzionalmente necessitata, ricordando come la Corte costituzionale abbia già chiarito che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire eventuali rapporti di non cumulabilità ovvero incompatibilità tra diverse prestazioni previdenziali e assistenziali e dunque che, in una situazione in cui si verifichi la compresenza in capo ad un unico soggetto di plurimi eventi assicurati, si valuti come sufficiente l'attribuzione di un unico trattamento previdenziale al fine di garantire al lavoratore assicurato i mezzi adeguati alle esigenze di vita sue e della sua famiglia; questa discrezionalità deborda in irragionevolezza solo allorché tra i plurimi eventi verificatisi ve ne sia uno che abbia messo capo ad una condizione di invalidità, dovendo in tal caso riconoscersi al lavoratore invalido la possibilità di optare per il trattamento più favorevole, in ragione della sua condizione di maggior bisogno rispetto al lavoratore non invalido (Corte cost. sentenze n. 218 del 1995 e n. 234 del 2011).

A tale ultimo proposito, con la modifica introdotta dall'art. 2, comma 5, del d.l. n. 299 del 1994, convertito in legge n. 451 del 1994, si è previsto che, "all'atto dell'iscrizione nelle liste di mobilità", i lavoratori che fruiscono dell'assegno o della pensione di invalidità devono optare tra tali trattamenti e quello di mobilità e che, in caso di opzione a favore del trattamento di mobilità, l'erogazione dell'assegno o della pensione di invalidità resta sospesa per il periodo di fruizione del predetto trattamento, ovvero in caso di sua corresponsione

anticipata, per il periodo corrispondente all'ammontare della relativa anticipazione del trattamento di mobilità. Alla luce di tali dati normativi, **Sez. L, n. 24751/2023, Cavallaro, Rv. 668619-01**, ha affermato che, sebbene le suddette disposizioni non prevedano espressamente le conseguenze del mancato esercizio dell'opzione nel termine indicato, esse sono agevolmente ricavabili dall'art. 1287, comma 2, c.c., che stabilisce in forma generale per tutte le obbligazioni alternative le conseguenze del mancato esercizio della facoltà di scelta del creditore "nel termine stabilito", prevedendo la decadenza dalla facoltà di scelta e il suo passaggio al debitore. Nel caso di specie, chiarisce la pronuncia, non potendo aversi alcun passaggio della facoltà di scelta al debitore - trattandosi di obbligazioni pubbliche in cui il comportamento dell'ente previdenziale è interamente assoggettato alla volontà di legge -, non può ammettersi che l'esercizio dell'opzione tra i due trattamenti possa avvenire in ogni tempo, ma si deve per contro ritenere che la scelta vada effettuata all'atto dell'iscrizione del lavoratore nelle liste di mobilità, a pena di decadenza.

#### **4. I supplementi di pensione.**

**Sez. L, n. 07034/2023, Cerulo, Rv. 667701-01**, ha precisato i presupposti per il riconoscimento del supplemento di pensione, in favore del beneficiario dell'assegno ordinario d'invalidità (regolato dall'art. 1 della legge n. 222 del 1984) e in conseguenza del versamento di ulteriori contributi per attività lavorativa. L'art. 1, comma 9, della legge cit. prevede che i periodi di contribuzione (effettiva, volontaria e figurativa), successivi alla decorrenza originaria dell'assegno, sono utili ai fini della liquidazione di supplementi e che, in caso di nuova liquidazione dell'assegno di invalidità, l'ammontare dello stesso deve essere maggiorato, per quanto qui interessa, "per effetto della contribuzione successivamente intervenuta", valutata secondo la disciplina dell'art. 7 della legge 23 aprile 1981, n. 155, secondo cui la liquidazione del supplemento di pensione non può essere richiesta "prima che siano trascorsi almeno cinque anni dalla data di decorrenza della pensione o dalla data di decorrenza del precedente supplemento", termine ridotto a due quando sia stata superata l'età pensionabile. Ciò premesso la pronuncia qui segnalata ha affermato che il beneficiario di assegno ordinario di invalidità civile - per conseguire la concessione di un supplemento di pensione, relativamente alla contribuzione successiva alla decorrenza originaria dell'assegno - deve presentare una specifica domanda amministrativa all'ente previdenziale, in quanto i supplementi di pensione si configurano come prestazione diversa dal trattamento base, di cui occorre verificare gli autonomi requisiti costitutivi, a tale scopo non essendo sufficiente la mera richiesta di conferma dell'assegno di invalidità. La mancanza di una

previa istanza amministrativa finalizzata ad ottenere i supplementi di pensione, dunque, rende improponibile la domanda giudiziale volta alla valutazione della contribuzione successiva, stante la temporanea assenza di giurisdizione.

### **5. Le maggiorazioni dei trattamenti a scopo sociale.**

Il comma 1 dell'art. 38 della legge n. 488 del 2001 ha introdotto, in favore dei soggetti disagiati di età pari o superiore a settant'anni, titolari di pensione, un incremento economico a scopo sociale, sotto forma di maggiorazione del trattamento pensionistico in godimento, al fine precipuo di garantire ad una limitata platea di soggetti che si trovino in disagiate condizioni e economiche, e, in quanto tali sono assistiti da prestazioni sociali - tra cui, ad esempio, l'assegno sociale - un reddito almeno pari ad euro 516,46 al mese per tredici mensilità. Il comma 5 della norma citata specifica i limiti reddituali per l'applicazione delle maggiorazioni sociali. Ciò premesso, **Sez. L, n. 06950/2023, De Felice, Rv. 667033-01**, ha affermato che la verifica del rispetto dei requisiti reddituali va effettuata computando anche l'ammontare della stessa prestazione da incrementare, perché il beneficio non è volto ad aumentare in modo incondizionato le prestazioni assistenziali, ma è invece diretto a far sì che ciascun avente diritto venga assistito dallo Stato limitatamente ad una soglia minima di sostentamento.

### **6. L'assegno per il nucleo familiare.**

L'istituto dell'assegno per il nucleo familiare, introdotto dall'art. 2 del d.l. n. 69 del 1988, convertito in legge n. 153 del 1988, rientra nelle prestazioni a tutela della famiglia. La legge citata ha fissato taluni presupposti per il riconoscimento del diritto, fra cui la condizione di lavoratore del richiedente, in servizio o in pensione: la misura è, infatti, riservata ai percettori di un reddito da lavoro, da pensione o da altra misura previdenziale scaturente da prestazione lavorativa. Sul versante reddituale, la legge ha stabilito che l'assegno non spetta qualora la somma degli emolumenti percepiti dall'intero nucleo familiare sia inferiore al 70% del reddito complessivo del nucleo stesso (art. 2, comma 10). Viene preso in considerazione, dunque, il reddito familiare considerato nel suo complesso, costituito, cioè, dalla somma di quanto apportato da ciascuno dei suoi componenti alla condizione economica della famiglia, ai fini del raggiungimento della soglia reddituale che dà diritto alla prestazione. Il reddito così individuato è costituito dall'ammontare dei redditi complessivi, assoggettabili all'IRPEF, conseguiti nell'anno solare precedente il 1° luglio di ciascun anno ed ha valore per la corresponsione dell'assegno fino al 30 giugno dell'anno successivo (art. 2,

comma 9). La legge prevede che l'importo dell'assegno vada calcolato in base alla situazione reddituale dichiarata dal richiedente, rapportata alla consistenza effettiva del nucleo familiare documentata dallo stato di famiglia. Con riferimento ai lavoratori migranti in ambito europeo, la regola generale è che ad essi va esteso il trattamento in questione in base alla legge del luogo in cui si svolge la prestazione, anche se i familiari beneficiari risiedono altrove.

Ciò premesso, **Sez. L, n. 06953/2023, De Felice, Rv. 666978-01**, ha affermato che spetta sempre al richiedente - sia questo cittadino italiano o extracomunitario soggiornante di lungo periodo - dimostrare il requisito reddituale e, a tal fine, non è sufficiente la produzione del solo C.U.D. (dal quale non emerge il reddito familiare), senza che la difficoltà del cittadino extraeuropeo nell'offrire la prova possa valere a superare la previsione dell'art. 2, comma 9, il quale, in coerenza col principio egualitario insito nella struttura e nella funzione dell'assegno in parola, non opera distinzioni in base alla provenienza territoriale dei lavoratori. In tal senso, il Collegio ha ritenuto la disposizione scrutinata esente anche da censure per violazione del diritto antidiscriminatorio, ritenendo, così, priva di fondamento la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia avanzata dal ricorrente per asserita violazione del principio di parità di trattamento.

È appena il caso di segnalare che il d.lgs. n. 230 del 2021 ha istituito l'Assegno unico e universale per i figli a carico e che, a norma dell'articolo 10, comma 3, del medesimo decreto, limitatamente ai nuclei familiari con figli e orfanili, a decorrere dal 1° marzo 2022, cessano di essere riconosciute le prestazioni di cui all'art. 2 del d.l. n. 69 del 1988, come convertito.

## 7. L'assegno di maternità.

**Sez. L, n. 10863/2023, Mancino, Rv. 667431-01**, ha deciso uno dei giudizi nell'ambito dei quali la stessa Corte di legittimità aveva sollevato, con plurime ordinanze, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 74 del d.lgs. n. 151 del 2001, in relazione agli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in riferimento a plurimi articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). In seguito a rinvio pregiudiziale promosso dalla stessa Corte costituzionale e deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, in data 2 settembre 2021, la Corte costituzionale, con sentenza n. 54 del 2022, per quel che qui rileva, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 74 del d.lgs. n. 151 del 2001, nel testo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 3, lett. a), della legge n. 238 del 2021, nella parte in cui, per i soli cittadini di Paesi terzi, subordina il riconoscimento dell'assegno di natalità alla titolarità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo,

escludendo dalla concessione della provvidenza i cittadini di Paesi terzi che sono stati ammessi nello Stato a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o nazionale e i cittadini di Paesi terzi che sono stati ammessi a fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno ai sensi del regolamento (CE) n. 1030/2002. All'esito della definizione dell'incidente di costituzionalità, la Corte di legittimità ha osservato che l'avente diritto alla prestazione dev'essere pur sempre riconducibile alla figura di familiare di un cittadino comunitario come delineata dall'articolo 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 30 del 2007, che indica, tra gli altri, oltre al coniuge del cittadino dell'Unione, anche il partner che abbia contratto con quest'ultimo un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, purché equiparata al matrimonio dalla legislazione dello Stato membro ospitante. Nella vicenda concreta, perciò, alla madre extracomunitaria, semplice convivente *more uxorio* col cittadino italiano padre del figlio minore, non è stato riconosciuto il diritto alla prestazione, non rientrando la richiedente nella suddetta nozione di familiare.

## 8. L'indennità di mobilità.

Secondo **Sez. L, n. 20369/2023, Marchese, Rv. 668350-01**, l'indennità di mobilità disciplinata dall'art. 7 della legge n. 223 del 1991 configura una prestazione previdenziale che resta regolata, ai sensi dei commi 8 e 12 della medesima disposizione, dalla “normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, in quanto applicabile”; ne consegue che la relativa istanza va presentata, ai sensi dell'art. 47, comma 3, del d.P.R. n. 639 del 1970, come sostituito dall'art. 4 del d.l. n. 384 del 1992, convertito nella legge n. 438 del 1992, a pena di decadenza, nel termine di un anno dalla comunicazione del ricorso amministrativo, o dalla scadenza del termine stabilito per la pronuncia su di esso, ovvero dalla scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo. In contrario non può valere il richiamo operato all'art. 37 della legge n. 88 del 1989, che mira solo ad individuare la gestione a carico della quale vengono posti gli oneri finanziari, né, ove la corresponsione avvenga anticipatamente ed in un'unica soluzione nei casi previsti dall'art. 7, comma 5, della legge n. 223 del 1991 (ossia quando i lavoratori in mobilità ne facciano richiesta per intraprendere un'attività autonoma o per associarsi in cooperativa in conformità alle norme vigenti), l'assunzione della natura di contributo finanziario, atteso l'esplicito rinvio “in quanto applicabile” alla “normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria”.

Proprio con riferimento alla corresponsione anticipata dell'indennità ai sensi dell'art. 7, comma 5, legge n. 223 cit., **Sez. L, n. 24629/2023, Cavallaro, Rv. 668798-01**, ha confermato quanto già statuito da Sez. L, n. 9023/2019, Fernandes, Rv. 653451-01, e da Sez. L, 15654/2018, Rivero, non massimata, e cioè che anche per essa opera l'estensione a favore dei dipendenti di imprese commerciali con meno di 200 e più di 50 dipendenti *ex* art. 7, comma 7, del d.l. n. 148 del 1993, convertito nella legge n. 236 del 1993, e successive proroghe, in riferimento all'integrale importo spettante e non limitatamente all'anno in cui è stata concessa, senza che rilevi la cancellazione dalle liste di mobilità per effetto dell'esercizio dell'opzione, atteso che il diritto al trattamento matura prima della cancellazione, anche in caso di pagamento dell'indennità in unica soluzione ed in via anticipata.

L'indennità di mobilità ordinaria, a parere di **Sez. L, n. 16080/2023, Gnani, Rv. 667840-01**, non spetta ai soci lavoratori di società ed enti cooperativi esercenti le attività indicate nell'elenco allegato al d.P.R. n. 602 del 1970, nemmeno per il periodo successivo all'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, atteso che tale normativa si è limitata ad intervenire sulla CIGS senza menzionare espressamente a vantaggio delle cooperative l'indennità di mobilità, che peraltro, nel disegno complessivo della suddetta legge, era destinata ad essere assorbita dall'Assicurazione Sociale per l'Impiego (c.d. "ASPI"), quest'ultima intesa quale esclusiva forma di tutela assicurativa contro la disoccupazione involontaria.

Leggi speciali hanno previsto anche la possibilità di concedere trattamenti di mobilità in deroga alla normativa vigente, cioè in ipotesi in cui in base a questa il trattamento non spetterebbe. Tale possibilità, ad esempio, è stata prevista dall'art. 2, comma 64, della legge n. 92 del 2012 per il periodo 2013-2016, cui ha fatto seguito l'art. 4 del d.l. n. 54 del 2013, convertito in legge n. 85 del 2013, che ha autorizzato il rifinanziamento del trattamento di mobilità in deroga di cui al citato art. 2, comma 64, rinviando ad un decreto interministeriale per la determinazione dei criteri di concessione. Ciò premesso, **Sez. L, n. 16494/2023, Gnani, Rv. 668096-01**, ha affrontato la peculiare questione relativa alla spettanza, o meno, per l'anno 2014, di tale trattamento di mobilità (come detto, in deroga) anche ai soggetti fruitori dell'assicurazione sociale per l'impiego (c.d. "ASPI"), forma di tutela assicurativa contro la disoccupazione involontaria. Per la S.C. la risposta è negativa, atteso che il decreto interministeriale (n. 83473 del 2014) cui l'art. 4, comma 2, del d.l. n. 54 cit., ha rinviato per la determinazione dei criteri di concessione del trattamento - tra i quali quello della "continuazione rispetto ad altre prestazioni di sostegno del reddito" - ha limitato, per il predetto anno, detta indennità alla sola continuazione con pregressi trattamenti di

mobilità, escludendo misure diverse di sostegno al reddito e, tra queste, appunto, l'ASPI".

### **9. Il TFR corrisposto dal Fondo di garanzia ex art. 2 della legge n. 297 del 1982.**

L'obbligazione di pagamento del TFR a carico del Fondo di Garanzia, in caso d'insolvenza del datore di lavoro, ha natura previdenziale e non va considerata identica all'obbligazione di pagamento del trattamento di fine rapporto a carico del datore di lavoro, avente natura retributiva. Secondo **Sez. L, n. 08406/2023, Calafiore, Rv. 667145-01**, anche ove il lavoratore abbia ottenuto ingiunzione di pagamento nei confronti del datore di lavoro per somme nette, il calcolo dei crediti dovuti al lavoratore per differenze retributive e trattamento di fine rapporto deve avvenire sempre al lordo e, pertanto, l'INPS, nel liquidare la relativa somma, deve provvedere alla conversione al lordo, per poi operare in qualità di sostituto d'imposta, trattenendo l'importo dovuto per le imposte erariali, sempreché non dimostri che le ritenute siano state già operate e versate all'erario.

### **10. Il TFR corrisposto dal Fondo di tesoreria INPS.**

**Sez. L, n. 25035/2023, Cavallaro, Rv. 668765-01**, ha effettuato un'approfondita disamina della natura della prestazione erogata dal Fondo di tesoreria istituito presso l'INPS, e, prima ancora, delle somme che confluiscono ad esso, ritenendone la natura previdenziale e ponendosi, così, in consapevole contrasto con precedenti arresti di legittimità (Sez. 6-L, n. 27014/2017, Arienzo, Rv. 646180-01; Sez. L, n. 11536/2019, Curcio, Rv. 653827-01; Sez. 1, n. 12009/2018, Campese, Rv. 648260-01; Sez. 1, n. 24510/2021, Amatore, Rv. 662550-01) i quali, pur non enunciando espressamente la natura retributiva di tali somme, l'avevano implicitamente presupposta nel risolvere questioni afferenti alla legittimazione passiva al pagamento delle quote di TFR maturate dopo il 1° gennaio 2007.

In particolare, decidendo nell'ambito di una controversia vertente sulla domanda proposta contro l'INPS e volta al pagamento della rivalutazione monetaria e degli interessi sul TFR liquidato a seguito di cessazione del rapporto di lavoro, la pronuncia qui segnalata ha ricordato che l'art. 1, comma 755, della legge n. 296 del 2006, ha istituito, a far data dal 1° gennaio 2007, il "Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile", prevedendo che esso venga "gestito, per conto dello Stato, dall'INPS su un apposito conto corrente aperto presso la tesoreria dello Stato", con modalità di finanziamento che "rispondono

al principio della ripartizione”; il successivo comma, oltre a prevedere che, con la medesima decorrenza, al Fondo debba affluire mensilmente un “contributo” a carico dei datori di lavoro che abbiano cinquanta o più addetti alle proprie dipendenze in misura pari alla quota di cui all’art. 2120 c.c. che non sia stata “destinata alle forme pensionistiche complementari” di cui al d.lgs. n. 252 del 2005 ovvero all’opzione per l’anticipazione della corresponsione del TFR di cui al successivo comma 756-*bis*, stabilisce che “la liquidazione del trattamento di fine rapporto e delle relative anticipazioni al lavoratore viene effettuata, sulla base di un’unica domanda, presentata dal lavoratore al proprio datore di lavoro”, secondo le modalità stabilite con apposito decreto. Dall’analisi dettagliata delle disposizioni del decreto ministeriale emanato per dare attuazione alla legge, il Collegio ha tratto la conclusione che l’unico soggetto obbligato al pagamento del TFR maturato dai lavoratori del settore privato successivamente al 1° gennaio 2007 è il Fondo di tesoreria, in quanto il datore di lavoro risponde dell’obbligazione quale *adiectus solutionis causa*, secondo un meccanismo di anticipazione salvo conguaglio, analogo a quello che presiede alla corresponsione di altre prestazioni previdenziali (ad es., assegni familiari, indennità di malattia, indennità di maternità). La Sezione ne ricava la convinzione che quella corrisposta dal Fondo è una prestazione che, sebbene modulata quanto a presupposti e misura secondo le previsioni dell’art. 2120 c.c., riveste natura previdenziale. Incisivamente, osserva il Collegio che tale ricostruzione è confermata dall’art. 1, comma 755, della legge n. 296 del 2006, secondo cui il Fondo stesso “garantisce ai lavoratori dipendenti del settore privato l’erogazione dei trattamenti di fine rapporto di cui all’articolo 2120 del codice civile, per la quota corrispondente ai versamenti di cui al comma 756”: l’impiego del verbo “garantisce” lascia trasparire, infatti, l’intento del legislatore di attrarre la corresponsione del TFR nell’orbita della regolamentazione pubblica, sottraendo a una certa categoria di datori di lavoro privati la disponibilità diretta del risparmio forzoso costituito dagli accantonamenti per il TFR che il lavoratore non abbia destinato volontariamente alla previdenza complementare oppure all’opzione di cui all’art. 1, comma 756-*bis*, della legge n. 296 del 2006. Ne consegue, quindi, che il lavoratore non può in alcun modo ritenersi creditore del datore di lavoro per il TFR maturato dopo il 1° gennaio 2007 e le cui quote accantonate non siano state versate dal datore di lavoro fallito al Fondo di tesoreria, rimanendo il Fondo pur sempre obbligato alla corresponsione della prestazione, a cui si applica il divieto di cumulo di rivalutazione monetaria e interessi di cui all’art. 16, comma 6, della legge n. 412 del 1991, relativo, appunto, ai crediti verso forme di previdenza obbligatoria pubblica.

## 11. Indennità di buonuscita e prescrizione del diritto.

Secondo **Sez. L, n. 22390/2023, Marotta, Rv. 668206-01**, il diritto a percepire l'indennità di buonuscita, prevista dall'art. 7, comma 2, della legge reg. Sicilia n. 2 del 1962, si prescrive nel termine di cinque anni decorrente dalla cessazione del rapporto, momento a partire dal quale il dipendente è posto in condizione di assumere ogni iniziativa per poter beneficiare del trattamento indennitario di fine rapporto, essendo applicabile, in forza del rinvio compiuto dall'art. 36 della citata legge regionale alle norme relative al personale civile dell'Amministrazione dello Stato, l'art. 20, comma 2, del d.P.R. n. 1032 del 1973.

## 12. L'indebito previdenziale.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 431 del 1993, ha affermato che si è venuto via via consolidando un principio di settore, secondo il quale - in luogo della generale regola codicistica di incondizionata ripetibilità dell'indebito (art. 2033 c.c.) - trova applicazione la diversa regola, propria di tale sottosistema, che esclude la ripetizione in presenza di una situazione di fatto avente come minimo comun denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta, declinandosi in forme e modalità diverse a seconda delle peculiari discipline di volta in volta dettate dal legislatore, che a volte richiede la mancanza di dolo (come nei casi disciplinati dall'art. 80 del r.d. 28 agosto 1924, n. 1422, dagli artt. 52 e 53 della legge 9 marzo 1989, n. 88 e dall'art. 13 della legge 30 dicembre 1991, n. 412), a volte l'accertamento della buona fede (come nei casi disciplinati dall'art. 11 della legge 6 ottobre 1986, n. 656), oltre a prevedere solo in alcune ipotesi (es. dal citato art. 13 della legge n. 412 del 1991) la consacrazione del carattere indebito in un provvedimento formale e la sua comunicazione all'interessato e solo in alcuni casi (art. 11 della legge n. 656 del 1986; art. 13 della legge n. 412 del 1991) la condizione dell'insussistenza della violazione da parte del percipiente di un obbligo di comunicazione posto a suo carico.

Tale regola di favore della irripetibilità (a determinate condizioni) della prestazione, dettata in funzione di essenziali esigenze di vita della parte più debole del rapporto - che verrebbero ad essere contraddette da una indiscriminata ripetibilità di prestazioni *naturaliter* già consumate in correlazione, e nei limiti, della loro destinazione alimentare - trova una sua copertura costituzionale nell'art. 38 della Carta, che tutela esigenze non ravvisabili laddove l'erogazione non sia in alcun modo riconducibile ad un rapporto previdenziale o assistenziale facente capo al percettore, conseguendone in tal caso

l'applicazione della disciplina ordinaria di cui all'art. 2033 c.c., propria dell'indebito oggettivo, trattandosi di pagamento effettuato senza titolo, che colui che lo ha fatto ha diritto di ripetere.

Ciò premesso in linea generale, va segnalato che **Sez. L, n. 10337/2023, Mancino, Rv. 667417-01**, ha ribadito le condizioni cui è subordinata l'irripetibilità dell'indebito previdenziale, sulla scia di quanto già affermato da Sez. L, n. 5984/2022, Cavallaro, Rv. 663999-01, che ne aveva elencate quattro: a) il pagamento delle somme in base a formale e definitivo provvedimento; b) la comunicazione del provvedimento all'interessato; c) l'errore, di qualsiasi natura, imputabile all'ente erogatore; d) la insussistenza del dolo dell'interessato (a cui è parificata *quoad effectum* la omessa o incompleta segnalazione di fatti incidenti sul diritto, o sulla misura della pensione, che non siano già conosciuti dall'ente competente). In difetto anche di una sola di tali condizioni, opera la regola della ripetibilità di cui all'art. 2033 c.c. In applicazione di tali principi, la S.C. ha negato la possibilità di ripetere quanto indebitamente corrisposto dall'INPS a titolo di trattamento pensionistico di anzianità carente della relativa provvista contributiva - per effetto dell'annullamento dei contributi figurativi, accreditati per i periodi di mobilità, a cagione del contemporaneo svolgimento, da parte dell'assicurato, di attività lavorativa autonoma -, in un caso in cui è stato escluso il dolo dell'assicurato medesimo, sul presupposto che quest'ultimo non avesse mai celato lo svolgimento della predetta attività nel periodo di fruizione dell'indennità di mobilità, provvedendo anche al regolare versamento dei relativi contributi, ragion per cui lo stesso INPS, già prima della liquidazione della pensione e nel corso dell'erogazione dell'indennità in questione, era o avrebbe dovuto essere a conoscenza della situazione professionale del lavoratore.

In questo contesto, **Sez. L, n. 30094/2023, Patti, Rv. 669353-01**, ha precisato che, in caso di dichiarazione giudiziale di nullità della cessione di un ramo d'azienda e di conseguente ordine di ripristino del rapporto di lavoro, il pensionamento del dipendente non integra una causa di impossibilità della reintegrazione nel posto di lavoro, perché la disciplina dell'incompatibilità tra trattamento pensionistico e percezione di un reddito da lavoro dipendente si colloca sul solo piano del rapporto previdenziale e determina la sospensione della prestazione pensionistica senza comportare l'invalidità del rapporto di lavoro, sicché il ripristino del rapporto *ex tunc* determina soltanto l'obbligo del lavoratore di restituire i ratei percepiti, divenuti indebiti.

In punto di giurisdizione, **Sez. U, n. 09436/2023, Marotta, Rv. 667444-01**, ha statuito che, in ambito pensionistico, deve affermarsi la giurisdizione della Corte dei conti esclusivamente per le controversie concernenti il diritto, la misura o la decorrenza di una pensione pubblica o le questioni ad essa funzionali,

comprese quelle nelle quali si alleggi, a fondamento della pretesa, l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione pensionistica da parte dell'ente obbligato, ivi comprese le controversie volte ad ottenere, anche in via autonoma, il pagamento della rivalutazione monetaria e degli interessi sui ratei del trattamento pensionistico tardivamente corrisposti. Di conseguenza, la controversia sugli atti di recupero di ratei erogati ed indebitamente percepiti appartiene a detto giudice se dell'indebito controverso occorra accertare in giudizio l'*an* e/o il *quantum* del rapporto pensionistico, non anche quando si discuta solo della sussistenza o meno dei presupposti e/o delle condizioni di legge per il recupero di un indebito già certo e quantificato, spettando in questo secondo caso la giurisdizione al giudice ordinario. Su questa scia si è posta **Sez. L, n. 35363/2023, Cerulo, Rv. 669590-01**, affermando che l'azione di ripetizione d'indebito, promossa in base a una sentenza definitiva del giudice contabile, che abbia privato di ogni titolo giustificativo le erogazioni effettuate dall'INPS in esecuzione della sentenza di primo grado, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto, in ragione dell'*actio indicati*, il diritto di credito dell'ente previdenziale ha assunto un'autonoma rilevanza e si sostanzia nella richiesta di restituzione di una somma corrisposta indebitamente, alla stregua di un accertamento provvisto del crisma del giudicato.

Infine, **Sez. L, n. 24645/2023, De Felice, Rv. 668618-01**, ha affermato che, nell'ipotesi di declaratoria di nullità dell'apposizione di un termine al rapporto di lavoro e conseguente ricostituzione *ex tunc* del rapporto subordinato a tempo indeterminato, viene a cessare la condizione di disoccupazione, con la conseguenza che l'indennità di mobilità corrisposta nel periodo temporale coperto dalla sentenza (e dall'indennità risarcitoria *ex art. 32* della l. n. 183 del 2010), configura un indebito previdenziale, ripetibile - ai sensi dell'art. 2033 c.c. - entro il limite temporale della prescrizione.



# CAPITOLO XXV

## LE PRESTAZIONI ASSISTENZIALI

(DI LUCIANO CIAFARDINI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'invalidità civile. - 3. Domanda giudiziale e decadenza semestrale. - 4. L'indennità di accompagnamento. - 5. L'assegno sociale. - 6. La prova dei requisiti reddituali. - 7. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere e di soggetti assimilati. - 8. Le prestazioni in favore di soggetti danneggiati da vaccinazioni o emotrasfusioni. - 9. L'indennità di frequenza.

### 1. Premessa.

Nell'art. 38, comma 1, Cost. è scolpito il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale spettante a ogni cittadino inabile (e dunque affetto da incapacità psico-fisica) al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere, in ragione del basso (o insussistente) livello di reddito, al di sotto di una certa soglia predeterminata per legge.

L'intervento assistenziale si differenzia da quello previdenziale, essenzialmente perché la relativa spesa è finanziata interamente attraverso la fiscalità generale, in base al principio di solidarietà di tutti i cittadini nei confronti di coloro che sono riconosciuti meritevoli di tutela per effetto di minorazioni congenite o acquisite. Le relative prestazioni vengono individualmente erogate ai soggetti che ne hanno diritto, indipendentemente dalla loro iscrizione a gestioni previdenziali e, quindi, dal versamento di una contribuzione.

### 2. L'invalidità civile.

Diverse leggi speciali riconoscono particolari benefici, non solo economici, ai soggetti che si trovano in condizioni fisiche che li rendono inabili al lavoro e, dunque, in stato di invalidità cosiddetta civile (che si differenzia dall'invalidità legata allo svolgimento di un'attività lavorativa).

**Sez. L., n. 36508/2023, Cerulo, Rv. 669650-01**, ha affermato che quando l'originaria domanda di assegno mensile (*ex art. 13 della legge n. 118 del 1971, n. 118*) è respinta per l'insussistenza dei requisiti socio-economici, l'interessato deve proporre una nuova domanda amministrativa, al sopraggiungere di tali requisiti, al fine di consentire l'indispensabile vaglio preventivo su quelli che rappresentano elementi costitutivi di una prestazione mai prima riconosciuta. Il beneficio assistenziale è attribuito dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda, che si configura, al pari delle altre condizioni previste dalla legge, come elemento costitutivo del diritto alla prestazione.

### 3. Domanda giudiziale e decadenza semestrale.

L'art. 42 della legge n. 269 del 2003 prevede che la domanda introduttiva “nei procedimenti giurisdizionali concernenti l'invalidità civile, la cecità civile, il sordomutismo, l'handicap e la disabilità ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro” è proposta, a pena di decadenza, avanti alla competente autorità giudiziaria entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa (art. 42, comma 3). Secondo **Sez. L, n. 02740/2023, Cavallaro, Rv. 666604-01**, tale decadenza semestrale è rilevabile anche d'ufficio ed è deducibile per la prima volta in appello ed anche nel giudizio di legittimità, a condizione che non si richiedano nuovi accertamenti di fatto e salvo l'eventuale giudicato interno, atteso che, trattandosi di decadenza in materia di obbligazioni di fonte e regolamentazione esclusivamente legale, finalizzate alla soddisfazione di interessi costituzionalmente rilevanti *ex art. 38 Cost.*, è assoggettata alla disciplina dell'art. 2969 c.c., siccome volta a protezione dell'interesse pubblico alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici.

### 4. L'indennità di accompagnamento.

L'indennità di accompagnamento, disciplinata dalla legge n. 18 del 1980, è una prestazione economica, erogata a domanda, a favore dei soggetti mutilati o invalidi civili, totalmente inabili per affezioni fisiche o psichiche, e per i quali è stata accertata l'impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore oppure che hanno bisogno di assistenza continua, in quanto incapaci di compiere gli atti quotidiani della vita. A tale ultimo proposito, **Sez. L, n. 07032/2023, Cerulo, Rv. 667053-01**, ha chiarito che viene in rilievo l'impossibilità di compiere gli atti quotidiani della vita, che differisce dalla mera difficoltà e non si ravvisa soltanto nell'assoluta inidoneità allo svolgimento di ogni attività, ma pure nella soggettiva incapacità - per età o condizioni o qualità personali (elementi che il giudice di merito è tenuto a considerare nella valutazione della complessiva autonomia del soggetto) - d'intendere il significato, la portata, la necessità e l'importanza degli atti quotidiani, vieppiù ai fini della salvaguardia della propria condizione psicofisica, in relazione ai diversi e imprevedibili frangenti della vita di ogni giorno; pertanto, per il riconoscimento dell'indennità *ex art. 1* della legge n. 18 del 1980, assume rilevanza anche l'impossibilità di compiere un solo atto, ove abbia una cadenza quotidiana e assuma i caratteri dell'inerenza costante alla persona e una funzione essenziale per le ripercussioni sulla vita e sulla salute in rapporto agli altri atti della vita

giornaliera che esso rende possibili. In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito, il quale aveva escluso il beneficio limitandosi a rilevare che la richiedente - una bambina affetta da diabete e bisognosa dell'assistenza del genitore per l'essenziale atto quotidiano della somministrazione dell'insulina - conduceva "una vita normale compatibile con la sua età".

## 5. L'assegno sociale.

Viene in rilievo una prestazione economica (che ha sostituito la pensione sociale) disciplinata dall'art. 3, comma 6, della legge n. 335 del 1995. Essa viene erogata a domanda, a beneficio di persone in possesso di determinati requisiti anagrafici e in condizioni economiche disagiate, con redditi inferiori alle soglie previste annualmente dalla legge. A tale ultimo proposito, **Sez. L, n. 21573/2023, Marchese, Rv. 668205-01**, ha chiarito che tale prestazione spetta anche a chi, pur avendo diritto ad un reddito derivante da un altrui obbligo di mantenimento e/o di alimenti, vi abbia rinunciato, atteso che la condizione reddituale, legittimante l'accesso alla prestazione assistenziale, rileva nella sua mera oggettività, fatto salvo l'accertamento in concreto di condotte fraudolente che, simulando artificiosamente situazioni di bisogno, siano volte ad approfittare della pubblica assistenza.

Va ricordato che l'art. 19 della legge n. 118 del 1971 prevede la conversione dell'assegno d'invalidità in pensione sociale (e ora in assegno sociale) al compimento del sessantacinquesimo anno di età del beneficiario (limite anagrafico poi progressivamente elevato fino a sessantasette anni di età). In tema, **Sez. L, n. 05470/2023, Buffa, Rv. 666915-01**, ha affermato che, ai fini del calcolo dei limiti di reddito per fruire della pensione sociale di conversione dell'assegno di invalidità, sono rilevanti i redditi da locazione cui si applica il regime della cedolare secca, in quanto il reddito da locazione è pur sempre reddito di cui l'assistibile ha effettiva disponibilità e la cedolare secca è soltanto una modalità alternativa di calcolo e adempimento dell'obbligo tributario esistente in relazione al reddito prodotto.

**Sez. L, n. 09131/2023, Marchese, Rv. 667148-01**, ha ritenuto che, ai fini del riconoscimento dell'assegno sociale, occorra distinguere la posizione dei cittadini stranieri, in via generale, e quella dei familiari stranieri di cittadini italiani o di altri Stati dell'Unione europea che esercitano il diritto al ricongiungimento familiare: solo per i primi, infatti, il diritto interno richiede, per l'attribuzione delle prestazioni, il permesso di soggiorno di lunga durata; per gli altri è invece necessario e sufficiente il possesso della carta di soggiorno familiare, nella ricorrenza degli ulteriori requisiti di legge.

In tema, **Sez. L, n. 06979/2023, Cavallaro, non massimata**, ha sollevato - in relazione agli artt. 3 e 38, comma 1, Cost., nonché in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento all'art. 34 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE - questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, nella parte in cui, per i cittadini extracomunitari, condiziona la corresponsione dell'assegno sociale al possesso della (ex) carta di soggiorno (ora Permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). Si tratta di una questione già dichiarata non fondata dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 50 del 2019, ma con riferimento ai soli parametri interni e non anche in relazione a quelli sovranazionali, ora evocati per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost. La Sezione lavoro, a tal proposito, evidenzia che l'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE, sul principio di non discriminazione, è stato di recente interpretato dalla Corte di giustizia UE (2 settembre 2021, in causa C-350/20), nel senso che esso si applica sia ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o nazionale, sia ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare. Il collegio rimettente aggiunge, altresì, che anche in considerazione della necessità di interpretare l'art. 3 Cost. al lume dell'art. 34 della CDFUE, la questione debba nuovamente porsi a seguito della diversa interpretazione dell'art. 12 della Direttiva 2011/98/UE offerta dalla CGUE. Appare meritevole di rilievo la decisione con la quale la Sezione lavoro, pur consapevole della configurabilità di una "doppia pregiudizialità", per sospetto contrasto della disposizione censurata sia con parametri costituzionali interni sia con la CDFUE, ha consapevolmente scelto di privilegiare, in prima battuta, la sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

## **6. La prova dei requisiti reddituali.**

**Sez. L, n. 05471/2023, Buffa, Rv. 666930-01**, ha affermato che, nelle controversie assistenziali, la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà riferita al requisito reddituale (nella specie, necessario per avere diritto all'assegno sociale), pur non avendo, in difetto di previsione di legge, valore probatorio, può costituire un principio di prova idoneo a giustificare, con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio tra le parti stesse, un approfondimento istruttorio anche officioso *ex art. 437, comma 2, c.p.c.*; ne consegue che, ove la dichiarazione sostitutiva sia stata allegata al ricorso in primo grado, è ammissibile la produzione in appello di documentazione probatoria relativa al predetto requisito.

## 7. Le prestazioni a beneficio delle vittime del dovere e di soggetti assimilati.

Speciali disposizioni prevedono prestazioni economiche a favore di dipendenti pubblici o di cittadini che siano rimasti vittime del dovere o di azioni terroristiche. Introdotti dalla legge n. 629 del 1973, tali benefici sono stati estesi alle vittime di fenomeni analoghi quali la criminalità organizzata e di stampo mafioso, le richieste estorsive e l'usura.

La legge n. 266 del 2005, all'art. 1, comma 564, equipara alle vittime del dovere coloro che abbiano contratto infermità permanentemente invalidanti o alle quali consegua il decesso, in occasione o a seguito di missioni di qualunque natura, effettuate dentro e fuori dai confini nazionali e che siano riconosciute dipendenti da causa di servizio per le particolari condizioni ambientali od operative. A tale proposito, **Sez. L, n. 06497/2023, Calafiore, Rv. 666951-01**, ha ritenuto che, nella suddetta categoria dei soggetti equiparati alle vittime del dovere, rientrano anche i militari di leva, poiché alla nozione di missione devono ricondursi tutti i compiti svolti dal personale militare per funzioni operative, addestrative, logistiche sui mezzi o nell'ambito di strutture, stabilimenti e siti militari e il presupposto dei benefici si rinviene nell'esposizione ad un rischio specifico derivante dallo svolgimento degli ordinari compiti d'istituto, tra i quali può annoverarsi la sottoposizione ad obblighi vaccinali qualora le concrete modalità della loro somministrazione non risultino conformi ai protocolli riconosciuti e possano trasformare o aggravare il rischio normalmente connesso a tale pratica. Piuttosto, **Sez. L, n. 06881/2023, Gnani, Rv. 667035-01**, ha precisato che tale equiparazione presuppone che la lesione sia subita durante il compimento di una missione, per tale dovendosi intendere, in virtù del combinato disposto dell'art. 1, comma 565, della legge n. 266 del 2005 e della previsione attuativa di cui all'art. 1, lett. b), del d.P.R. n. 243 del 2005, solo quella autorizzata dall'autorità gerarchicamente o funzionalmente sovraordinata al dipendente. In applicazione del principio, la S.C. ha escluso che costituisca missione l'intervento compiuto dall'appartenente alle forze dell'ordine in occasione di un sinistro stradale, in assenza di prova dell'autorizzazione all'azione da parte del superiore.

L'art. 1 della legge n. 302 del 1990, nel prevedere il diritto ad una prestazione economica in favore di «chiunque subisca un'invalità permanente, per effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza dello svolgersi nel territorio dello Stato di atti di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» (comma 1) nonché in favore di chiunque tali pregiudizi subisca «in conseguenza dello svolgersi nel territorio dello Stato di fatti delittuosi commessi per il

perseguimento delle finalità delle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* del cod. pen.» (comma 2), subordina detta provvidenza a talune condizioni negative, tra le quali quello dell'essere il soggetto leso «del tutto estraneo ad ambienti e rapporti delinquenziali» (comma 2, lett. b). La stessa condizione negativa è prevista per l'elargizione in favore dei superstiti del soggetto deceduto a seguito dei crimini in questione. Secondo **Sez. 3, n. 28627/2023, Iannello, Rv. 669319-01**, l'estraneità ad ambienti di mafia del richiedente l'accesso al fondo di rotazione, istituito dalla legge n. 512 del 1999, ha natura di prerequisite immanente allo scopo stesso della legge istitutiva, costituendo un elemento negativo della fattispecie legale che dà diritto all'accesso al Fondo, con la conseguenza che deve necessariamente sussistere per il riconoscimento del beneficio, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, lett. c), della legge n. 122 del 2016, che, nell'introdurre espressamente tale condizione, ha valore non innovativo, ma puramente chiarificatore di un connotato intrinseco alla fattispecie legale.

#### **8. Le prestazioni in favore di soggetti danneggiati da vaccinazioni o emotrasfusioni.**

L'art. 1 della legge n. 210 del 1992 riconosce un indennizzo anche a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 268 del 2017, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale articolo, nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, anche nei confronti di coloro che si siano sottoposti a vaccinazione antinfluenzale. Il Giudice delle leggi ha osservato come la ragione determinante del diritto all'indennizzo non derivi dalla sottoposizione a un trattamento obbligatorio in quanto tale, ma riposi, piuttosto, sulle esigenze di solidarietà sociale che si impongono alla collettività. Per questo, la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate - in cui le campagne di informazione e raccomandazione al trattamento sanitario coinvolgono la generalità della popolazione, a prescindere da una pregressa e specifica condizione individuale di salute, di età, di lavoro o di convivenza - si risolve in una lesione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. Ciò posto, **Sez. L, n. 26615/2023, Marchese, Rv. 668814-01**, ha affermato che, a seguito proprio della citata sentenza della Corte costituzionale, il diritto all'indennizzo *ex* art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992 deve essere riconosciuto, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, anche a

coloro che abbiano riportato danni irreversibili derivanti da vaccinazione antinfluenzale.

**Sez. L., n. 33592/2023, Calafiore, Rv. 669398-01**, ha precisato che la decorrenza della rivalutazione monetaria dell'assegno *una tantum* previsto dall'art. 2, comma 3, della legge n. 210 del 1992, va individuata nella data di decesso del soggetto danneggiato e non nell'entrata in vigore dell'art. 1 della legge n. 238 del 1997, in quanto lo scopo della rivalutazione è soltanto la neutralizzazione del ritardo nell'erogazione della prestazione, non già quello di renderla attuale in termini monetari, finalità a cui ha provveduto il legislatore rideterminandola negli anni.

In tema di indennizzo in favore di soggetti danneggiati da epatite post-trasfusionale, **Sez. 3, n. 09100/2023, Scoditti, Rv. 667233-01**, ha precisato che la presentazione della domanda di indennizzo in sede amministrativa *ex lege* n. 210 del 1992 produce un effetto interruttivo della prescrizione di natura istantanea e non già permanente, presupponendo quest'ultimo, ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c., la pendenza di un procedimento giurisdizionale.

## 9. L'indennità di frequenza.

Prevista dalla legge n. 289 del 1990, l'indennità di frequenza è una prestazione economica, erogata a domanda, finalizzata all'inserimento scolastico e sociale dei minori con disabilità fino al compimento della maggiore età. Il beneficio spetta ai cittadini minori di 18 anni, con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie dell'età, nonché ai minori ipoacusici, che soddisfano i requisiti sanitari e amministrativi previsti dalla legge. La prestazione è subordinata alla frequenza continua o anche periodica di centri (pubblici o privati convenzionati), specializzati nel trattamento terapeutico o nella riabilitazione e nel recupero di persone con disabilità. Ciò premesso, **Sez. L, n. 03845/2023, Grani, Rv. 666615-01**, ha precisato che, ai fini del riconoscimento della prestazione, occorre la presentazione della domanda amministrativa relativamente ad ogni anno scolastico, in quanto il diritto soggettivo al beneficio nasce e termina nell'ambito temporale di ogni corso, dovendosi intendere per "corso scolastico", ai sensi dell'art. 2, comma 2 e 3, della legge n. 289 del 1990, ogni singolo anno di scuola.



# CAPITOLO XXVI

## LA TUTELA INAIL

(DI LUCIANO CIAFARDINI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'azione di regresso dell'INAIL.

### 1. Premessa.

Attraverso l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gestita dall'Istituto Nazionale Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL), lo Stato - in attuazione del precetto di cui all'art. 38, comma 2, Cost. - assicura al lavoratore che si infortuni sul lavoro, o che contragga una malattia professionale, un adeguato sostegno economico e sanitario durante il periodo nel quale egli è impossibilitato a rendere la prestazione lavorativa e, dunque, a procurarsi un reddito.

L'assicurazione è, appunto, obbligatoria per tutti i datori di lavoro che occupano lavoratori dipendenti e parasubordinati nelle attività che la legge individua come rischiose ed esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile conseguente ai danni subiti dai propri dipendenti, fatta salva l'ipotesi in cui l'evento lesivo si sia verificato per un fatto costituente reato perseguibile d'ufficio, imputabile al datore di lavoro o ai suoi preposti (nel qual caso, l'INAIL può agire in regresso nei confronti del responsabile, nei limiti della prestazione erogata).

### 2. L'azione di regresso dell'INAIL.

**Sez. L, n. 00375/2023, Buffa, Rv. 666439-01**, ha precisato che l'azione di regresso dell'INAIL è esperibile non solo nei confronti del titolare del rapporto assicurativo, ma anche di chi, assumendo una posizione di garanzia nel luogo di lavoro, ha l'obbligo di tutelare l'incolumità degli occupati al di là della qualifica formale di datore di lavoro. In caso di opere svolte in esecuzione di un contratto di appalto, dunque, tale azione può essere esercitata anche nei confronti del committente, quale garante della vigilanza relativa alle misure di protezione da adottare in concreto, e del direttore dei lavori, di cui risulti la concreta ingerenza nell'esecuzione dei lavori e nella specifica materia della sicurezza. La pronuncia ha avuto anche cura di ribadire che, quando un danno di cui si chiede il risarcimento è determinato da più soggetti, ciascuno dei quali con la propria condotta contribuisce alla produzione dell'evento dannoso, si configura una

responsabilità solidale ai sensi dell'art. 1294 c.c. fra tutti costoro, qualunque sia il titolo per il quale ciascuno di essi è chiamato a rispondere, sicché la persona danneggiata in conseguenza di un fatto illecito imputabile a più persone legate dal vincolo della solidarietà può pretendere la totalità della prestazione risarcitoria anche nei confronti di una sola delle persone coobbligate, mentre la diversa gravità delle rispettive colpe di costoro e la eventuale diseguale efficienza causale di esse possono avere rilevanza soltanto ai fini della ripartizione interna del peso del risarcimento fra i corresponsabili.

Sul versante processuale, ciò ha consentito a **Sez. L, n. 26910/2023, Calafiore, Rv. 668842-01**, di affermare che l'azione dell'INAIL, a norma degli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965, nei confronti del datore di lavoro per conseguire la rivalsa delle prestazioni erogate all'infortunato, quando il fatto sia imputabile agli incaricati dello stesso datore di lavoro, ha fondamento nella responsabilità solidale del primo e, pertanto, può essere esercitata indipendentemente dalla partecipazione al processo degli altri condebitori, dovendosi escludere il litisconsorzio necessario *ex art.* 102 c.p.c., in quanto l'art. 1292 c.c., postulando la totalità dell'adempimento dell'obbligazione da parte di un solo obbligato con effetto liberatorio per tutti gli altri, consente l'accertamento giudiziale e la conseguente condanna nei confronti del solo obbligato prescelto dal creditore, essendo irrilevante a tal fine ogni questione relativa ai rapporti interni fra gli obbligati e salva restando, d'altra parte, la facoltà del giudice (ove il caso concreto ne suggerisca l'opportunità) di ordinare l'intervento del terzo cui ritenga comune la causa.

Sotto il profilo degli oneri probatori, **Sez. L, n. 26931/2023, Calafiore, Rv. 668769-02**, ha ribadito il principio secondo cui l'INAIL, che agisce quale creditore in via di regresso, deve provare la responsabilità civile del datore di lavoro ed il danno, cioè le prestazioni erogate e da erogare in conseguenza dell'infortunio sul lavoro, mentre spetta al datore di lavoro, che eccepisca la eccessività della somma pretesa, provare il fatto impeditivo del diritto azionato dall'ente, ossia il superamento del limite dell'ammontare del risarcimento dei danni patrimoniali che sarebbero dovuti dal responsabile al lavoratore infortunato e che, secondo **Sez. L, n. 26654/2023, Buffa, Rv. 668768-01**, vanno commisurati al reddito netto, cioè all'ammontare in denaro che sarebbe stato effettivamente percepito dal lavoratore medesimo.

Sempre **Sez. L, n. 26931/2023, Calafiore, Rv. 668769-01**, ha poi aggiunto che l'estinzione dell'azione di regresso dell'INAIL, sia per prescrizione sia per decadenza (trattandosi di materia che non è sottratta alla disponibilità delle parti), non è rilevabile d'ufficio, ma richiede sempre l'eccezione di parte, che va sollevata, a pena di decadenza, con la memoria difensiva *ex art.* 416 c.p.c.

## CAPITOLO XXVII

### LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI LUCIANO CIAFARDINI)

SOMMARIO: 1. Le Casse professionali. - 2. Ragionieri e periti commerciali. - 3. Dottori commercialisti. - 4. Giornalisti. - 5. Ingegneri e architetti. - 6. La previdenza forense.

#### 1. Le Casse professionali.

Al pari dell'INPS per i lavoratori dipendenti (e per gli artigiani, i commercianti e i coltivatori diretti), le Casse professionali gestiscono la previdenza obbligatoria per i liberi professionisti (ossia per i soggetti iscritti a un ordine professionale o che svolgono attività libero professionale), erogando il loro favore prestazioni finanziate dalla raccolta di contributi versati dagli iscritti. Esse sono state trasformate in enti privati, senza che ciò ne abbia modificato la funzione di interesse pubblico connessa all'esercizio dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza avente appunto carattere pubblicistico.

Ogni Cassa gode di ampi poteri regolamentari, con i quali esercita la sua autonomia gestionale ed organizzativa, a seconda delle peculiarità delle categorie iscritte e della loro professione, ma sempre nei limiti imposti dalla legge.

#### 2. Ragionieri e periti commerciali.

Secondo **Sez. L, n. 26360/2023, Cerulo, Rv. 668766-01**, il decreto interministeriale di approvazione delle delibere e dei regolamenti della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali esula dalla fattispecie costitutiva di tali atti, di natura negoziale, e dal novero dei requisiti che ne determinano l'esistenza e la validità, configurandosi come una *condicio iuris* che opera retroattivamente sin dall'emanazione degli atti stessi, salvo che non sia indicato un termine diverso. Ne consegue l'assoggettamento della domanda di pensione (nel caso di specie, di vecchiaia) al requisito anagrafico (nel caso di specie, innalzato rispetto al passato) stabilito da un regolamento entrato in vigore in data antecedente alla presentazione della domanda stessa, benché l'approvazione ministeriale del regolamento in questione sia intervenuta successivamente.

### 3. Dottori commercialisti.

**Sez. L, n. 25333/2023, Cavallaro, Rv. 668623-01**, ha chiarito che anche gli anni non coperti da integrale contribuzione concorrono a formare l'anzianità contributiva e vanno inseriti nel calcolo della pensione di vecchiaia, decorrente da data antecedente al 1° gennaio 2007, erogata dalla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti, in quanto nella legge istitutiva e regolatrice della citata Cassa non esiste alcuna norma che preveda l'inefficacia, ai fini pensionistici, degli anni di contribuzione in relazione ai quali i contributi risultino versati in misura inferiore al dovuto. In tal modo, la pronuncia si è posta in continuità con un consolidato indirizzo, saldamente ancorato ai principi enunciati da Sez. U, n. 17742/2015, Mammone, Rv. 636247-01, secondo cui va circoscritta alle pensioni decorrenti da data successiva al 1° gennaio 2007 l'efficacia delle modifiche peggiorative introdotte dal Regolamento invocato dalla Cassa quanto alla base di calcolo della quota reddituale della pensione e che prevedono che il mancato o parziale versamento della contribuzione dovuta dal professionista non consente la maturazione della corrispondente anzianità contributiva.

### 4. Giornalisti.

In tema di rapporto di lavoro giornalistico, **Sez. L, n. 07031/2023, Cerulo, Rv. 666979-01**, ha ribadito il principio per cui la mancata iscrizione all'albo dei praticanti comporta la nullità del contratto di lavoro per violazione di legge, che non è sanabile con la successiva retrodatazione dell'iscrizione; tuttavia, poiché detta nullità non deriva da illiceità dell'oggetto e della causa, l'attività svolta conserva giuridica rilevanza ed efficacia ai sensi dell'art. 2126 c.c., sicché, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, il lavoratore ha diritto al trattamento economico e previdenziale, senza che sorga, però, anche lo specifico obbligo dell'assicurazione presso l'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (INPGI), in quanto presupposto dello stesso non è solo la natura giornalistica dell'attività svolta, ma anche l'iscrizione all'Albo.

Ancora, **Sez. L, n. 02941/2023, Solaini, Rv. 666815-01**, ha affermato che, in caso di omesso o ritardato pagamento di contributi previdenziali all'INPGI, non è invocabile dal datore di lavoro, che ritenesse sussistente l'obbligo contributivo con l'INPS anziché con l'INPGI, l'art. 1189 c.c., e ciò in quanto l'operatività di detta norma presuppone un errore scusabile, della cui prova è onerato chi l'invoca, non configurabile nella specie, perché il datore non può ignorare l'attività di lavoro espletata dai propri dipendenti.

## 5. Ingegneri e architetti.

**Sez. L, n. 22056/2023, Cavallaro, non massimata**, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., dell'art. 18, comma 12, del d.l. n. 98 del 2011, convertito in legge n. 111 del 2011, nella parte in cui non prevede che gli ingegneri e gli architetti, che non possono iscriversi all'Inarcassa per essere contemporaneamente iscritti presso altra gestione previdenziale obbligatoria, *ex art. 21 della legge n. 6 del 1981*, e che siano pertanto tenuti all'obbligo di iscrizione alla Gestione separata costituita presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), siano esonerati dal pagamento, in favore dell'ente previdenziale, delle sanzioni civili per l'omessa iscrizione con riguardo al periodo anteriore alla sua entrata in vigore.

## 6. La previdenza forense.

Con riferimento alla previdenza forense, **Sez. L, n. 24625/2023, Marchese, Rv. 668616-01**, ha affermato che, ai fini della determinazione dell'obbligazione contributiva, occorre far riferimento al reddito professionale netto e non al reddito imponibile ai fini fiscali, ottenuto sottraendo al reddito complessivo - comprensivo di tutti i redditi posseduti dal contribuente in un periodo d'imposta - eventuali oneri deducibili sostenuti, atteso, peraltro, che tra questi, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. e), TUIR, figurano proprio i contributi versati alla cassa professionale, sicché non è concettualmente ipotizzabile che l'imponibile contributivo consegua alla deduzione dei contributi stessi. **Sez. L, n. 15610/2023, Buffa, Rv. 667732-01**, ha precisato che l'obbligo degli avvocati di comunicare alla Cassa nazionale forense l'ammontare del reddito professionale - per le fattispecie a cui è inapplicabile *ratione temporis* l'art. 13, par. 2, del Regolamento (CE) n. 13 del 2004, il quale prevede che si applichi la legislazione italiana ove parte sostanziale dell'attività sia svolta in Italia e, per altro verso, esclude la facoltà di scelta del regime statale previdenziale - è correlato all'iscrizione alla Cassa medesima, a prescindere dalla nazionalità dell'iscritto; ne consegue che tale obbligo di comunicazione all'ente di previdenza italiano non incombe sull'avvocato cittadino di un paese dell'Unione Europea, sebbene residente anche in Italia, ma già iscritto all'albo ed alla relativa cassa previdenziale nello Stato membro di provenienza, sicché è illegittima la penalità irrogata per la sua violazione.



## CAPITOLO XXVIII

### LA PREVIDENZA INTEGRATIVA

(DI LUCIANO CIAFARDINI)

SOMMARIO: 1. Finalità della previdenza complementare, natura dei relativi versamenti e mezzi di tutela contro il datore di lavoro insolvente. - 2. La sorte dei versamenti non riscattati né trasferiti ad altra forma pensionistica. - 3. La previdenza integrativa per i giornalisti. - 4. Le forme di previdenza integrativa preesistenti alla legge n. 144 del 1000: il caso delle polizze attivate dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (INFN).

#### **1. Finalità della previdenza complementare, natura dei relativi versamenti e mezzi di tutela contro il datore di lavoro insolvente.**

Nel 2023, numerose sono state le pronunce significative in tema di previdenza complementare.

In particolare, con una articolata sentenza, **Sez. L, n. 18477/2023, Patti**, ha ricostruito, nei suoi tratti essenziali, il quadro normativo che governa le forme pensionistiche complementari, ribadendo che esse perseguono la finalità di integrare, appunto in via complementare, i trattamenti erogati dal sistema obbligatorio pubblico, in modo da assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale. Il legislatore, infatti, ha inteso istituire un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare (su base volontaria), collocando quest'ultima "nel sistema dell'art. 38 Cost." (Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393), in adesione alla c.d. teoria della "funzionalizzazione della previdenza complementare", già affermata da Corte cost. 8 settembre 1995, n. 421, sulla base della natura, oltre che della funzione, prettamente previdenziale dei fondi pensione, che pure concorrono a realizzare l'obiettivo dell'adeguatezza dei mezzi di soddisfacimento delle esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia.

Sulla scorta di tali premesse, la S.C. è tornata sulla natura dei versamenti ai fondi pensione complementari, approfondendo anche i profili concernenti il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, gli effetti del fallimento di quest'ultimo e l'individuazione del soggetto titolare della pretesa concorsuale nei confronti del datore di lavoro insolvente.

Ha così affermato (**Rv. 668209-01**) che, stante la distinzione del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro - da cui il primo trae, con una parte della propria retribuzione, le risorse per la contribuzione o il conferimento delle quote di TFR maturando - e quello tra lavoratore e Fondo di previdenza complementare - di natura contrattuale per il conseguimento di una prestazione previdenziale

integrativa, da parte del lavoratore medesimo, attraverso l'investimento da parte del Fondo - il datore di lavoro assume l'obbligo, sulla base di un mandato ricevuto dal lavoratore e salvo che non risulti dallo statuto del Fondo una cessione del credito, di accantonare e versare ad esso la contribuzione o il TFR maturando conferito. Premesso che solo con il versamento da parte del datore di lavoro nei fondi di previdenza complementare le relative somme - sia che il fondo abbia personalità giuridica autonoma, sia che consista in una gestione separata del datore stesso (in tal senso Sez. U, n. 16084/2021, Torrice, Rv. 661389-02) - acquistano natura previdenziale, la pronuncia in esame ha ribadito che la contribuzione o le quote di TFR maturando, conferite e accantonate presso il datore di lavoro medesimo, hanno natura retributiva (posto che esse assumono natura previdenziale soltanto all'attuazione del vincolo di destinazione, per effetto del suo adempimento), mentre ha natura previdenziale la prestazione integrativa erogata al lavoratore dal Fondo pensione complementare (**Rv. 668209-02**). In questo contesto, il fallimento del datore di lavoro, quale mandatario del lavoratore, comporta lo scioglimento, ai sensi dell'art. 78, comma 2, l.fall. (al pari di quanto prevede l'art. 183, comma 2, del d.lgs. n. 14 del 2019, per il caso di liquidazione giudiziale), del contratto di mandato avente ad oggetto il versamento al Fondo di previdenza complementare delle quote di TFR accantonate: ciò determina il ripristino, in capo al lavoratore mandante, della piena titolarità delle risorse, ossia della contribuzione o delle quote di TFR maturando conferite e accantonate, appunto su mandato del lavoratore, con il vincolo di destinazione del loro versamento al Fondo pensione complementare (**Rv. 668209-03**). In tal modo, il lavoratore è legittimato ad insinuarsi allo stato passivo, per far valere, non il diritto al T.f.r. in sé considerato (che non è parcellizzabile prima della sua maturazione, alla cessazione del rapporto di lavoro), ma il diritto al versamento della quota accantonata (ancora di natura retributiva). Ciò, beninteso, salvo che dall'istruttoria emerga che vi sia stata una cessione del credito futuro (ossia della parte di retribuzione oppure di quota di T.f.r. maturando), vantato dal lavoratore (cedente), nei confronti del datore (debitore ceduto), al Fondo di previdenza complementare (cessionario), al quale ultimo, in tal caso, spetta la legittimazione attiva ai sensi dell'art. 93 l.fall. (**Rv. 668209-04**). Per la S.C., una diversa interpretazione - che non riconoscesse la titolarità del diritto di credito al lavoratore o che, pur riconoscendola, ne escludesse nel concorso dei creditori la qualità privilegiata (con correlativa attribuzione di quella chirografaria) per la natura previdenziale, e non retributiva, di tali risorse - introdurrebbe un ingiustificato diverso trattamento di situazioni assolutamente paritetiche dei lavoratori in ordine alle disponibilità retributive acquisite, soltanto diversamente

allocate (quanto meno, in parte), nell'esercizio di una facoltà liberamente esercitata e, anzi, favorita e sostenuta dal legislatore, con riflessi disincentivanti sullo sviluppo delle forme pensionistiche complementari.

Alle medesime conclusioni in punto di titolarità della pretesa concorsuale nei confronti del datore di lavoro insolvente era già giunta **Sez. 1, n. 16266/2023, Vella, Rv. 667943-01**, secondo cui il generico riferimento al "conferimento" del T.f.r. maturando alle forme pensionistiche complementari, contenuto nell'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 252 del 2005, lascia aperta la possibilità che le parti, nell'esplicazione dell'autonomia negoziale loro riconosciuta dall'ordinamento, pongano in essere non già una delegazione di pagamento (art. 1268 c.c.), bensì una cessione di credito futuro (art. 1260 c.c.), con la conseguenza che, in caso di fallimento del datore di lavoro, la legittimazione ad insinuarsi al passivo per le quote di T.f.r. maturate e accantonate, ma non versate al Fondo di previdenza complementare, spetta, di regola, al lavoratore, stante lo scioglimento del rapporto di mandato in cui si estrinseca la delegazione di pagamento al datore di lavoro, e, viceversa, al predetto Fondo *ex* art. 93 l.fall. quando, secondo le emergenze istruttorie, vi sia stata la cessione del credito in suo favore.

Va segnalato che **Sez. L, n. 08524/2023, Buffa, Rv. 667181-01**, ha precisato che, in relazione alle quote di trattamento di fine rapporto destinate al Fondo di previdenza complementare, proprio perché costituiscono contribuzione finalizzata al conseguimento di un trattamento pensionistico integrativo, non è configurabile l'intervento del Fondo di garanzia di cui alla legge n. 297 del 1982, ma quello del fondo previsto per la previdenza complementare dall'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, che non opera con il pagamento di determinati emolumenti direttamente in favore del lavoratore, ma in funzione della sola integrazione della pensione obbligatoria sulla base dei versamenti volontari.

## **2. La sorte dei versamenti non riscattati né trasferiti ad altra forma pensionistica.**

Nel corso del 2023, la S.C. ha anche affrontato il quesito in ordine alla pignorabilità, o meno, delle somme versate in una forma di previdenza complementare e rispetto alle quali l'interessato, nonostante il venir meno dei presupposti per la partecipazione al sistema pensionistico complementare (nel caso di specie, per effetto del licenziamento e, dunque, della cessazione del rapporto di lavoro con l'azienda incaricata della gestione del fondo), non abbia esercitato la facoltà di riscatto (parziale o totale) della posizione contributiva né provveduto al trasferimento dei contributi ad altra forma pensionistica. In una situazione siffatta, **Sez. L, n. 09249/2023, Gnani, Rv. 667616-01**, ha ritenuto che la posizione individuale non possa convertirsi in prestazione previdenziale

(come tale pignorabile), dal momento che, in assenza di una norma *ad hoc* (mancante nel d.lgs. n. 252 del 2005), la decisione di non procedere al riscatto o di non transitare ad un'altra forma di previdenza complementare non può comportare l'azzeramento della posizione individuale nel frattempo maturata dall'assicurato. Il Collegio ha evidenziato che il caso ha trovato soluzione con il d.lgs. n. 88 del 2018, il cui art. 14, comma 2, lett. *c-bis*), prevede come ulteriore alternativa, in caso di cessazione dei requisiti di partecipazione alla forma pensionistica complementare, il mantenimento della posizione individuale in gestione presso la forma pensionistica complementare anche in assenza di ulteriore contribuzione, nonché l'automaticità di tale effetto, in mancanza di diversa scelta da parte dell'iscritto (salvi casi particolari di eccessiva esiguità della contribuzione). Per la decisione qui segnalata, nonostante la norma non sia applicabile *ratione temporis*, la regola da essa espressa era già ricavabile dal sistema e imponeva di continuare a considerare la posizione individuale come in fase di accumulo, fin quando permanesse una legittima aspettativa di future prestazioni pensionistiche in ragione dell'ulteriore carriera lavorativa dell'assicurato.

### **3. La previdenza integrativa per i giornalisti.**

**Sez. L, n. 20904/2023, Cavallaro, Rv. 668186-01**, si è occupata della prestazione previdenziale integrativa istituita in luogo della precedente indennità c.d. "ex fissa" corrisposta ai giornalisti alla cessazione del rapporto di lavoro, evidenziando che essa non ha origine legale, bensì obbligatoria, trovando causa nell'accordo sindacale sottoscritto in data 8 giugno 1994 (e richiamato dall'art. 27 c.c.n.l. per i dipendenti di imprese giornalistiche), che ha previsto l'istituzione, presso l'INPGI, di un apposito Fondo di previdenza integrativa, il cui funzionamento, secondo la pronuncia in esame, avviene col sistema a ripartizione. Ciò premesso, ha precisato che il Fondo deve considerarsi un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici rispetto allo stesso INPGI, pur incaricato della relativa gestione; l'INPGI, dunque, è assimilabile ad un *adiectus solutionis causa* per le obbligazioni assunte dal Fondo verso gli iscritti, con la conseguenza che è tenuto all'adempimento della prestazione nei soli confronti del Fondo delegante (e non anche nei confronti degli iscritti al Fondo stesso, terzi beneficiari della prestazione) e nei soli limiti della provvista (costituita dallo stesso Fondo), dovendosi dunque escludere che la convenzione abbia ad oggetto un contratto a favore di terzo nell'ambito del quale l'INPGI figurerebbe come promittente.

Sulla scia di questo precedente, **Sez. L, n. 25613/2023, Mancino, Rv. 668792-01**, ha affermato che l'indennità c.d. "ex fissa" non è cumulabile con l'indennità sostitutiva del preavviso, atteso che l'Accordo sulle prestazioni

previdenziali integrative del 15 luglio 1985, all'art. 10, ha disposto che la prestazione previdenziale istituita a carico dell'INPGI per i casi di risoluzione del rapporto assorbe, a tutti gli effetti, l'indennità già prevista dalla normativa abrogata (c.d. "ex fissa"), nonché l'indennità di mancato preavviso stabilita dal CNGL dell'8 luglio 1982, con la conseguenza che l'erogazione dell'una indennità esclude l'erogazione dell'altra.

#### **4. Le forme di previdenza integrativa preesistenti alla legge n. 144 del 1000: il caso delle polizze attivate dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (INFN).**

Con riferimento a forme di previdenza integrativa preesistenti alla legge n. 144 del 1999 (che ha dettato, tra le altre, disposizioni per il riordino degli enti previdenziali), **Sez. L, n. 22583/2023, Cavallari, Rv. 668208-01** - dando continuità ad un orientamento consolidatosi di recente (Sez. L., n. 32716/2019, Tricomi; Sez. L, n. 986/2020, Tricomi; Sez. L., n. 35368/2021, Di Paolantonio; Sez. L, n. 35371/2021 e n. 35372, Spena; n. 8780/2022, Negri Della Torre, tutte non massimate), superando un indirizzo antecedente (Sez. L, n. 10960/2013, Berrino, Rv. 626240-01, e Sez. L, n. 3188/2012, Tria, Rv. 621077-01) anteriore a Sez. U, n. 4684/2015, Di Cerbo, Rv. 634402-01 - ha chiarito che il trattamento previsto in favore del personale dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (INFN), per effetto di polizze assicurative attivate, in base alla convenzione sottoscritta il 1° luglio 1963, singolarmente per ciascun dipendente, dallo stesso Istituto presso la compagnia di assicurazioni INA, alimentate con un premio annuo calcolato in misura percentuale della retribuzione lorda dei lavoratori interessati, corrisposto in parte dall'INFN e in parte dai dipendenti, ha natura previdenziale e non retributiva. Secondo la pronuncia qui segnalata, infatti, l'unica differenza sostanziale rispetto alle altre forme di previdenza complementare - rappresentata dal fatto che il trattamento viene attuato con polizze emesse da un istituto assicuratore che funge da soggetto terzo invece che a mezzo di un fondo gestito dallo stesso datore di lavoro - resta indifferente ai fini della disciplina giuridica. La conseguenza di tale qualificazione, tuttavia, è che il personale di cui si tratta non ha più diritto, successivamente al 1° ottobre 1999, a che tale polizza sia attivata in suo favore, poiché l'art. 64, comma 2, della legge n. 144 del 1999 ha disposto la soppressione dei fondi di previdenza integrativa preesistenti per i dipendenti dagli enti del c.d. "parastato" (tra i quali rientra anche l'INFN), disciplinati dalla legge n. 70 del 1975, ivi inclusi quelli privatizzati ai sensi del d.lgs. n. 504 del 1994.



# PARTE SESTA

## I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Stefano Pepe)

### CAPITOLO XXIX

#### ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisdizione. - 3. Aspetti processuali - 4. Il procedimento espropriativo. - 5. La determinazione dell'indennità di espropriazione. - 6. L'opposizione alla stima. - 7. Le diverse ipotesi di acquisizione in capo alla p.a. - 8. L'espropriazione di bene gravato da uso civico. - 9. La retrocessione.

#### 1. Premessa.

L'analisi delle pronunce in tema di espropriazione per pubblica utilità evidenzia il consolidamento e la sistemazione dei principi desumibili dalla Costituzione e dal d.P.R. n. 327 del 2001 (T.U. espropriazioni), con particolare riguardo agli aspetti della giurisdizione, della garanzia del serio ristoro all'espropriato e dell'incidenza dei vincoli urbanistici.

#### 2. La giurisdizione.

La ricognizione delle decisioni della Suprema Corte non può non cominciare con l'esame delle questioni afferenti al riparto di giurisdizione.

**Sez. U, n. 22144/2023, Rossetti, Rv. 668370-01**, si è occupata della controversia avente ad oggetto la stipula di un contratto di permuta intervenuto tra privati proprietari di un terreno e il Comune di Finale Emilia in virtù del quale i primi avevano ceduto al secondo una porzione di un più vasto terreno di loro proprietà, affinché fosse destinato alla costruzione di una scuola. In cambio il Comune di Finale Emilia assunse varie obbligazioni, tra le quali, quella di cedere due terreni edificabili di proprietà comunale. A seguito dell'inadempimento del Comune, le controparti chiesero la condanna al risarcimento del relativo danno. Il Comune di Finale Emilia si costituì eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario. In ragione del rinvio per precisazione delle conclusioni disposto dal Tribunale, gli attori proponevano

regolamento di giurisdizione, chiedendo venisse dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario. Il Comune di Finale Emilia resisteva chiedendo fosse dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo. La Corte, investita della questione, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo che, richiamata la nota distinzione tra “attività privata dell’amministrazione” e “attività amministrativa di diritto privato”, la permuta sopra indicata era un contratto rientrante nella seconda categoria, non nella prima. Con esso, infatti, il Comune non aveva inteso provvedere alla manutenzione del proprio patrimonio od al procacciamento di beni strumentali ma, piuttosto, governare il territorio comunale, acquisendo un fondo destinato all’edificazione d’una scuola e dunque assolvere i propri compiti istituzionali. Il contratto di permuta era da intendersi quale contratto alternativo ad un provvedimento di espropriazione e, in quanto tale, rientrante nella previsione dell’art. 133, comma 1, lettera (a), n. 2, d.lgs. 2.7.2010 n. 104 (in virtù del quale sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di “formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo”).

**Sez. U, n. 07112/2023, Di Marzio, Rv. 667194-01**, ha affermato che la domanda volta ad ottenere la condanna della P.A. al pagamento dell’indennizzo dovuto per un’espropriazione “sostanziale”, subita dall’istante nell’ambito di una più ampia vicenda ablatoria formale nei confronti di altri soggetti, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, *ex* art. 133, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 104 del 2010, ove non si faccia questione circa la legittimità dell’esproprio subito. Tale principio è stato affermato dalla S.C., in sede di regolamento di giurisdizione, con riguardo alla domanda avanzata dal proprietario di un fondo il quale, a seguito del rilascio delle concessioni in favore di cooperative incaricate di interventi di edilizia residenziale pubblica su terreni limitrofi, era stato privato dei diritti di edificabilità per le volumetrie comprese nel piano di lottizzazione.

### **3. Aspetti processuali.**

**Sez. U, n. 17445/2023, Carrato, Rv. 668210-01**, ha affermato che «Per il rispetto del principio di partecipazione degli interessati al procedimento di espropriazione è sufficiente che la P.A. provveda alla notifica degli atti ai proprietari dei terreni come risultanti dai certificati catastali, non essendo prescritta alcuna ulteriore indagine finalizzata ad accertare l’identità degli effettivi proprietari, senza che per tale ragione risulti compromessa la legittimità della procedura ablativa, in quanto la notifica al solo intestatario catastale del

decreto di espropriazione impedisce soltanto il decorso del termine di decadenza per la sua impugnazione, non per quella di colui che risulti proprietario del bene oggetto del provvedimento».

#### 4. Il procedimento espropriativo.

**Sez. U, n. 00651/2023, Lamorgese, Rv. 666632-02**, hanno risolto la questione riguardante gli effetti del decreto di espropriazione cui non segue l'effettiva immissione in possesso da parte della Pubblica Amministrazione o, comunque, una condotta realizzativa delle opere previste nella dichiarazione di pubblica utilità. In particolare, la questione atteneva a se fosse automatica la perdita *dell'animum possidendi* in capo all'occupante con conseguente interruzione di un pregresso possesso utile ad *usucapionem*. ovvero se il possesso continui a sussistere in capo allo stesso, che potrà riacquistare la proprietà del bene per usucapione ancorché oggetto di espropriazione. Sul punto, infatti, esisteva un contrasto giurisprudenziale che aveva giustificato la rimessione della questione al Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione. La decisione in esame condivide l'orientamento giurisprudenziale contrario alla usucapibilità del bene a favore del proprietario espropriato che rimane nella disponibilità del bene stesso, il quale quindi può vantare una mera detenzione precaria non utile *ad usucapionem*. In proposito, nel corso di un giudizio il Tribunale di Roma decideva sulle cause riunite promosse, rispettivamente, dal Comune di Roma e dalla Cassia 12.800 s.r.l., aventi ad oggetto le contrapposte domande di rilascio di un'area di proprietà comunale, asseritamente detenuta senza titolo dalla società e di risarcimento dei danni da liquidarsi in separata sede per la ritardata consegna (domande avanzate dal citato Comune) e di declaratoria di usucapione ventennale o, in subordine, di retrocessione dell'area (domande avanzate dall'impresa). Il Tribunale rigettava le domande della Società e la condannava al rilascio, in favore di Roma Capitale del terreno: escludeva la possibilità, ai fini della usucapione, di cumulare l'eventuale possesso della dante causa della suindicata Società con quello della Società ricorrente, anche perché quest'ultima era consapevole dell'intervenuta espropriazione del fondo e non aveva posto in essere atti di interversione del possesso idonei a configurare il costituito possessorio. La Corte d'appello di Roma rigettava il gravame osservando che il suddetto terreno era stato acquisito al patrimonio indisponibile di Roma Capitale e che, pertanto, non sussistevano le condizioni per il suo acquisto a titolo di usucapione da parte della società privata occupante né per la retrocessione. Con riguardo all'usucapione, la Corte ha confermato il percorso logico-giuridico seguito dal primo giudice circa l'insussistenza dei relativi

presupposti: il decreto di esproprio è atto idoneo a far acquisire all'ente pubblico la proprietà piena e il possesso (sia pure solo animo) del bene e ad escludere qualsiasi situazione, di diritto e di fatto, con essi incompatibile e, permanendo il precedente proprietario o un terzo nella occupazione del bene, il loro non è un possesso utile *ad usucapionem* ma una mera detenzione, avendo la Società dante causa avuto conoscenza del decreto di esproprio (seppure non con la notifica del decreto di esproprio ma indirettamente tramite un altro atto del procedimento) che comportava la perdita *dell'animus possidendi*, salva la non dimostrata interversione nel possesso. In ragione di quanto sopra le Sezioni unite hanno affermato il seguente principio secondo cui in tema di espropriazione per pubblica utilità, in base alla disciplina introdotta dal d.P.R. n. 327 del 2001, l'esecuzione del decreto di esproprio - con la immissione in possesso del beneficiario dell'esproprio entro il termine perentorio di due anni, mediante la formale redazione di un verbale - assurge a condizione sospensiva di efficacia del decreto stesso (artt. 23, comma 1, e 24, comma 1), con la conseguenza che, in mancanza, detto decreto diventa definitivamente inefficace e non si realizza l'effetto estintivo della proprietà e degli altri diritti gravanti sul bene (salvo il potere dell'autorità espropriante di emanare una nuova dichiarazione di pubblica utilità entro i successivi tre anni, cui dovrà seguire un nuovo decreto di esproprio). Ove, invece, il decreto di esproprio sia tempestivamente eseguito, il beneficiario dell'espropriazione acquista la proprietà e il possesso del bene e l'espropriato o il terzo che continuino ad occuparlo o a utilizzarlo si trovano in una situazione di fatto che non è configurabile come possesso *ad usucapionem* (art. 24, comma 4). Tale disciplina si applica anche in caso di cessione volontaria delle aree, poiché, ai sensi dell'art. 45 d.lgs. cit., la menzionata cessione produce gli stessi effetti del decreto di esproprio e, quindi, determina il passaggio della proprietà solo a seguito dell'immissione in possesso con le modalità e nei termini indicati.

### **5. La determinazione dell'indennità di espropriazione.**

**Sez. 1, n. 20655/2023, Scotti, Rv. 668310-01**, si è occupata della determinazione della determinazione dell'indennità per le occupazioni d'urgenza e per le eventuali espropriazioni attuate in forza del piano approvato dal Commissario straordinario. In proposito, la Corte ha affermato che l'art. 2, comma 6, del d.l. n. 39 del 2009, conv. con modif. dalla l. n. 77 del 2009 - afferente agli interventi urgenti conseguenti al sisma nella Regione Abruzzo - si interpreta nel senso che il momento rilevante per la determinazione del valore del bene immobile coinvolto va individuato nella data del sisma e non in quella,

successiva, di emissione del decreto di esproprio, in quanto la disposizione - avente natura speciale e derogatoria rispetto alla norma generale contenuta nell'art. 32 del d.P.R. n. 327 del 2001 - retrodatando la determinazione di siffatto valore mira ad evitare che lo stesso possa essere influenzato, in aumento, proprio dalla eccezionale esigenza di unità abitative conseguenti al sisma e dalla decisione di destinare l'immobile al soddisfacimento di tale pubblico interesse, così evitando ingiuste locupletazioni.

Altra pronuncia importante è quella di **Sez. 1, n. 11428/2023, Casadonte, Rv. 667747-01**, che ha affermato che «In tema di occupazione destinata alla realizzazione di un'opera pubblica, la redazione del verbale di immissione in possesso in favore dell'ente espropriante a seguito della pronuncia di un decreto di occupazione, fa presumere che la P.A., beneficiaria dell'occupazione stessa, si sia effettivamente impossessata dell'immobile e, nel contempo, esonera il proprietario espropriato dall'onere di provare l'avvenuto spossessamento; ne consegue che, a fronte dell'emissione di una seconda dichiarazione di pubblica utilità, l'avvenuto rilascio del bene alla scadenza della prima dichiarazione di pubblica utilità non può ritenersi presunto, dovendo l'Amministrazione che contesta il diritto all'indennità per l'occupazione effettuata, fornire la prova del rilascio del fondo, occupato all'esito della prima dichiarazione di pubblica utilità, e la mancata effettiva presa di possesso a seguito della seconda dichiarazione».

**Sez. 1, n. 07846/2023, Campanile, Rv. 667120-01**, con riferimento al caso di espropriazione di un bene avente rilevante valore storico e ambientale (nella specie un antico castello in rovina, circondato da una vasta area caratterizzata da secolari essenze arboree), sottoposto a vincolo in quanto “di interesse particolarmente importante”, ha affermato che il relativo indennizzo non deve essere determinato sulla base del criterio del valore agricolo medio dell'area, applicabile per i suoli inedificabili, ma deve tener conto delle potenzialità extra-agricole del bene, considerando lo sfruttamento economico dello stesso attraverso la valorizzazione della sua natura di bene avente una rilevante connotazione storica e ambientale, e quindi, una specifica vocazione turistica. Peraltro, l'area di sedime non può essere distinta dalla costruzione, dovendo l'indennità essere determinata in modo unitario, ad eccezione dei casi in cui il fabbricato sia privo di autonomia funzionale o abbia scarsa consistenza economica.

**Sez. 1, n. 07393/2023, Meloni, Rv. 667268-01**, ha precisato che in tema di espropriazione per pubblica utilità, per individuare la qualità edificatoria dell'area, da effettuarsi in base agli strumenti urbanistici vigenti al momento dell'espropriazione, occorre distinguere tra vincoli conformativi ed espropriativi,

sicché ove con l'atto di pianificazione si provveda alla zonizzazione dell'intero territorio comunale, o di una sua parte, si da incidere su di una generalità di beni, in funzione della destinazione dell'intera zona in cui essi ricadono e in ragione delle sue caratteristiche intrinseche, il vincolo assume carattere conformativo ed influisce sulla determinazione del valore dell'area espropriata, mentre, ove si imponga un vincolo particolare, incidente su beni determinati, in funzione della localizzazione di un'opera pubblica, il vincolo è da ritenersi preordinato all'espropriazione e da esso deve prescindere nella stima dell'area. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza del giudice di merito, che aveva determinato l'indennità non già in base al valore dell'area all'epoca di emissione dei decreti di espropriazione, applicando lo strumento urbanistico all'epoca vigente, ma sulla base dello strumento urbanistico precedente la delibera con la quale era stato approvato il piano di recupero urbano, senza considerare che il vincolo conformativo derivava dall'accordo di programma e non dal p.r.u., sicché la determinazione delle indennità riflette necessariamente le varianti apportate al p.r.g., quale strumento urbanistico generale, proprio a seguito della stipulazione dell'accordo di programma.

## **6. L'opposizione alla stima.**

**Sez. 1, n. 10018/2023, Scotti, Rv. 667495-01**, ha precisato che in materia di espropriazione per pubblica utilità, l'indirizzo nomofilattico che afferma, per un verso, la devoluzione alla competenza della Corte d'appello in unico grado della controversia sulla determinazione e corresponsione dell'indennizzo previsto per la cd. "acquisizione sanante", per altro verso l'applicazione in via estensiva del termine di trenta giorni dalla notificazione del decreto di esproprio, contemplato dall'art. 29 del d.lgs. n. 150 del 2011 ai fini del ricorso per la determinazione della giusta indennità, non integra un cd. "*overruling* processuale", connotandosi, piuttosto, alla stregua di indirizzo giurisprudenziale di legittimità ampliativo - in assenza di un precedente e stabile orientamento - di facoltà e poteri processuali che la parte abbia mancato di esercitare per un'erronea e autolimitativa interpretazione delle norme processuali.

## **7. Le diverse ipotesi di acquisizione in capo alla p.a.**

**Sez. 2, n. 18445/2023, Carrato, Rv. 667972-01**, ha affermato il principio secondo cui « L'occupazione usurpativa di un fondo da parte della P.A. è compatibile con l'usucapione del fondo medesimo da parte dell'ente occupante, in quanto la totale assenza dei presupposti di esercizio del potere ablativo, che connota detta occupazione, lascia intatta la facoltà del proprietario di rivendicare

il bene, col limite di diritto comune dell'intervenuta usucapione; non rileva, in senso contrario, la facoltà di acquisizione sanante *ex art. 42-bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, essendo l'acquisto postumo del diritto di proprietà logicamente incompatibile con l'intervenuto acquisto retroattivo del medesimo diritto a titolo di usucapione». La Corte, nel confermare la sentenza di merito, ha affermato la compatibilità tra usucapione a favore della P.A. e occupazione usurpativa, ovvero disancorata dall'esercizio dei poteri ablatori o in carenza dei presupposti per esercitarli in funzione della realizzazione di una procedura espropriativa per pubblica utilità e ciò sul rilievo che, verificandosi tale situazione, la P.A. viene a trovarsi in una posizione paritetica con il privato proprietario dell'immobile, il quale - a fronte di un possesso di tal fatta da parte della stessa P.A. - rimane legittimato ad esercitare le azioni di *restitutio in integrum* o di risarcimento danni, contestando la sussistenza delle necessarie condizioni imposte dall'art. 1158 c.c. per l'acquisto a titolo originario del bene controverso da parte della P.A.

**Sez. 1, n. 10634/2023, Marulli, Rv. 667610-01**, ha, poi, affermato che in caso di illegittima acquisizione del fondo e di sua irreversibile trasformazione senza l'attivazione o la conclusione del procedimento di espropriazione, il danno deve essere liquidato attraverso la duplice operazione della *aestimatio*, ossia determinando il valore del bene all'epoca del fatto, e della *taxatio*, ossia sottoponendo il valore del bene, fino all'epoca della decisione, alla rivalutazione monetaria anno per anno, in ragione della naturale perdita di valore nel tempo del denaro, oltre agli interessi compensativi derivanti dal ritardo. Peraltro, la predetta obbligazione di valore, una volta determinato l'ammontare del risarcimento all'attualità, si converte in obbligazione di valuta, sulla quale decorrono gli ordinari interessi legali dalla data della decisione fino al saldo definitivo.

**Sez. 1, n. 09871/2023, Iofrida, Rv. 667494-01**, si è occupata del ricorso proposto dall'ASL di Salerno avverso la sentenza della Corte d'appello di Salerno con la quale, in via pregiudiziale, veniva disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per intempestiva riassunzione del giudizio, a seguito di declinatoria del difetto di giurisdizione pronunciata dal TAR Salerno, atteso che il dimezzamento dei termini processuali di cui all'art. 119, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 104 del 2010, si applica ai soli giudizi impugnatori aventi ad oggetto i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, non anche alle controversie concernenti pretese risarcitorie/indennitarie, quale quella in esame. Inoltre, ad avviso della Corte di merito, non era applicabile il termine di

decadenza di trenta giorni previsto dagli artt. 54 d.P.R. n. 327 del 2011 e 29 d.lgs. n. 150 del 2011, operante solo nei casi di opposizione alla stima definitiva dell'indennità di esproprio, trattandosi di azione volta ad ottenere la corretta determinazione giudiziale dell'indennità *ex art. 42-bis* d.P.R. n. 327 del 2001, esperibile nell'ordinario termine decennale di prescrizione, con conseguente infondatezza dell'ulteriore eccezione di inammissibilità sollevata dalla ASL. In punto di determinazione del valore venale del bene, la Corte d'appello sosteneva che l'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale, *ex art. 42-bis* d.P.R. n. 327 del 2001, doveva essere determinato in misura corrispondente al valore venale del bene «al momento del trasferimento della sua proprietà», comprensivo non solo del valore del suolo ma anche di quello delle opere eventualmente realizzate, che «in mancanza dell'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante, sarebbero inevitabilmente assoggettate ad accessione a beneficio del proprietario, in ossequio al principio generale sancito dall'art. 936 c.c. Tenuto conto di tale statuizioni, la Corte di cassazione con la pronuncia in esame ha accolto il ricorso con riferimento alle ultime due censure e, in particolare, ha affermato che in tema di acquisizione coattiva sanante *ex art. 42-bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, ove il giudizio promosso dal privato abbia ad oggetto la contestazione sul “quantum” dell'indennizzo connesso all'effetto ablatorio, va esclusa l'applicabilità dei termini processuali dimidiati di cui all'art. 119, comma 2, del d.lgs. n. 104 del 2010, in quanto l'applicabilità in questione, riferita - ai sensi del comma 1, lett. f), del citato articolo, costituente disposizione di stretta interpretazione - ai provvedimenti relativi alle “procedure di occupazione e di espropriazione”, riguarda i soli giudizi in cui sono impugnati atti e provvedimenti amministrativi, ma non quelli concernenti, in via esclusiva, istanze risarcitorie o indennitarie. Ha, poi, precisato che in presenza di una fattispecie di acquisizione coattiva sanante *ex art. 42-bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, il rimedio azionabile contro la quantificazione dell'indennità non rappresenta una generale azione di riconoscimento della giusta indennità - a fronte della mancata determinazione da parte dell'amministrazione dell'indennità o di una indennità non definitiva -, ma costituisce un'azione che, in quanto volta a contestare la determinazione dell'indennità stessa operata dalla predetta amministrazione, è assoggettata non alla ordinaria prescrizione decennale *ex art. 2946* c.c., bensì al termine breve di decadenza di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento di acquisizione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 54, commi 1 e 5, del citato d.P.R., e 29, comma 3, del d.lgs. n. 150 del 2011. Infine ha precisato che in tema di indennizzo *ex art. 42-bis* del d.P.R. n. 327 del 2001, ai fini della determinazione del valore venale del bene oggetto del provvedimento di c.d. “acquisizione sanante”, alla data della

adozione dello stesso, non deve computarsi - alla luce del tenore del citato articolo, nonché del richiamo operato da quest'ultimo all'art. 37, comma 4, del predetto d.P.R., che fa salva la disposizione del precedente art. 32, comma 1 - anche il valore dell'opera pubblica che sullo stesso bene sia stata, anche solo parzialmente, realizzata dalla pubblica amministrazione.

#### **8. L'espropriazione di bene gravato da uso civico.**

**Sez. U, n. 12570/2023, Carrato, Rv. 667733-01**, ha affermato che «I diritti di uso civico gravanti su beni collettivi non possono essere posti nel nulla (ovvero considerati implicitamente estinti) per effetto di un decreto di espropriazione per pubblica utilità, poiché la loro natura giuridica assimilabile a quella demaniale lo impedisce, essendo, perciò, necessario, per l'attuazione di una siffatta forma di espropriazione, un formale provvedimento di sdemanializzazione, la cui mancanza rende invalido il citato decreto espropriativo che implichi l'estinzione di eventuali usi civici di questo tipo ed il correlato trasferimento dei relativi diritti sull'indennità di espropriazione». Le Sezioni Unite erano state investite della questione rimessa dalla Seconda Sezione civile, se i beni gravati da uso civico sono suscettibili di espropriazione per pubblica utilità, senza che sia necessaria la preventiva adozione di un provvedimento di "sdemanializzazione". Le Sezioni Unite hanno rilevato che se l'espropriazione deve escludersi per tutti i beni appartenenti al patrimonio indisponibile, poiché questi non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 828 c.c.), per cui occorre un'espressa norma di legge per consentirne l'espropriazione per pubblica utilità, lo stesso principio deve essere estendibile - a maggior ragione - al demanio pubblico (dello Stato e degli enti territoriali), che ha già una destinazione di interesse pubblico, la quale può essere modificata solo con il venir meno della demanialità, o con la destinazione ad altro uso, disposta dall'autorità competente. Questa impostazione, secondo le S.U., è applicabile anche ai beni di uso civico collettivo una volta che - propria od impropria che sia la loro qualificazione di beni demaniali (ai quali, tuttavia, sono certamente assimilabili) - essa implica un regime di loro indisponibilità.

#### **9. La retrocessione.**

**Sez. 3, n. 09304/2023, Cirillo, Rv. 667249-02**, ha affermato che in materia di espropriazione per pubblica utilità, qualora venga accolta la domanda giudiziale di retrocessione proposta dal privato espropriato, con determinazione del relativo prezzo, l'effetto reale del trasferimento della proprietà si determina

*ex nunc* nel momento del passaggio in giudicato della sentenza, indipendentemente dal pagamento del prezzo suddetto, con la conseguenza che, laddove il privato sia rimasto nel possesso del bene durante lo svolgimento della procedura di espropriazione e del successivo giudizio di retrocessione, il mancato pagamento, da parte sua, del prezzo stabilito nella menzionata sentenza integra un inadempimento, ma non esclude il venir meno del carattere abusivo di tale occupazione, ai fini del risarcimento del danno spettante alla Pubblica Amministrazione.

**Sez. 1, n. 08705/2023, Conti, Rv. 667543-01**, ha affrontato il caso in cui un soggetto aveva convenuto in giudizio la Regione e l'Assessorato Beni Culturali ed Ambientali, chiedendo che venisse disposta la retrocessione dell'Isolotto "Isola Bella", antistante la baia di Taormina, espropriato per fini di pubblica utilità con decreto del 1992, dolendosi della mancata realizzazione nei termini dell'opera pubblica determinante l'esproprio. Il privato espropriato chiedeva altresì la condanna delle suddette amministrazioni al risarcimento del danno asseritamente patito. I giudici di merito rigettavano la domanda attorea. In particolare, la Corte territoriale ravvisava la natura demaniale ad uso pubblico dell'isolotto di Isolabella in quanto bene ambientale di valore storico e artistico da considerarsi un *unicum* rappresentativo di una parte di storia letteraria siciliana e, come tale, insuscettibile del preteso ritrasferimento in proprietà del privato. Avverso il provvedimento in esame, il soggetto espropriato proponeva ricorso in Cassazione eccependo che nel caso in esame la realizzazione dell'opera pubblica - rappresentata dalla istituzione di un museo regionale per i beni naturali e naturalistici - si rendeva necessaria per l'attuazione dell'interesse generale dichiarato. Nel rigettare il ricorso la Corte ha affermato che il diritto alla retrocessione totale dell'immobile espropriato, previsto dall'art. 63 della legge n. 2359 del 1865, va escluso quando il bene, prima dell'espropriazione, sia già stato dichiarato di valore storico-artistico in base ad una specifica disposizione normativa, in quanto, in tal caso, il fine dell'espropriazione si realizza compiutamente con l'acquisizione dell'immobile al patrimonio pubblico, indipendentemente dall'inizio o dal termine dei lavori previsti con il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità che abbia preceduto il decreto di espropriazione. Nel caso di specie, il bene storico e artistico non viene espropriato al solo fine di costruire un'opera pubblica, ma viene innanzitutto acquisito *ex lege* al demanio e destinato anche alla costruzione di un museo naturalistico, fatto che nulla aggiunge però alla già acquisita demanialità.

# CAPITOLO XXX

## APPALTI PUBBLICI

(DI FRANCESCA DELLA VALLE)

SOMMARIO: 1. La giurisdizione. - 2. Il contratto di appalto. - 3. L'esecuzione del contratto: patologie e rimedi. - 4. L'arbitrato negli appalti pubblici. - 5. Il subappalto.

### 1. La giurisdizione.

**Sez. U, n. 09634/2023, Orilia, Rv. 667448-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alla controversia avente ad oggetto la revoca dell'ammissione al "Fondo salva opere", previsto dall'art 47 del d.l. n. 34 del 2019, per la sopravvenuta carenza dei relativi presupposti (tra cui l'esistenza di un credito insoddisfatto del sub-appaltatore).

In particolare, le Sezioni unite hanno ribadito il proprio consolidato orientamento in materia di finanziamenti e sovvenzioni pubbliche, secondo il quale è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, tutte le volte in cui la norma di previsione affidi all'amministrazione il discrezionale apprezzamento sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* dell'erogazione, comportante la ponderazione delle ragioni di pubblico ad essa sottese, mentre è ravvisabile una posizione di diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, laddove si tratti di erogazione riconosciuta direttamente dalla legge, sulla base di condizioni puntualmente indicate, residuando in capo all'Amministrazione unicamente il compito di verificare l'esistenza dei relativi presupposti, senza alcuna ponderazione degli interessi pubblici sottostanti. In tema hanno richiamato il medesimo principio sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 6/2014.

Nella specie, in applicazione di tali principi, le Sezioni unite hanno quindi concluso per la giurisdizione del giudice ordinario nella fattispecie in esame, trattandosi di un'ipotesi in cui l'erogazione era prevista direttamente dalla legge, residuando in capo all'amministrazione unicamente il compito di verificare l'effettiva sussistenza dei relativi presupposti, in assenza di qualsivoglia profilo di valutazione discrezionale circa l'*an*, il *quid* o il *quomodo* dell'erogazione stessa, sottolineando come non fosse rilevante che per effettuare tale verifica fosse stato necessario procedere ad una adeguata istruttoria.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza n. 4730/2022, con la quale il Consiglio di Stato aveva affermato la

sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario sulla base della considerazione per cui la posizione di diritto soggettivo rinvenibile in capo alle società ammesse al beneficio del Fondo Salva Opere non degrada ad interesse legittimo in conseguenza dell'esercizio del potere di revoca del beneficio da parte dell'amministrazione, atteso che la revoca interviene per il venire meno, in itinere, dei presupposti dell'ammissione al Fondo, e non deriva dall'esercizio di poteri di carattere autoritativo, espressione dell'autotutela della pubblica amministrazione.

## 2. Il contratto di appalto.

**Sez. 1, n. 09499/2023, Abete, Rv. 667488-01** - ponendosi nello stesso solco di Sez. 1, n. 29798/2017, Marulli, Rv. 646583-01 - ha affermato che, in ambito di contratti stipulati dalla P.A. con il sistema dell'asta pubblica o della licitazione privata, nel regime anteriore al d.lgs. n. 163 del 2006, il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivale per ogni effetto legale al contratto, con forza immediatamente vincolante anche per l'Amministrazione appaltante, così escludendo, per le fattispecie in esame, il difetto della stipulazione nella forma scritta *ad substantiam* dei contratti di appalto ritenuto dalla Corte di appello nella sentenza impugnata.

A tale conclusione la S.C. è giunta sostenendo, da un lato, che l'art. 16 del r.d. n. 2440 del 1923 non è stato abrogato dalla l. n. 109 del 1994 (rispetto alla quale non presenta profili di incompatibilità), dall'altro lato, che il d.P.R. n. 554 del 1999, recante il regolamento di attuazione della l. n. 109 cit., non possiede efficacia precettiva derogatoria del summenzionato art. 16.

## 3. L'esecuzione del contratto: patologie e rimedi.

Nel corso del 2023 la Corte ha esaminato diversi profili relativi alla fase dell'esecuzione del contratto di appalto.

La S.C. ha ribadito la possibilità d'introdurre delle varianti, non solo con riferimento alle circostanze di cui all'art. 25 della l. n. 109 del 1994, ivi compresi errori od omissioni del progetto esecutivo idonei a pregiudicare la realizzazione o l'utilizzazione dell'opera, ma anche in relazione alla necessità di eseguire lavorazioni non contemplate dal contratto o impiegare materiali diversi da quelli previsti, senza che l'appaltatore si possa opporre a tali varianti, salvo che l'aumento dei lavori stessi superi la soglia predeterminata per legge. In particolare la Corte ha premesso che le nuove opere richieste dal committente sono qualificabili come varianti in corso d'opera, che l'appaltatore è tenuto ad eseguire, salvo il diritto ad un maggior corrispettivo, se esse, pur non essendo

comprese nel progetto originario, risultano necessarie per l'esecuzione migliore ovvero a regola d'arte dell'appalto, o comunque rientrano nel piano dell'opera stessa; mentre costituiscono lavori extracontrattuali, e richiedono pertanto la stipulazione di un nuovo contratto, se, pur essendo connesse all'opera originaria, presentano un'individualità distinta rispetto alla stessa oppure ne integrano una variazione quantitativa o qualitativa eccedente i limiti di legge. Ha infine precisato che - se pure computo metrico ed elenco prezzi definiscono la qualità e la quantità delle lavorazioni occorrenti per la realizzazione dell'opera, così come descritta nel progetto esecutivo, ed i relativi costi, ai fini della formulazione di un preventivo da porre a fondamento della delibera di approvazione della spesa nonché della determinazione del prezzo da porre a base della gara per l'aggiudicazione dell'appalto - tali documenti non determinano l'immutabilità della determinazione stessa proprio perché, come sopra ricordato, è espressamente prevista per la stazione appaltante la possibilità di introdurre delle varianti al di là delle ipotesi di cui all'art. 25 della l. n. 109 del 1994 (**Sez. 1, n. 25800/2023, Mercolino, Rv. 668957-02**).

La Corte si è pronunciata anche in tema di riserve, con specifico riferimento al termine di decadenza per l'esercizio dell'azione dell'appaltatore. Premessa l'individuazione della normativa applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame (che - in relazione agli appalti pubblici in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 554/1999, recante il regolamento attuativo della l. n. 109/1994, per le riserve iscritte in epoca successiva alla data di entrata in vigore del citato d.P.R. - corrisponde, in base alla disciplina transitoria dal comma 4 dell'art. 232 del d.P.R. medesimo, a quella dettata dal d.m. n. 145/2000, adottato ai sensi dell'art. 3, comma 5, della l. n. 109/1994), la S.C. ha affermato che, a norma degli artt. 32 e 33 del predetto d.m. n. 145/2000, a fronte della determinazione assunta dalla stazione appaltante in ordine alle riserve formulate dall'appaltatore, quest'ultimo può ricorrere al giudice ordinario (o instaurare un procedimento arbitrale) al fine di ottenere l'accertamento, in contrasto con la determinazione in parola, del proprio diritto e la condanna della P.A. al pagamento delle somme dovute. A tal fine, la domanda va proposta entro il termine di decadenza di sessanta giorni, decorrente dal ricevimento della comunicazione prevista dai commi 1 e 2 dell'art. 32 del citato capitolato generale, oppure dalla scadenza dei termini previsti dai predetti due commi (**Sez. 1, n. 23614/2023, Perrino, Rv. 669181-01**).

**Sez. 1, n. 10325/2023, Caiazza, Rv. 667606-01**, si è pronunciata in tema di equo compenso *ex art. 1664*, comma 2, c.c., riconosciuto all'appaltatore il quale nel corso dell'opera abbia incontrato difficoltà di esecuzione non previste che

ne abbiano reso notevolmente più onerosa la prestazione. Ponendosi in continuità con Sez. 1, n. 17782/2015, Campanile, Rv. 636687-01), la S.C. ha ribadito che esso è oggetto di un'obbligazione di valuta e non di valore, giacché l'obbligazione nasce dal contratto e il credito ha la medesima funzione d'ogni altro emolumento spettante all'appaltatore come remunerazione. Ne ha, dunque, tratto, quale conseguenza, la necessità della costituzione in mora, *ex* art. 1224 c.c., in funzione del decorso degli interessi, specificando, altresì, l'insufficienza, a tal fine, della riserva che l'appaltatore ha l'onere di iscrivere allo scopo di evitare la decadenza da domande di ulteriori compensi, indennizzi o risarcimenti, in dipendenza dello svolgimento del collaudo.

Ancora in tema di compensi, si è pronunciata **Sez. 1, n. 08275/2023, Caiazzo, Rv. 667425-01**, ribadendo, in linea di continuità con Sez. 1, n. 15029/2016, Sambito, Rv. 641823-01, che i lavori addizionali effettuati dall'appaltatore extra-contratto e non previamente autorizzati (per i quali egli non ha, di regola, diritto ad aumento di prezzo alcuno *ex* art. 342, comma 2, della l. n. 2248 del 1865, all. F) possono dar luogo a compenso solo eccezionalmente. Ha quindi fissato il principio per cui ciò può avvenire alla quadruplice condizione che tali lavori formino oggetto di tempestiva riserva, siano qualificati come indispensabili in sede di collaudo, siano riconosciuti come tali anche dall'amministrazione committente e comportino un costo che, addizionato a quello dei lavori commissionati in contratto, rientri, comunque, entro i limiti delle spese approvate.

In materia di prezzo e facoltà di sua revisione, si è pronunciata **Sez. 1, n. 00117/2023, Casadonte, Rv. 666643-01**, la quale, in tema di appalto-concorso, ha chiarito che è valida la previsione contenuta nel disciplinare di gara che faccia decorrere il diritto alla revisione dei prezzi dalla data di registrazione del contratto, e non dalla presentazione dell'offerta, poiché l'art. 33 della l. n. 41 del 1986, nella parte in cui stabilisce che tale diritto sorge dopo due anni dall'aggiudicazione, abrogando l'art. 1 del d.lgs. C.p.S. n. 1501 del 1947, esprime la volontà del legislatore di agganciare il momento iniziale della revisione alla conclusione della fase pubblicistica e all'insorgenza del vincolo contrattuale, che nell'appalto-concorso - mancando l'aggiudicazione - non si identifica con la presentazione dell'offerta, ma con la stipula del contratto.

**Sez. 1, n. 10967/2023, Abete, Rv. 667678-02**, ha sostenuto che la sospensione prevista dall'art. 30 del capitolato generale di cui al d.P.R. n. 1063/1962 - in caso di forza maggiore o per altre "ragioni di pubblico interesse o necessità" - non è invocabile quando la stazione appaltante, tenuta ad assicurare la possibilità giuridica dell'opera, sia consapevole di preesistenti impedimenti alla sua realizzazione e della necessità di acquisire autorizzazioni

dagli enti titolari di infrastrutture interferenti con l'opera, a nulla rilevando la circostanza che l'appaltatore conoscesse o potesse conoscere la loro mancanza e non abbia a sua volta segnalato al committente la necessità di sollecitarne il rilascio. In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto insussistente il grave inadempimento dell'ente appaltante ed ha escluso che l'interpretazione complessiva del capitolato speciale d'appalto potesse far ricadere sull'appaltatore la responsabilità per il mancato ottenimento delle autorizzazioni condizionanti la regolare esecuzione dell'opera.

In tema di inadempimento del contratto di appalto, la Corte ha affermato la natura integrativa e non sostitutiva delle disposizioni speciali dettate con riferimento alle ipotesi di inadempimento del contratto di appalto (quali quelle di cui agli artt. 1662, 1667, 1668, 1669 c.c. o art. 35 del d.P.R. n. 1063/2006, come sostituito dal d.lgs. n. 163/2006) rispetto ai principi generali dettati dal legislatore in materia di mancato adempimento e di risoluzione del contratto di cui agli artt. 1453 ss. c.c. Conseguentemente, con particolare riferimento allo speciale rimedio solutorio di cui all'art. 133 del d.lgs. n. 163 del 2006 (che ha sostituito quanto previsto dall'art. 35 del d.P.R. n. 1063/2006), viene chiarito che esso è esperibile a prescindere dalla non scarsa importanza dell'inadempimento e pur quando quest'ultima condizione non ricorra, mentre tornano ad applicarsi, per converso, le disposizioni generali di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. ove l'appaltatore non possa invocare i più favorevoli presupposti della norma speciale (**Sez. 1, n. 10968/2023, Caiazza Rv. 667679-02**).

In materia di scioglimento del contratto, la Corte ha affrontato l'ipotesi di concorso di fatti imputabili a diversi soggetti, stabilendo che, qualora esso sia dipeso dall'annullamento delle delibere di approvazione del progetto e di adozione delle relative varianti per la mancanza o l'inadeguatezza della verifica di compatibilità ambientale e la carenza di adeguate indagini geologiche e geognostiche, ma siano altresì riscontrate carenze del progetto, deve trovare applicazione, ai fini delle reciproche responsabilità, il principio di cui all'art. 2055 c.c. Infatti, a prescindere dall'identità delle norme giuridiche violate da ciascuno, ciò che rileva è sempre il fatto nella sua unicità. Tanto premesso, viene affermato che, in questi casi, è possibile escludere il nesso di causalità rispetto ad alcune delle condotte quando, motivando caso per caso, possa riconoscersi a uno degli antecedenti causali un'efficienza non semplicemente preponderante, ma determinante e assorbente, tale da escludere ogni effettivo nesso tra l'evento e gli altri fatti ridotti al semplice rango di occasioni (**Sez. 1, n. 19492/2023, Terrusi, Rv. 668307-01**).

Con altra pronuncia la Corte si è occupata di diritto alla risoluzione del contratto di cui all'art. 136 del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis*), affermando che esso rientra nell'ambito dell'autotutela amministrativa e che, nel presupporre il grave inadempimento dell'appaltatore, va tenuto distinto dal diritto di recesso contemplato dal precedente art. 134, il quale costituisce piuttosto una speciale facoltà del committente, riflesso di un diritto potestativo collegato a insindacabili scelte discrezionali della pubblica amministrazione. Ne consegue che, in ipotesi di esercizio del diritto alla risoluzione contrattuale, la stazione appaltante non è tenuta ad alcun obbligo di corresponsione all'appaltatore del decimo del valore delle opere non eseguite, previsto esclusivamente nell'ipotesi di esercizio del recesso (**Sez. 1, n. 11361/2023, Falabella, Rv. 667800-01**).

In tema di risoluzione anticipata del contratto per fatto e colpa dell'appaltatore, la S.C. ha chiarito che l'ente pubblico appaltante è tenuto ad emettere il certificato di collaudo sia pure parziale (e cioè limitato alla parte dei lavori eseguiti), pena l'estinzione della polizza fideiussoria. E ciò in quanto occorre evitare che il garante resti vincolato *ad libitum*, in forza di un rapporto accessorio ormai privo del fondamento causale (**Sez. 3, n. 33858/2023, Spaziani, Rv. 669510-01**, la quale ha altresì ribadito la propria consolidata giurisprudenza sulla sussistenza, a carico dell'amministrazione appaltante, dell'onere di provare la configurabilità di una condotta o un evento riferibile all'appaltatore, tale da impedire lo svolgimento delle operazioni di collaudo - sia pure parziale - nel termine previsto dalla legge).

#### **4. L'arbitrato negli appalti pubblici.**

Sulla competenza arbitrale, **Sez. 1, n. 07245/2023, Lamorgese, Rv. 667265-01**, si è pronunciata stabilendo che, per gli appalti pubblici dello Stato (ovvero degli enti pubblici tenuti per legge all'osservanza dei capitolati generali per le opere statali), ai contraenti deve essere riconosciuta la facoltà con atto unilaterale di declinare la competenza arbitrale per la soluzione delle controversie insorte nell'esecuzione dei lavori, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 16 della legge n. 741 del 1981, sostitutivo dell'art. 47 del capitolato generale di appalto di cui al d.P.R. n. 1063/1962 (Corte cost., n. 152/1996). E ciò in applicazione del consolidato principio secondo il quale il predetto capitolato generale di appalto del 1962 per gli appalti dello Stato (ovvero degli enti pubblici tenuti per legge all'osservanza dei capitolati generali per le opere statali) ha valore normativo e vincolante e si applica, quindi, direttamente e indipendentemente dal richiamo che ne abbiano fatto le parti nel

contratto; in ciò distinguendosi dagli altri appalti pubblici, (Sez. 1, n. 25061/2018, Campanile, Rv. 650906-01). Per questi ultimi, invece, il richiamo operato dalle parti alle norme del capitolato assume la stessa natura e portata negoziale dell'atto giuridico in cui è contenuto, perdendo qualsiasi collegamento con la fonte normativa richiamata e conferendo al capitolato generale un valore negoziale tale da renderla insensibile alle modifiche normative intervenute successivamente alla stipulazione.

## 5. Il subappalto.

Nel corso del 2023 si sono succedute diverse pronunce in tema di subappalto.

La Corte ha affermato che anche in ipotesi di subappalto, la cessione del credito al corrispettivo di appalto è efficace e opponibile alla pubblica amministrazione (committente, debitrice ceduta) *ex art. 115, comma 3, d.P.R. n. 554/1999* ove quest'ultima non la rifiuti con comunicazione da notificarsi al cedente ed al cessionario entro quindici giorni dalla notifica dell'atto di cessione nei suoi confronti. Infatti, tale regola - dettata dalla prospettiva ispirata dall'esigenza di agevolare l'esecuzione dell'appalto di opere pubbliche (attraverso la diretta disposizione di provvista finanziaria a chi concorre ad eseguire i lavori) - esprime un adeguato punto di equilibrio tra quella esigenza di agevolazione, il potere di controllo affidato alla pubblica amministrazione e (da ultimo, ma non per ultimo d'importanza) il minore sacrificio possibile del principio generale della cedibilità del credito senza necessità del consenso del debitore (**Sez. 2, n. 25284/2023, Caponi, Rv. 668875-01**).

Ancora in tema di subappalto, è stato affrontato il problema di stabilire se il contratto di appalto che il concessionario di lavori pubblici, e successivamente di opera pubblica, stipulato con un soggetto diverso – se non provvede direttamente alla costruzione ed alla gestione dell'opera – debba seguire o meno la procedura di evidenza pubblica. Premesso che la scelta del concessionario di bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico va necessariamente effettuata mediante procedura competitiva di evidenza pubblica, in applicazione diretta dei principi di matrice eurocomunitaria del Trattato dell'Unione Europea (come chiarito dal Consiglio di Stato con le sentenze n. 2036/2018 e n. 1747/2011), la S.C. ha affermato che ciò postula, con riferimento all'esecuzione dei lavori e alla gestione di servizi affidate a soggetti terzi, l'esigenza di distinguere fra l'ipotesi in cui le concessioni siano già in essere, e aggiudicate in precedenza senza gara, nel qual caso vi è l'obbligo di indire la procedura di evidenza pubblica per la scelta degli appaltatori, così da garantire la concorrenza,

e la diversa ipotesi in cui, per converso, i concessionari dei lavori non sono amministrazioni aggiudicatrici (in quanto scelti previo esperimento della gara) per gli appalti di lavori affidati a terzi, nel qual caso valgono le disposizioni contenute, rispettivamente, negli artt. 164-178 della parte III e nelle parti I e II del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto applicabile *ratione temporis*, dal che si ricava che tali concessionari possono ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 del Codice degli appalti (**Sez. 1, n. 10701/2023, Caiazzo, Rv. 667500-01**).

# CAPITOLO XXXI

## LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI CECILIA BERNARDO, GUIDO ROMANO, GIULIA STANO)\*

SOMMARIO: 1. Le società in *house providing* nelle pronunce di legittimità. - 2. Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario, giudice contabile e giudice amministrativo. - 3. Conversione del contratto a progetto illegittimo in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. - 4. I patti parasociali sottoscritti da enti pubblici.

### 1. Le società in *house providing* nelle pronunce di legittimità.

A seguito di pronunce di legittimità che, negli scorsi anni, hanno contribuito a individuare i caratteri distintivi della figura e la disciplina applicabile in dialogo costante con le norme eurounitarie così come interpretate dalla CGUE a partire dalle note sentenze Teckal (CGUE, 18 novembre 1999, C - 107/98) e Stadt Halle (CGUE, 11 gennaio 2005, C - 26/03), e tenuto conto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016, modificato dal d.lgs. n. 100 del 2017, contenente il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, che ha riordinato la materia dando luogo a una disciplina organica, nell'anno in rassegna, la S.C. ha emesso decisioni di sicuro rilievo in tema di riparto di giurisdizione e di rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze della società in house.

### 2. Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario, giudice contabile e giudice amministrativo.

Le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 18749/2023, Marotta, Rv. 668213-01**) hanno affermato in argomento che, in tema di società cd. in *house providing*, le procedure seguite per l'assunzione del personale dipendente sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo, in quanto alla scelta del modello privatistico per il perseguimento delle finalità di tali società consegue l'esclusione dell'obbligo di adottare il regime del pubblico concorso per il reclutamento dei dipendenti, trovando, invece, applicazione le regole di cui all'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, che non garantisce il pieno rispetto delle procedure concorsuali ma

---

\* Paragrafi nn. 1 e 4 a cura di Cecilia Bernardo; Paragrafo n. 2 a cura di Giulia Stano; Paragrafo n. 3 a cura di Guido Romano.

prevede un procedimento “intermedio”, che rispetta i principi del concorso pubblico ma non l’intera disciplina da esso imposta.

In tema di risarcimento del danno, le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 11186/2023, Giusti, Rv. 667728-01**) hanno affermato la sussistenza della giurisdizione contabile della Corte dei conti qualora sia prospettato un danno cagionato a una società in house attraverso la condotta di un soggetto che svolga la propria attività per conto di altra società *in house*, partecipata dallo stesso ente pubblico, di cui la prima si sia avvalsa per la realizzazione dei propri scopi, in quanto l’art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, nel prevedere la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, non distingue tra danno diretto e danno “obliquo”, incentrandosi sulla natura giuridica pubblica del soggetto danneggiato, indipendentemente dalla forma privatistica dallo stesso rivestita, nell’ottica della più ampia tutela del pubblico erario. Nel caso di specie, la S.C. - con riferimento a vicenda nella quale una società *in house*, in qualità di stazione appaltante di lavori, aveva commissionato all’appaltatore una fornitura per un importo palesemente eccessivo nonché difforme dalle condizioni di mercato - ha dichiarato sussistente la giurisdizione contabile della Corte dei conti in relazione al danno cagionato a detta società da due dirigenti di società in house incaricate, mediante apposite convenzioni, delle prestazioni di assistenza e supporto nonché della predisposizione del progetto esecutivo propedeutico all’affidamento. In altra pronuncia in materia di risarcimento del danno (**Sez. U, n. 04264/2023, Di Paolantonio, Rv. 667012-01**) le Sezioni Unite hanno invece escluso la giurisdizione contabile, in quanto nell’ipotesi di società di capitali a partecipazione pubblica, prive dei requisiti per essere qualificate in house, la giurisdizione della Corte dei conti sussiste solo qualora sia prospettato un danno arrecato dalla società partecipata al socio pubblico in via diretta, e non quale mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale, o sia contestato al rappresentante del socio pubblico di aver colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione, o, infine, sia configurabile la speciale natura dello statuto legale di alcune società partecipate. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato il difetto di giurisdizione contabile, non essendosi prospettato lo sviamento ad altri fini del capitale pubblico, bensì il pregiudizio economico al patrimonio della società partecipata, che solo indirettamente si ripercuoteva sull’ente pubblico socio, attraverso la diminuzione del valore della quota di partecipazione).

Le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 05569/2023, Carrato, Rv. 666890-01**) hanno poi affermato che, in base all’art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 175 del 2016, appartiene invece alla giurisdizione della Corte dei conti - seppur con le forme

processuali di un giudizio ad istanza di parte in materia di contabilità pubblica (*ex art. 172, comma 1, lett. d*), d.lgs. n. 174 del 2016) - l'azione di risarcimento del danno al patrimonio sociale esperita da una società *in house* nei confronti di un soggetto legato ad essa da un rapporto di servizio. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto attratta alla giurisdizione contabile l'azione di risarcimento proposta dalla Azienda Napoletana Mobilità S.p.A., affidataria della gestione del servizio di trasporto pubblico locale, contro Agenzia delle Entrate-Riscossione per l'inadempimento dell'obbligo di quest'ultima di recuperare un credito, iscritto a ruolo, derivante dal mancato pagamento, da parte di un utente, di un titolo di viaggio e della conseguente sanzione pecuniaria irrogata).

### **3. Conversione del contratto a progetto illegittimo in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.**

In conformità con l'orientamento espresso da Sez. L, n. 13480/2018, De Felice, Rv. 648740-01, la S.C. ha affermato, in tema di società a partecipazione pubblica, che nel caso in cui non sia applicabile *ratione temporis* l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008 - con il quale il legislatore ha esteso alle società *in house* le limitazioni imposte alle pubbliche amministrazioni nelle procedure di reclutamento del personale - è ammissibile la conversione del contratto a progetto illegittimo in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (**Sez. L, n. 06171/2023, Piccone, Rv. 666949-01**).

### **4. I patti parasociali sottoscritti da enti pubblici.**

La S.C. si è occupata, nell'anno in rassegna, anche dei patti parasociali tra soci di una società partecipata e, in particolare, del vizio che afferisce al patto sottoscritto dal Sindaco in mancanza di deliberazione del Consiglio comunale. In particolare, **Sez. 1, n. 15521/2023, Terrusi, Rv. 668293-01**, ha affermato che, in tema di società partecipate da enti pubblici, i patti parasociali, avendo natura di convenzioni negoziali di diritto comune, ove sottoscritti dal Sindaco in mancanza di deliberazione del Consiglio comunale, non sono nulli, ma annullabili, e possono essere convalidati, ai sensi dell'art. 1444 c.c., qualora l'amministrazione, cui spetta in via esclusiva l'azione di annullamento, vi abbia dato volontaria esecuzione, pur conoscendo o dovendo conoscere la causa di invalidità, ovvero ratificati mediante l'adozione di una delibera autorizzativa successiva del Consiglio.



## CAPITOLO XXXII

### LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

(DI FRANCESCO AGNINO)

SOMMARIO: 1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio di opposizione e regole processuali. - 2. Giurisdizione. - 3. Competenza ed incompetenza. - 4. Altri vizi procedurali. - 5. Cumulo materiale e concorso di persone. - 6. Intramissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale. - 7. Prescrizione. - 8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedurali e processuali. - 9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta. - 10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione. - 11. Abuso di informazioni privilegiate - 12. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario. - 13. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada: modalità di accertamento. - 14. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura, requisiti e notificazione. - 15. L'opposizione: il rito, la competenza, l'oggetto e gli effetti. - 16 Le violazioni sanzionate dal codice della strada. - 17. Le altre sanzioni.

#### **1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio di opposizione e regole processuali.**

Nell'ambito processuale la parola opposizione designa, in larga approssimazione, due fattispecie consimili: un'azione d'impugnativa d'un provvedimento autoritativo (il caso di cui ci occupiamo) o un'impugnazione in senso tecnico-giuridico d'un precedente provvedimento del giudice (si pensi, ad esempio, all'opposizione a decreto ingiuntivo o all'opposizione proposta contro il decreto emesso ai sensi dell'art. 28 Statuto dei lavoratori). Nell'un caso come nell'altro, il dato saliente è costituito dal carattere devolutivo dell'opposizione, nel senso che la parte opponente, non essendo costretta da una griglia tassativa di motivi, non incontra limiti di allegazione come in fatto così in diritto. Passando all'ambito di cui ci occupiamo oggi, costituisce *ius receptum* in giurisprudenza, ed affermazione comunemente accolta in dottrina, che l'opposizione *ex lege* 24 novembre 1981, n. 689, esaminata sotto l'aspetto funzionale non mira ad emendare il provvedimento sanzionatorio dei suoi eventuali vizi, per poi restituire il rapporto giuridico sanzionatorio alla medesima P.A., affinché torni ad esercitare il relativo potere in maniera legittima. Al contrario, oggetto dell'opposizione prevista dalla legge n. 689 del 1981 e dalle varie leggi speciali che la richiamano è l'accertamento negativo della pretesa sanzionatoria della P.A., sicché la cognizione del giudice dell'opposizione si estende potenzialmente a tutto il rapporto giuridico sanzionatorio.

Pertanto, la struttura del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, regolato dagli artt. 22 e ss. della l. n. 689 del 1981, ha natura impugnatoria su ricorso e di annullamento di un atto amministrativo, mutuata dal processo

amministrativo, rappresentando una delle rare eccezioni ni ai principi-cardine posti dagli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (Sez. 6-2, n. 18158/2020, Tedesco, Rv. 659212-01).

Detto giudizio riguarda, come ricorda Sez. 6-2, n. 21146/2019, Carrato, Rv. 655278-01, in continuità con l'indirizzo nomofilattico (Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, Rv. 611243-01), il rapporto giuridico sotteso, avente fonte legale in un'obbligazione di tipo sanzionatorio (così già Sez. 2, n. 12503/2018, Carrato, Rv. 648753-01; Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01).

Dal punto di vista strutturale, invece, l'opposizione a sanzione amministrativa si configura in senso prettamente impugnatorio, dovendo essere proposta entro un termine di decadenza. La ragione è semplice. Com'è noto, nel nostro ordinamento l'illecito amministrativo nasce e si struttura nella sua autonomia mediante successive leggi di depenalizzazione di omologhe fattispecie di reato. Nel passaggio dall'ambito penale a quello civile qualcosa si perde e qualcosa si aggiunge. Si perde la formulazione dell'accusa come *thema decidendum* e atto propulsivo del processo, e si sostituisce ad essa la domanda giudiziale dell'opponente, che tra l'altro è l'unica proponibile, non essendo ammissibili né riconvenzionali né domande accessorie. Va da sé che essendo quella dell'opponente l'unica domanda, non può prescindersi dalla relativa *causa petendi*, cioè dai fatti su cui si basa l'opposizione e che, dunque, è onere dell'opponente articolare. Essenzialmente due i corollari di tale carattere impugnatorio. Il primo è dato dall'impossibilità di formulare, con memorie o altri atti comunque definiti e qualificati, motivi aggiunti a quelli inizialmente proposti con l'opposizione<sup>10</sup>, quanto meno ove ciò avvenga decorso il termine d'impugnazione, la cui perentorietà non è eludibile. Di riflesso, benché per effetto dell'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011 a tale opposizione si applichi il rito del lavoro, pare dubbia la possibilità di discriminare le ipotetiche variazioni della domanda ricorrendo alla consueta alternativa tra *mutatio* o *emendatio libelli*, poiché questa presuppone una domanda che non solo sia a schema libero, ma che possa essere proposta (o se del caso riproposta) al di fuori di cogenti limiti temporali. Simmetricamente, neppure l'amministrazione può dedurre, a sostegno della pretesa sanzionatoria, motivi o circostanze diversi da quelli enunciati con l'ordinanza. Il secondo corollario è costituito dall'impossibilità per il giudice di rilevare d'ufficio ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che l'ha preceduto, salve le ipotesi di inesistenza del potere sanzionatorio. Tra queste, vanno annoverate, secondo la giurisprudenza della S.C., le ipotesi di incompetenza assoluta, che ricorre quando l'atto emesso concerne una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'amministrazione alla quale l'organo emittente appartiene;

676

e in generale di carenza assoluta di potere, quando, cioè, non è dato cogliere alcun collegamento tra l'atto e le attribuzioni del soggetto che lo ha emesso.

Al descritto paradigma impugnatorio è annesso un rigido sistema preclusivo (Sez. 2, n. 27909/2018, Picaroni, Rv. 651033-01), valevole per ogni soggetto coinvolto nel giudizio di opposizione, sicché tutte le ragioni poste alla base dell'istanza demolitoria di nullità (o di annullamento) dell'atto (*causae petendi*) devono essere prospettate nel ricorso introduttivo entro i termini di legge.

Neppure il giudice può rilevare d'ufficio, fuori dei limiti dell'oggetto dello stesso giudizio così delimitato, eccezioni relative a vizi o ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che ne ha preceduto l'emanazione distinti da quelli dedotti dal ricorrente, salvo che essi incidano sull'esistenza dell'atto impugnato. Rientra in quest'ultima eccezione, l'illegittimità del provvedimento opposto per violazione del principio di legalità di cui all'art. 1 della l. n. 689 del 1981, che è rilevabile d'ufficio, trattandosi di principio-cardine dell'intero sistema normativo di settore ed ha valore ed efficacia assoluti, essendo direttamente riferibile alla tutela di valori costituzionalmente garantiti (artt. 23 e 25 Cost.), sicché la sua attuazione non può rimanere, sul piano giudiziario, affidata alla mera iniziativa dell'interessato, ma deve essere garantita dall'esercizio della funzione giurisdizionale (Sez. 2, n. 04962/2020, Varrone, Rv. 657117-01).

Non sono mancati arresti che hanno precisato che in tema di sanzioni amministrative, l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione non configura un'impugnazione dell'atto, ed introduce, piuttosto, un ordinario giudizio sul fondamento della pretesa dell'autorità amministrativa, devolvendo al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della stessa, con l'ulteriore conseguenza che, in virtù della l. 24 novembre 1981, n. 689, art. 23 (applicabile "ratione temporis"), il giudice ha il potere-dovere di esaminare l'intero rapporto, con cognizione non limitata alla verifica della legittimità formale del provvedimento, ma estesa - nell'ambito delle deduzioni delle parti - all'esame completo nel merito della fondatezza dell'ingiunzione (Sez. 2, n. 14861/2022, Abete, non massimata).

Sez. U, n. 20263/2022, Perrino, non massimata, ha delineato i poteri esercitabili dal giudice nel procedimento di opposizione avverso un'ordinanza-ingiunzione irrogativa di sanzione pecuniaria, disciplinato dalla l. n. 689 del 1981, riconoscendo al giudice ordinario la competenza giurisdizionale a tutela del diritto soggettivo dell'opponente di non essere sottoposto al pagamento di somme all'infuori dei casi espressamente previsti, in ciò eventualmente restando ricompreso anche il potere di sindacare incidentalmente, ai fini della

disapplicazione, gli atti amministrativi che costituiscono presupposto di quell'ordinanza. Pertanto, la cognizione del giudice ordinario si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono pertanto su posizioni di diritto soggettivo del destinatario.

Come precisato da Sez. U, n. 02145/2021, Doronzo, Rv. 660222-01, nel regime introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, le controversie, regolate dal processo del lavoro, di opposizione ad ordinanza ingiunzione che abbiano ad oggetto violazioni concernenti le disposizioni in materia antinfortunistica, di tutela e di igiene sui luoghi di lavoro nonché di previdenza ed assistenza obbligatoria, diverse da quelle consistenti nell'omissione totale o parziale di contributi o da cui deriva un'omissione contributiva, non rientrano tra quelle indicate dagli artt. 409 e 442 c.p.c. per le quali l'art. 3 della l. n. 742 del 1969 dispone l'inapplicabilità della sospensione dei termini in periodo feriale; ne consegue che, ai fini della tempestività dell'impugnazione, avverso la sentenza resa in tema di opposizione a ordinanza ingiuntiva del pagamento di una sanzione amministrativa per violazioni inerenti al rapporto di lavoro o al rapporto previdenziale, deve tenersi conto di detta sospensione.

Quanto al termine per la produzione degli atti e documenti, nel giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione la produzione di documenti da parte dell'Autorità opposta può intervenire anche nel corso del giudizio, in assenza di un termine espressamente definito come perentorio dall'ordinamento, e ciò indipendentemente dalla costituzione della predetta autorità o dalla comparizione della medesima (Sez. 6, n. 07715/2022, Oliva, Rv. 664191-01).

Peraltro, ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno delle cause di esclusione della responsabilità, previste dall'art. 4 della l. n. 689 del 1981, occorre, in mancanza di ulteriori precisazioni, fare riferimento alle disposizioni che disciplinano i medesimi istituti nel diritto penale e segnatamente, per quanto concerne lo stato di necessità, all'art. 54 c.p.

Con particolare riferimento allo stato di necessità, occorre dimostrare che la condotta sia necessitata dall'imminente (ancorché supposto per errore di fatto) pericolo per la vita o l'integrità fisica della persona oggetto del salvataggio: ove tale prova non sia raggiunta, secondo l'apprezzamento di merito del giudice, non censurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, non potrà essere riconosciuta l'esimente.

A tale riguardo, Sez. 2, n. 22020/2022, Criscuolo, non massimata, ha precisato che qualora sia invocato uno stato di necessità di carattere medico-sanitario la situazione di pericolo deve avere un carattere di indilazionabilità e

cogenza tale da non lasciare all'agente alternativa diversa dalla violazione della legge; ciò perché la moderna organizzazione sociale, venendo incontro, con i mezzi più disparati a coloro che possono trovarsi in pericolo di vita, per il non soddisfacimento dei predetti bisogni, ha modo di evitare il possibile, irreparabile danno alla persona.

Strettamente connesso a quanto sinora riferito è il principio affermato da **Sez. 2, n. 24299/2023, Papa, Rv. 668913-01**: in tema di sanzioni amministrative, l'amministrato, che abbia agito con la consapevolezza di aver integrato la fattispecie vietata, non può invocare un affidamento incolpevole, fondato su una presunta tacita tendenza dell'Autorità a non punire una determinata condotta, poiché l'errore sull'illiceità del fatto, ravvisabile in atti o circostanze tali da ingenerare una certa convinzione sul significato della norma, non può rinvenirsi nella supposta tolleranza dell'Autorità, essendo irrilevante la convinzione di poter rimanere impuniti (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva ritenuto irrilevante che la Provincia non avesse mai sanzionato, in precedenza, il superamento dei limiti di scarico delle acque reflue urbane provenienti dal depuratore gestito dalla ricorrente).

Nella stessa direzione **Sez. 2, n. 24386/2023, Papa, Rv. 668804-02**, ha stabilito che in tema di sanzioni amministrative, l'art. 3 della l. n. 689 del 1981 pone una presunzione di colpa a carico dell'autore del fatto vietato, riservando a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa, senza che rilevi l'eventuale affidamento incolpevole fondato su una presunta tacita tendenza dell'Autorità a non punire una determinata condotta o a punirla con una sanzione più lieve.

Quanto alla notifica degli atti, **Sez. 5, n. 25315/2022, De Rosa, Rv. 665572-01**, ha precisato che, in tema di notificazioni di atti processuali, posto che nel quadro giuridico novellato dalla direttiva n. 2008/6/CE del Parlamento e del Consiglio del 20 febbraio 2008 è prevista la possibilità per tutti gli operatori postali di notificare atti giudiziari, a meno che lo Stato non evidenzi e dimostri la giustificazione oggettiva ostativa, è nulla e non inesistente la notificazione di atto giudiziario eseguita dall'operatore di posta privata senza relativo titolo abilitativo nel periodo intercorrente fra l'entrata in vigore della suddetta direttiva ed il regime introdotto dalla l. 4 agosto 2017, n. 124. Sempre in tema di notifica, **Sez. 2, n. 33765/2022, Giannaccari, Rv. 666141-01**, ha statuito che in tema di sanzioni amministrative, l'ordinanza ingiunzione emessa dall'ENAC nei confronti di impresa aerea con sede in uno Stato membro dell'UE è espressione dell'esercizio di un potere autoritativo, pertanto la relativa notifica non deve avvenire ai sensi del regolamento UE n. 1393 del 2007 (essendo escluso dal suo ambito di applicazione la materia fiscale, doganale e amministrativa), né della

Convenzione dell'Aja del 1965 (siccome dettata per la notificazione o comunicazione di atti giudiziari in materia civile e commerciale e non anche per gli atti amministrativi), ma ai sensi dell'art. 142 c.p.c. e, dunque, alla stregua della legge consolare *ex* d.lgs. n. 71 del 2011, in virtù della quale operano le modalità descritte dalla Convenzione di Strasburgo del 24 novembre 1977, ratificata in Italia con l. n. 149 del 1983, quando il destinatario risieda in Stato che l'abbia ratificata, oppure, in caso contrario, mediante spedizione diretta con raccomandata con ricevuta di ritorno o, infine, tramite Ambasciata o Consolato. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la notifica dell'ordinanza ingiunzione alla compagnia Ryan Air potesse essere eseguita, alla stregua della legge consolare, mediante invio diretto a mezzo posta, in quanto l'Irlanda pur non avendo ratificato la Convenzione di Strasburgo del 24 novembre 1977, ammetteva tale forma di notifica).

Si è così affermato che a notificazione a mezzo posta della cartella esattoriale da parte del concessionario della riscossione (ora ADER) eseguita mediante raccomandata con avviso di ricevimento, ai sensi dell'art. 26 del d.P.R. n. 602 del 1973, si perfeziona, secondo la disciplina degli artt. 32 e 39 del D.M. 9 aprile 2001, con la consegna del plico al domicilio del destinatario, senz'altro adempimento ad opera dell'ufficiale postale se non quello di curare che la persona, individuata come legittimata alla ricezione, apponga la sua firma sul registro di consegna della corrispondenza, oltre che sull'avviso di ricevimento da restituire al mittente. Ne consegue che, qualora nell'avviso di ricevimento manchino le generalità della persona cui l'atto è stato consegnato (adempimento non previsto da alcuna norma) e la relativa sottoscrizione non risulti intellegibile, l'avviso di ricevimento, in quanto atto pubblico, è assistito dall'efficacia probatoria di cui all'art. 2700 c.c. avuto riguardo alla relazione tra la persona cui esso è destinato e quella cui è consegnato, oggetto del preliminare accertamento di competenza dell'ufficiale postale (**Sez. 1, n. 01686/2023, Vella, Rv. 666661-01**).

Per **Sez. 2, n. 14281/2023, Mocci, Rv. 667959-01**, nel procedimento di opposizione ad ordinanza-ingiunzione dinanzi al giudice di pace, è ammissibile l'uso della PEC per l'invio degli atti relativi alla costituzione della P.A., trattandosi di una delle ipotesi speciali (insieme al giudizio di cassazione ed a quello tributario) in deroga al principio generale che considera irrituale, in quanto non previsto dalla legge, il deposito dell'atto non effettuato di persona.

Sez. 6-3, n. 28509/2022, Rossetti, Rv. 665956-01, ha evidenziato che l'impugnazione del preavviso di fermo amministrativo introduce un ordinario giudizio di accertamento negativo del credito, e non un'opposizione

all'esecuzione, con la conseguenza che il giudizio è soggetto alla sospensione feriale dei termini processuali.

Per **Sez. 2, n. 27863/2023, Bertuzzi, Rv.668994-01**, in tema di sanzioni amministrative, il provvedimento di carattere generale posto a fondamento dell'ordinanza ingiunzione basato esclusivamente su un accertamento tecnico scientifico, trae le sue condizioni di legittimità dalla correttezza ed esattezza delle conclusioni tecniche presupposte, con conseguente possibilità per il giudice di disapplicarlo, laddove risulti la fallacia o incompletezza dell'accertamento. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva riconosciuto al parere reso dal Consiglio Superiore di Sanità, secondo cui il superamento di 5 ppb nelle urine dei bovini è indice di trattamento farmacologico, efficacia vincolante, solo per essere stato fatto proprio in un provvedimento amministrativo generale, escludendone, di conseguenza, la possibilità di disapplicazione, senza tener conto dell'assenza di univocità di tali conclusioni).

Quanto ai poteri decisorii del giudice, per **Sez. 1, n. 27189/2023, Terrusi, Rv. 668871-03**, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle norme relative ai dati personali, il coordinamento tra gli artt. 6 e 10 del d.lgs. n. 150 del 2011, applicabile alla specie in ragione dell'implicito richiamo contenuto nell'art. 166 del d.lgs. n. 196 del 2003, comporta che al procedimento di opposizione si applichi il comma 12 del predetto art. 6, con la conseguenza che, anche in materia di dati personali, il giudice, nell'accogliere l'opposizione, può annullare in tutto o in parte il provvedimento o modificarlo anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta, la quale è determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo edittale.

In tema di opposizione a sanzione amministrativa, l'appello avverso la sentenza di primo grado è soggetto al rito del lavoro ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, sicché l'appellante deve notificare, nel termine di 10 giorni dal decreto di fissazione dell'udienza, ricorso e decreto all'appellato, pena l'improcedibilità dell'appello. A tal fine è irrilevante che il decreto di fissazione dell'udienza contenga l'ordine di notifica alla cancelleria (**Sez. 2, n. 08341/2023, Bertuzzi, Rv. 667310-01**).

In tema di sanzioni amministrative, la competenza territoriale dell'autorità amministrativa cui spetta l'emissione del provvedimento sanzionatorio si determina in base al luogo in cui è stata commessa la violazione, intendendosi con tale espressione il luogo nel quale quest'ultima è stata accertata. In caso di infrazioni durevoli nel tempo e/o ambulatorie nello spazio, ai fini del radicamento della competenza, è sufficiente che almeno una frazione temporale

e/o almeno una porzione spaziale di esse sia occorsa nel luogo dell'accertamento (**Sez. 2, n. 24391/2023, Caponi, Rv. 668806-01**).

Infine, a seguito della soppressione delle Direzioni territoriali del lavoro - disposta dal d.lgs. n. 149 del 2015 e da successivi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri - con effetto dal 1° gennaio 2017, la legittimazione processuale relativa ai rapporti giuridici, concernenti le sanzioni amministrative già irrogate, pendenti alla menzionata data spetta alle sedi dell'Ispettorato territoriale del lavoro, succedute, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., alle predette Direzioni territoriali, in virtù del citato d.lgs. (**Sez. L, n. 12269/2023, Amendola, Rv. 667626-01**, in applicazione del suddetto principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva dichiarato inammissibile l'appello proposto dalla sede territoriale dell'Ispettorato nazionale del lavoro, avverso la pronuncia di accoglimento dell'opposizione ad ordinanza ingiunzione emessa dalla Direzione territoriale del lavoro, sul presupposto che la legittimazione processuale spettasse al Ministero del lavoro).

## **2. Giurisdizione.**

In tema di opposizione a sanzioni amministrative per escavazione abusiva che, ai sensi dell'art. 29 della legge reg. Sicilia n. 127 del 1980, la quale richiama "le procedure della l. 24 novembre 1981, n. 689, e successive modifiche e integrazioni", sono irrogate ai "soggetti resisi responsabili delle trasgressioni di cui al presente articolo", per cui si discute unicamente di provvedimenti sanzionatori emessi dalla P.A. come reazione a comportamenti del privato assunti come illegittimi, incidenti su posizioni soggettive aventi natura di diritto (nel caso delle pene pecuniarie, l'interesse soggettivo all'integrità della propria sfera patrimoniale), Sez. U, n. 08187/2022, De Masi, Rv. 664218-01, ha ritenuto sussistente la giurisdizione del G.O. In particolare, il giudice della nomofilachia ha osservato che la sanzione, a ben vedere, assolve un ruolo meramente punitivo, solo indirettamente preordinato alla tutela degli interessi pubblici rientranti all'area funzionale (uso e governo del territorio) sussidiata dalla sanzione, e si risolve nella compressione della sfera di libertà del cittadino: tanto vale anche per le sanzioni amministrative accessorie (l'esclusione per un periodo di dieci anni dal diritto al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività di cava, previsto dall'art. 29 della legge reg. Sicilia n. 127 del 1980), che l'autorità amministrativa applica con l'ordinanza ingiunzione, "quando esse consistono nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione" (art. 20 della l. n. 689 del 1981).

La controversia avente ad oggetto l'impugnazione di cartella per il pagamento di sanzioni pecuniarie amministrative, irrogate dall'Amministrazione finanziaria per fatti integranti, al momento della commissione, la fattispecie penale di contrabbando (poi depenalizzata) e la violazione tributaria di sottrazione di merci ai diritti di confine, rientra nella giurisdizione del giudice tributario, avendo fondamento in un rapporto di natura tributaria (**Sez. T, n. 25161/2023, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 668838-01**).

In tema di sanzioni amministrative, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario l'impugnazione del provvedimento di archiviazione emesso dal prefetto, ai sensi dell'art. 203 cod. strada, proposta dall'ente beneficiario delle somme che, in caso di emissione dell'ordinanza-ingiunzione, avrebbe dovuto corrispondere il soggetto sanzionato (**Sez. U, n. 20619/2023, Criscuolo, Rv. 668223-01**).

Infine, Rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva devoluta al giudice amministrativo sulle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del c.p.a., l'impugnazione della revoca autoritativa dell'accordo successivo al provvedimento, in quanto tra gli accordi previsti dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990 sono compresi non solo quelli che precedono il provvedimento di cui prefigurano il contenuto, ma anche quelli che lo seguono cronologicamente, purché il provvedimento rinvii espressamente all'accordo per la determinazione del suo contenuto (**Sez. U, n. 07055/2023, Scarpa, Rv. 667192-01**, nella specie, il Consiglio di Stato aveva rigettato la domanda volta all'annullamento di una delibera di decadenza dall'accordo sostitutivo - con il quale era stata rimodulata al ribasso una sanzione amministrativa - ritenuta estesa all'ordinanza ingiunzione emessa antecedentemente all'accordo stesso e facente parte integrante di quest'ultimo; la S.C., nel rigettare il ricorso, non ha ravvisato il denunciato vizio di eccesso di potere giurisdizionale per esser stata asseritamente valutata la invalidità derivata della predetta ordinanza ingiunzione, sul rilievo che, nel caso, la decisione del giudice amministrativo non avesse ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del modulo procedimentale attinente alla convenzione determinativa del contenuto del provvedimento, esaurendosi nella conferma del provvedimento impugnato, senza sostituirsi ad esso).

### 3. Competenza ed incompetenza.

Con riguardo alla competenza per territorio, Sez. 6-2, n. 08030/2022, Grasso, non massimata, ha chiarito che la competenza inderogabile si radica in

capo al giudice del circondario nel quale risulta essere stata accertata l'infrazione al codice della strada. Tale principio che evoca, all'evidenza, il rapporto col territorio nel quale l'infrazione è stata commessa (il che, di norma, corrisponde con il luogo di elevazione del verbale), deve essere puntualizzato: nel caso in cui si abbia scissione dei due momenti, perché l'infrazione perpetrata in un certo luogo viene rilevata da un'autorità sita altrove, impone attribuirsi la competenza al giudice del *locus commissi delicti*; l'opposta soluzione, infatti, per un verso lederebbe la natura inderogabile e funzionale del discrimine sulla competenza, che cadrebbe, così, nella soggettiva disponibilità dell'amministrazione sanzionante e, per altro verso, darebbe vita a un'artificiosa competenza di un giudice estraneo alla prossimità.

Sempre in tema di competenza per territorio, spetta al giudice di pace del luogo di accertamento delle infrazioni la competenza - per materia e per territorio - in ordine alle controversie riguardanti le contestazioni di pretese avanzate a titolo di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada, sia se formulate ai sensi dell'art. 615 c.p.c., sia se volte a contrastare, con azione di accertamento negativo, l'iscrizione ipotecaria *ex art. 77 d.P.R. n. 602 del 1973*; in base al combinato disposto degli artt. 618-*bis* e 444, comma 3, c.p.c., la competenza relativa alle contestazioni di crediti previdenziali, derivanti da avviso di addebito ed oggetto di iscrizione ipotecaria, spetta, invece, al tribunale - in funzione di giudice del lavoro - del luogo dove ha sede l'ufficio preposto ad esaminare le posizioni assicurative e previdenziali (**Sez. 3, n. 14328/2023, Tatangelo, Rv. 667860-02**).

In tema di competenza per materia, in fattispecie relativa a sanzioni elevate per violazione degli artt. 3 e 16 del d.lgs. n. 109 del 1992 relative all'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, Sez. 6-2, n. 05242/2018, Orilia, Rv. 648217-01, ha riconosciuto la competenza del giudice di pace, avuto riguardo alla disciplina commerciale finalizzata ad assicurare la correttezza e la completezza delle indicazioni riportate dai produttori e, con esse, a tutelare l'affidamento dei consumatori, escludendo, quindi, la riconducibilità della materia all'igiene degli alimenti e bevande, riservata *ex art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011* alla competenza del tribunale.

In tema di sanzioni amministrative e nel caso di opposizione ad ordinanza ingiunzione, ai sensi dell'art. 22-*bis*, comma secondo, della legge n. 689 del 1981, sussiste la competenza del tribunale in ipotesi di violazioni concernenti disposizioni in materia di tutela dell'ambiente dall'inquinamento, della flora, della fauna e delle aree protette. Ad esse è riconducibile la violazione di cui all'art. 31, comma 1, lett. i), legge n. 157 del 1992 che, nel dettare norme per la protezione della fauna selvatica e per il prelievo veterinario, prevede una

sanzione amministrativa per chi eserciti la caccia e non esegua le annotazioni sul tesserino regionale, prescritte proprio al fine di meglio disciplinare e regolamentare l'esercizio dell'attività venatoria (**Sez. 2, n. 23583/2023, Tedesco, Rv. 668407-01**).

Mentre, in tema di violazione del codice della strada, in caso di infrazione connessa ad un procedimento penale pendente al tempo dell'elevazione del verbale di contestazione, ove la predetta infrazione costituisca l'antecedente logico per l'esistenza del reato, è competente ad irrogare la sanzione amministrativa il giudice penale, in forza degli artt. 24 della l. n. 689 del 1981 e 221 del codice della strada (**Sez. 2, n. 05846/2023, Carrato, Rv. 667009-01**, nella specie, la S.C. ha cassato la decisione che aveva riconosciuto l'autorità amministrativa competente ad irrogare la sanzione amministrativa nonostante che, al tempo dell'elevazione del verbale di contestazione, fosse ancora pendente il procedimento penale a carico dell'autore dell'infrazione, essendo stata proposta opposizione all'archiviazione).

Relativamente, poi, alla competenza per valore, un principio di portata generale resta quello espresso da Sez. 6-3, n. 20191/2018, Cirillo F.M., Rv. 650293-01, secondo cui - come già affermato in passato - ai fini dell'attribuzione al giudice di pace delle opposizioni alle sanzioni amministrative pecuniarie di valore fino ad euro 15.493,00 ai sensi dell'art. 6, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 150 del 2011, occorre avere riguardo al massimo edittale della sanzione prevista per ciascuna violazione, non rilevando che il provvedimento sanzionatorio abbia ad oggetto una pluralità di contestazioni e che, per effetto della sommatoria dei relativi importi, venga superato il suddetto limite di valore.

Sul fronte patologico del vizio di incompetenza, la sedimentata giurisprudenza di legittimità in tema di opposizione a sanzioni amministrative - compendiata da ultimo da Sez. 6-2, n. 17569/2021, Fortunato, Rv. 661487-01 (conf. Sez. 2, n. 28108/2018, Picaroni, Rv. 651188-01) - ravvisa l'incompetenza assoluta dell'Amministrazione, con conseguente inesistenza del provvedimento sanzionatorio, quando l'atto emesso concerne una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'Amministrazione cui l'organo emittente appartiene, mentre si ha incompetenza relativa nel rapporto interno tra organi od enti nelle attribuzioni dei quali rientra, sia pure a fini ed in casi diversi, una determinata materia; soltanto il primo vizio è rilevabile d'ufficio mentre il secondo deve essere dedotto dalla parte esclusivamente con l'atto di opposizione.

Sul correlato fronte giurisdizionale, Sez. 2, n. 15043/2020, Oliva, Rv. 658119-01, specifica che nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa

il giudice è tenuto a rilevare *ex officio* solo l'incompetenza assoluta dell'autorità amministrativa che abbia emesso, senza averne alcun potere, l'ordinanza-ingiuntiva opposta, poiché solo in tal caso difetta in radice il potere sanzionatorio in concreto esercitato dall'autorità predetta e l'incompetenza si risolve nel difetto di uno degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria. In ogni altro caso di incompetenza, spetta, invece, alla parte sollevare la relativa eccezione nel ricorso introduttivo, unitamente alle ragioni poste alla base dello stesso, e fornirne la dimostrazione puntuale, in ottemperanza ai normali criteri di ripartizione dell'onere della prova, poiché il vizio non attiene alla titolarità in astratto del potere sanzionatorio, ma soltanto al suo corretto esercizio in concreto.

#### **4. Altri vizi procedurali e procedimentali.**

Quanto agli altri possibili vizi dell'ordinanza-ingiunzione, va premesso che il procedimento preordinato all'irrogazione delle sanzioni amministrative sfugge all'ambito applicativo della l. n. 241 del 1990 perché, per la sua natura sanzionatoria, è compiutamente retto dai principi autonomamente sanciti dalla l. n. 689 del 1981 e dal d.P.R. n. 495 del 1992, che non prescrivono, quanto al contenuto del verbale di accertamento, la necessità di indicare il nominativo del responsabile del procedimento ovvero l'autorità territorialmente competente a conoscere dell'impugnativa (Sez. 6-2, n. 17088/2019, Falaschi, Rv. 654616-01). Pertanto - come rammenta Sez. 2, n. 01740/2020, Criscuolo, Rv. 656852-01 - l'omessa o erronea indicazione, nell'ordinanza-ingiunzione (o, in sua mancanza, nella cartella di pagamento), del termine per proporre l'opposizione e dell'autorità competente a decidere sulla stessa, ai sensi dell'art. 3, comma 4, della l. n. 241 del 1990, non determinano, *ex se*, invalidità dell'atto ma, possono, al più, dar luogo ad errore scusabile, impedendo la decadenza dal diritto di proporre opposizione, qualora tali indicazioni mancanti o sbagliate non consentano l'adeguata identificazione dell'Autorità a cui ricorrere e la conoscenza dei termini relativi.

Tale conclusione muove dalla premessa che nei procedimenti per la irrogazione di sanzioni amministrative, disciplinati dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, non trovano applicazione le disposizioni sulla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 7 e 8 le quali configurano una normativa generale su cui prevale la legge speciale, in quanto idonea ad assicurare garanzie di partecipazione non inferiori al "minimum" prescritto dall'anzidetta normativa generale (Sez. 2, n. 14862/2022, Abate, non massimata).

Sez. 6-2, n. 15828/2022, Dongiacomo, non massimata, ha rilevato che, in tema di sanzioni amministrative, l'autore dell'illecito ha il diritto di pagare in misura ridotta, con effetto estintivo dell'obbligazione, entro il termine di sessanta giorni (decorrente, dall'art. 16 della l. n. 689 del 1981 dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione) senza che operi, in via generale, la necessità di un avviso espresso in tal senso da parte dell'amministrazione secondo la previsione di cui all'art. 3, ultimo comma, della l. n. 241 del 1990, (la quale riguarda la diversa ipotesi dell'indicazione al destinatario del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere contro il provvedimento amministrativo), con la conseguenza che non determina lesione del diritto dell'interessato di definire immediatamente il procedimento sanzionatorio il mancato avviso della facoltà di pagare in misura ridotta, in quanto l'onere di effettuare il tempestivo pagamento in misura ridotta permane anche in caso di mancato avviso e di mancata indicazione delle modalità del pagamento.

Sez. 2, n. 26959/2022, Dongiacomo, Rv. 665841-01, ha ribadito che in tema di sanzioni amministrative conseguenti al superamento dei limiti di velocità accertato mediante autovelox, la mancata indicazione degli estremi del decreto prefettizio nella contestazione differita integra, un vizio di motivazione del provvedimento sanzionatorio che pregiudica il diritto di difesa e non è rimediabile nella fase eventuale di opposizione, potendo essere desumibili le ragioni che hanno reso impossibile la contestazione immediata solo dal detto decreto, cui è rimesso, ma solo se si tratta di strade diverse dalle autostrade o dalle strade extraurbane principali, individuare, a norma dell'art. 4, commi 1 (in fine) e 2 della l. n. 168 del 2002, i tratti ove questa è ammissibile; principio non applicabile se si tratta di "autostrade o strade extraurbane principali, di cui al comma 1, ovvero singoli tratti di esse", dal momento che i "motivi che hanno reso impossibile la contestazione immediata" sono direttamente evincibili dalle disposizioni di legge che li reputano in via generale sussistenti in base alle caratteristiche della circolazione.

Sempre in tema di circolazione stradale, Sez. 2, n. 28719/2022, Falaschi, non massimata, ha precisato che nel caso di rilevamento di velocità di veicoli a mezzo apparecchiature noleggiate, il contratto intercorso tra il Comune e la società di noleggio non si inserisce nella sequenza procedimentale che sfocia nella rilevazione dell'infrazione rilevata e contestata all'utente della strada e non condiziona la sussistenza della violazione accertata tramite tali apparecchi di rilevazione.

In caso di multa per eccesso di velocità mediante autovelox, il verbale di contravvenzione non deve riportare gli estremi del certificato relativo alla taratura periodica dell'apparecchio. Tale indicazione non è funzionale alla prova dell'effettuazione della taratura stessa, che, invece, va fornita dall'amministrazione mediante la produzione delle relative certificazioni.

In tema di sanzioni amministrative irrogate a seguito di accertamento della violazione dei limiti di velocità mediante autovelox, le apparecchiature di misurazione della velocità devono essere periodicamente tarate e verificate, indipendentemente dal fatto che funzionino automaticamente o alla presenza di operatori ovvero, ancora, tramite sistemi di autodiagnosi; in presenza di contestazione da parte del soggetto sanzionato, peraltro, spetta all'Amministrazione la prova positiva dell'iniziale omologazione e della periodica taratura dello strumento (Sez. 6-2, n. 21327/2022, Dongiacomo, non massimata). Tuttavia, la prova dell'esecuzione delle verifiche non è ricavabile dal verbale di contravvenzione, il quale non riveste fede privilegiata - e quindi non fa fede fino a querela di falso - in ordine all'attestazione, frutto di mera percezione sensoriale, degli agenti circa il corretto funzionamento dell'apparecchiatura.

L'effettuazione dei controlli dev'essere, dunque, dimostrata con apposite certificazioni e non può essere provata con altri mezzi. Non è, invece, necessario che il verbale di contestazione contenga una specifica menzione, indicandone gli estremi, del certificato di taratura periodica (nella specie, il giudice di merito, correttamente, aveva accertato che l'apparecchiatura era stata sottoposta alle verifiche periodiche di taratura e funzionalità pochi mesi prima dell'accertamento della violazione contestata all'opponente).

L'obbligo, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 45, comma 6, del d.lgs. n. 285 del 1992 (Corte cost. n. 113 del 2015), di sottoporre tutte le apparecchiature di misurazione della velocità a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura, opera anche per il sistema di rilevazione della velocità "SICVE-Tutor".

In caso di contestazioni circa l'affidabilità dell'apparecchio, spetta all'Amministrazione fornire la prova positiva dell'iniziale omologazione e della successiva periodica taratura dello strumento, producendo sia le certificazioni di omologazione e conformità sia le certificazioni di taratura periodica, non potendosi fondare la prova dell'esecuzione delle verifiche sulla funzionalità ed affidabilità dell'apparecchio sulla mera attestazione contenuta nel verbale di contravvenzione, non rivestendo quest'ultimo fede privilegiata (**Sez. 2, n. 06579/2023, Rolfi, Rv. 667010-01**).

Inoltre, quando l'opponente ad ordinanza-ingiunzione di pagamento di somme a titolo di sanzione amministrativa, che ne deduca l'illegittimità per insussistenza della delega di firma in capo al funzionario che, in sostituzione del prefetto o del vice-prefetto vicario, abbia emesso il provvedimento, è onerato della prova della carenza di delega, sicché, ove non riesca a procurarsi la relativa attestazione da parte dell'Amministrazione, è tenuto a sollecitare il giudice ad acquisire informazioni *ex art.* 213 c.p.c., o ad avvalersi dei poteri istruttori di cui all'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 150 del 2011 (Sez. 2, n. 24012/2022, Carrato, Rv. 665550-01). Se invece l'opponente non si sia attivato in tal senso, il giudice non è tenuto ad accertare d'ufficio la legittimità del provvedimento sanzionatorio: il potere di assumere informazioni ai sensi dell'art. 213 c.p.c., non può essere esercitato per acquisire atti o documenti che la parte è in condizioni di produrre, inclusi quelli relativi al procedimento sanzionatorio. Qualora l'ordinanza sia stata redatta con sistemi meccanizzati, la sottoscrizione è sostituita dall'indicazione di cui alla l. n. 39 del 1993, art. 3, comma 2, secondo cui "nell'ambito delle pubbliche amministrazioni l'immissione, la riproduzione su qualunque supporto e la trasmissione di dati, informazioni e documenti mediante sistemi informatici o telematici, nonché l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnati dall'indicazione della fonte e del responsabile dell'immissione, riproduzione, trasmissione o emanazione. Inoltre, qualora per la validità degli atti adottati sia prevista l'apposizione di firma autografa, quest'ultima è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile". Pertanto, ove l'ordinanza risulti essere redatta con sistema meccanizzato, è sufficiente per la validità del provvedimento l'indicazione a stampa del nominativo del funzionario quale formalità sostitutiva della sottoscrizione.

Sez. 2, n. 03696/2022, Oliva, non massimata, ha statuito che l'identificazione del trasgressore non è un requisito di legittimità dell'ordinanza - ingiunzione emessa nei confronti dell'obbligato solidale, ancorché necessaria ai fini dell'eventuale esperimento dell'azione di regresso della l. n. 689 del 1981, *ex art.* 6, ovvero ai fini della prova dell'illecito o dei presupposti della solidarietà o ancora della valutazione della motivazione del provvedimento sanzionatorio nel giudizio di opposizione. In funzione dell'autonomia della posizione dell'obbligato solidale, rispetto a quella del trasgressore, l'amministrazione conserva quindi la possibilità di agire nei confronti di uno soltanto di detti soggetti, e non inevitabilmente nei confronti di entrambi.

In tema di sanzioni amministrative in materia di previdenza e lavoro, la mancata indicazione, nel verbale di accertamento, delle fonti di prova degli illeciti costituisce un vizio formale che rileva solo ove impedisca una adeguata tutela difensiva (**Sez. L, n. 26050/2023, Di Paola, Rv. 668789-02**, in applicazione del suddetto principio, la S.C. ha confermato sul punto la sentenza impugnata che aveva escluso essersi verificata, nel caso, alcuna lesione del diritto di difesa, avendo il trasgressore proposto opposizione all'ordinanza ingiunzione senza evidenziare, in concreto, il pregiudizio al medesimo derivato dalla mancata indicazione delle fonti di prova).

Da tale premessa, sempre **Sez. L, n. 26050/2023, Di Paola, Rv. 668789-01**, ritiene che in tema di sanzioni amministrative in materia di previdenza e lavoro, il vizio procedimentale integrato dalla mancata consegna, al momento dell'accertamento ispettivo, del verbale di primo accesso assume rilevanza, in sede di opposizione ad ordinanza ingiunzione, solo ove abbia determinato una lesione effettiva del diritto di difesa e la predetta lesione sia stata allegata.

### **5. Cumulo materiale e concorso di persone.**

L'istituto del cumulo giuridico tra sanzioni è applicabile alla sola ipotesi di concorso formale (omogeneo o eterogeneo) tra le violazioni contestate - nei soli casi, quindi, di violazioni plurime commesse con un'unica azione od omissione - non essendo per converso invocabile in caso di concorso materiale (violazioni commesse con più azioni od omissioni), ed è inoltre esclusa la possibilità di invocare l'art. 81 c.p., in tema di continuazione tra reati, sia perché l'art. 8 della l. n. 689 del 1981 prevede espressamente tale possibilità soltanto per le violazioni in materia di previdenza e assistenza, sia perché la differenza morfologica tra illecito penale ed illecito amministrativo non consente che, attraverso un procedimento di integrazione analogica, le norme di favore previste in materia penale vengano "tout court" estese alla materia degli illeciti amministrativi (**Sez. 6, n. 07704/2022, Fortunato, non massimata**).

Si è precisato che in tema di sanzioni amministrative, allorché siano poste in essere più condotte realizzatrici della medesima violazione, l'unificazione ai fini della applicazione della sanzione, con applicazione del cumulo giuridico, presuppone l'unicità dell'azione od omissione produttiva della pluralità di violazioni, non operando nel caso di condotte distinte, sebbene collegate sul piano della identità di una stessa intenzione plurioffensiva, né è applicabile in via analogica l'istituto della continuazione di cui all'art. 81, comma 2, c.p., applicabile solo per le violazioni in materia di previdenza ed assistenza tenuto

conto, altresì, delle differenze tra reato ed illecito amministrativo (Sez. 2, n. 20129/2022, Fortunato, Rv. 665011-01).

In relazione all'illecito amministrativo di gestione di allevamenti di equini in mancanza della prescritta autorizzazione, della violazione risponde l'imprenditore che, nella disciplina specifica, si identifica con il titolare dell'azienda e, quindi, nel caso in cui l'attività sia esercitata in forma societaria, con il legale rappresentante dell'ente, ferma restando - ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981 - la responsabilità solidale della società.

In ogni caso, di detta violazione non può mai essere ritenuto responsabile il dipendente o il collaboratore dell'impresa, trattandosi di illecito che, inerendo alle condizioni di svolgimento di una attività imprenditoriale, deve essere qualificato come "proprio" e che può essere commesso soltanto dal titolare dell'azienda (Sez. 2, n. 20776/2022, Giannocari, non massimata, che ha precisato come in materia di sanzioni amministrative, la responsabilità dell'illecito amministrativo compiuto da soggetto che abbia la qualità di rappresentante legale della persona giuridica grava sull'autore medesimo e non sull'ente rappresentato, che è solo solidalmente obbligato al pagamento del corrispondenti alle sanzioni irrogate).

In caso di pluralità di illeciti, Sez. 2, n. 11481/2020, Varrone, Rv. 658267-01, ha affermato che nel giudizio di opposizione avverso le sanzioni amministrative pecuniarie, il giudice, nel caso di contestazione della misure delle stesse, è autonomamente chiamato a controllarne la rispondenza alle previsioni di legge, senza essere soggetto a parametri fissi di proporzionalità correlati al numero ed alla consistenza degli addebiti, e può reputare congrua l'entità della sanzione inflitta in riferimento ad una molteplicità di incolpazioni anche qualora escluda l'esistenza di alcune di esse; egli, inoltre, non è chiamato a controllare la motivazione dell'ordinanza-ingiunzione, ma a determinare la sanzione entro i limiti edittali previsti, allo scopo di commisurarla all'effettiva gravità del fatto concreto, desumendola globalmente dai suoi elementi oggettivi e soggettivi, senza che sia tenuto a specificare i criteri seguiti, dovendosi escludere che la sua statuizione sia censurabile in sede di legittimità ove quei limiti siano stati rispettati e dalla motivazione emerga come, nella determinazione, si sia tenuto conto dei parametri previsti dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981.

In tema di sanzioni pecuniarie per violazioni delle leggi tributarie, qualora il contribuente sia stato dichiarato fallito e a tale data il termine di pagamento del tributo non sia decorso, non può imputarsi né a lui né agli organi della procedura alcuna colpevole inadempienza ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, atteso che, prima della dichiarazione dello stato di insolvenza, i termini per

effettuare il pagamento da parte del contribuente *in bonis* non sono ancora scaduti e, dopo detta dichiarazione, in ragione dell'applicazione delle regole del concorso, il pagamento non può più essere validamente eseguito dagli organi della procedura (**Sez. T, n. 26728/2023, Nonno, Rv. 669077-01**).

Sempre in tema di concorso di persone, ai fini della responsabilità del concorrente nell'illecito amministrativo di indebita percezione, da parte di altri, di aiuti comunitari nel settore agricolo, è indispensabile, accanto al contributo causale o agevolatore, che sussista in concreto l'indebita riscossione da parte dell'autore principale; ne consegue che, ove sia stata accolta l'opposizione alla separata ordinanza-ingiunzione proposta da parte del percettore dell'aiuto e sia stata accertata, con sentenza passata in giudicato, l'incompetenza dell'organo che ha emesso il provvedimento sanzionatorio, tale sentenza spiega i suoi effetti anche con riferimento alle posizioni degli altri concorrenti (**Sez. 2, n. 11531/2023, Oliva, Rv. 667762-01**).

**Sez. 2, n. 07311/2023, Poletti, Rv. 667291-01**, ha precisato che in tema di sanzioni amministrative, la fattispecie prevista dall'art. 2 della l. n. 898 del 1986 - che consiste nell'indebito conseguimento, per sé o per altri, di aiuti comunitari ottenuti mediante l'esposizione di dati o notizie false - non richiede, ai fini della configurabilità dell'illecito, che la domanda contenente tali informazioni sia presentata necessariamente da parte di chi consegue indebitamente i contributi, essendo sufficiente che l'indebita percezione sia conseguente all'esposizione di dati o notizie false contenute in qualsiasi atto, proveniente o dal beneficiario o da un terzo concorrente nell'illecito. (Nella specie, in applicazione di detto principio, la S.C. ha ritenuto sussistere l'illecito di cui all'art. 2 cit., a titolo di concorso, in capo al rappresentante dell'associazione di produttori ortofrutticoli, per aver egli omesso il dovuto controllo sulla regolarità della domanda di aiuto presentata dal singolo produttore).

Infine, per **Sez. L, n. 19371/2023, Caso, Rv. 668107-01**, in materia di sanzioni amministrative, mentre nell'ipotesi di fallimento dell'ingiunto il relativo credito è soggetto alle regole concorsuali e deve essere fatto valere con insinuazione al passivo e non mediante ordinanza-ingiunzione a norma dell'art. 18 della l. n. 689 del 1981, viceversa, nell'ipotesi di violazione commessa dalla persona fisica dell'amministratore di società di capitali poi dichiarata fallita, la sanzione può essere adottata per il carattere personale della responsabilità ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981.

## 6. Intramissibilità dell'obbligazione e responsabilità solidale.

La morte dell'autore della violazione comporta l'estinzione dell'obbligazione di pagare la sanzione pecuniaria irrogata dall'Amministrazione, la quale, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 689 del 1981, non si trasmette agli eredi; ne discende - come da ultimo precisato da Sez. 2, n. 29577/2021, Grasso Giuseppe, Rv. 662564-01 - la cessazione della materia del contendere nel giudizio di opposizione alla conseguente ordinanza-ingiunzione, declaratoria che può intervenire anche in sede di legittimità, ove il decesso sia documentato *ex art. 372 c.p.c.*, senza alcuna regolazione delle spese, non trovando applicazione il principio della soccombenza virtuale, per effetto del mancato vaglio dei motivi di doglianza. È poi consolidato l'indirizzo secondo il quale in tema di sanzioni amministrative, la morte dell'autore della violazione determina non solo l'intramissibilità ai suoi eredi dell'obbligazione di pagare la somma dovuta per la sanzione della l. n. 689 del 1981, *ex art. 7*, ma altresì l'estinzione dell'obbligazione a carico dell'obbligato solidale *ex art. 6* della stessa legge e l'impossibilità per quest'ultimo, ove abbia pagato la sanzione, di esercitare nei confronti degli eredi del trasgressore il regresso). Detto principio di intramissibilità dell'obbligazione sanzionatoria si rende applicabile a tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale, e trova la sua ragione giustificativa nel carattere affittivo di tali sanzioni che le riconduce all'ambito del diritto punitivo, accentuandone quindi la stretta inerenza alla persona del trasgressore (Sez. U, n. 22082/2017, Manna, Rv. 645324-01).

Tale conclusione muove dalla constatazione che dal diverso regime successorio delle sanzioni civili rispetto a quelle amministrative, mentre le sanzioni civili sono sanzioni aggiuntive, destinate a risarcire il danno ed a rafforzare l'obbligazione con funzione di deterrente per scoraggiare l'inadempimento, le sanzioni amministrative (di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689) e quelle tributarie (di cui alla l. n. 472 del 1997) hanno un carattere affittivo ed una destinazione di carattere generale e non settoriale, sicché rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire, nei limiti della ragionevolezza, quando la violazione debba essere colpita da un tipo di sanzione piuttosto che da un altro. A tale scelta si ricollega il regime applicabile, anche con riferimento alla trasmissibilità agli eredi, prevista solo per le sanzioni civili, quale principio generale in materia di obbligazioni, e non per le altre, per le quali opera il diverso principio dell'intramissibilità, quale corollario del carattere personale della responsabilità (Sez. 5, n. 25315/2022, De Rosa, Rv. 665572-01). Muovendo dalla

constatazione che la morte dell'autore della violazione comporta, quale espressione del principio di personalità della sanzione amministrativa, l'inefficacia dell'ordinanza ingiuntiva e l'estinzione dell'obbligazione di pagare la sanzione pecuniaria irrogata; la quale, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 689 del 1981, non si trasmette agli eredi, con la conseguente inefficacia dell'ordinanza di ingiunzione e cessazione della materia del contendere nel giudizio di opposizione, Sez. 2, n. 16747/2022, Manna, Rv. 664888-01, ritiene che dall'estinzione della sanzione per la morte dell'opponente consegua come logica conseguenza, che l'erede, sebbene parte processuale nei cui confronti legittimamente è stata emessa la pronuncia in rito, non può rispondere delle spese del giudizio, poiché egli non è succeduto nel lato passivo del rapporto giuridico sanzionatorio: è inapplicabile l'art. 91 c.p.c., per difetto sia di soccombenza sia di responsabilità preprocessuale, il carico delle spese resta regolato dall'art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 115 del 2002, in base al quale ciascuna parte anticipa e sostiene le proprie.

Nell'ipotesi di responsabilità del proprietario di un bene per il pagamento della somma dovuta a titolo di sanzione amministrativa, prevista dall'art. 6, comma 1, della l. n. 689 del 1981, il suddetto principio di intrasmissibilità dell'obbligazione conosce un'eccezione, essendo prevista una sua presunzione di responsabilità qualora non fornisca la prova precisa che il medesimo bene sia stato utilizzato per il compimento dell'illecito contro la sua volontà (v. già Sez. 2, n. 16798/2006, Bognanni, Rv. 591529-01). Pertanto - ha precisato Sez. 2, n. 20522/2020, De Marzo, Rv. 659197-01 - la responsabilità solidale del proprietario non viene meno in conseguenza del decesso dell'autore dell'illecito.

In caso di solidarietà ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981, ad avviso di Sez. 2, n. 00303/2019, Tedesco, Rv. 652052-01, il limite apportato dal comma 2 dell'art. 1306 c.c. al principio enunciato nel comma 1 è applicabile pure alle obbligazioni basate su rapporti giuridici pubblicistici, con l'effetto che la sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori solidali è opponibile al creditore da parte degli altri, ove ad essi favorevole e non fondata su ragioni personali al condebitore nei cui confronti è stata emessa, purché essi abbiano partecipato al relativo giudizio. In precedenza, se l'oggetto dell'unico provvedimento sanzionatorio era costituito da più condotte poste in essere da più soggetti, Sez. 2, n. 21347/2018, Gorjan, Rv. 650036-01, aveva escluso che il giudicato relativo all'accoglimento dell'opposizione proposta da taluni di essi potesse spiegare i suoi effetti verso dei concorrenti rimasti estranei al giudizio, stante la diversità delle parti e delle condotte addebitate.

Il proprietario di un veicolo che circola senza la prescritta copertura assicurativa è obbligato, in solido con il conducente sorpreso alla guida, al

pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata, *ex art. 6* della legge n. 689 del 1981, a meno che non dimostri di aver posto in essere una condotta caratterizzata dall'adozione di concrete e specifiche cautele volte a vietare e precludere la circolazione del mezzo (**Sez. 2, n. 26922/2023, Papa, Rv. 668980-01**, nella specie, la S.C. ha stabilito che non è una condotta idonea ad evitare specificamente la circolazione del veicolo la sua consegna al titolare di un'autofficina con l'incarico di venderlo).

In tema di sanzioni amministrative, allorché una società commerciale di notevoli dimensioni sia articolata in molteplici punti vendita, diffusi sul territorio, dell'illecito amministrativo consumato in uno di essi (consistente, nel caso di specie, nel non consentire la tracciabilità di uno più prodotti alimentari) non può essere chiamato a rispondere il legale rappresentante della società, ma il responsabile preposto alla singola unità ove è stato commesso il fatto, il quale ne risponderà in solido con la società medesima, potendo la responsabilità del legale rappresentante della società essere affermata non solo quando sia accertata una specifica inadeguatezza sia dei responsabili della singola unità ove è stato commesso il fatto sia della struttura appositamente costituita per il controllo, ma anche quando questa inadeguatezza, specificamente constatata, sia riconducibile a specifiche azioni od omissioni del legale rappresentante della società, in violazione di altrettanto specifici obblighi di garanzia, sempre che tali azioni o omissioni abbiano fornito un contributo - pur sempre specifico - alla causazione dell'illecito (**Sez. 2, n. 35685/2022, Rolfi, Rv. 666332-01**).

Infine, in tema di sanzioni amministrative, l'amministratore condominiale non è responsabile, in via solidale con i singoli condomini, della violazione del regolamento comunale concernente l'irregolare conferimento dei rifiuti all'interno dei contenitori destinati alla raccolta differenziata collocati all'interno di luoghi di proprietà condominiale, potendo egli essere chiamato a rispondere verso terzi esclusivamente per gli atti propri, omissivi e commissivi, non potendosi fondare tale responsabilità neanche sul disposto di cui all'art. 6, della l. n. 689 del 1981, avendo egli la mera gestione dei beni comuni, ma non anche la relativa disponibilità in senso materiale (**Sez. 2, n. 04561/2023, Bertuzzi, Rv. 666879-01**).

## 7. Prescrizione.

La prescrizione del diritto a riscuotere le somme dovute a titolo di sanzione amministrativa decorre, in ossequio all'art. 2935 c.c., dal momento in cui il diritto può essere fatto valere.

In particolare, in tema di sanzioni amministrative, la notifica al trasgressore del processo verbale di accertamento della infrazione è idonea a costituire in mora il debitore ai sensi dell'art. 2943 c.c., atteso che ogni atto del procedimento previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per l'irrogazione della sanzione ha la funzione di far valere il diritto dell'Amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria e costituisce esercizio della pretesa sanzionatoria (Sez. 2, n. 14861/2022, Abete, non massimata). In altri termini, ogni atto del procedimento amministrativo previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per la irrogazione della sanzione è idoneo ad interrompere il corso della prescrizione.

**Sez. 2, n. 25226/2023, Amato, Rv. 668925-01**, ha precisato che in tema di sanzioni amministrative, ogni atto tipico del procedimento previsto dalla legge per l'accertamento della violazione e per l'irrogazione della sanzione ha la funzione di far valere il diritto dell'amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria ed è quindi idoneo a costituire in mora il debitore ai sensi dell'art. 2943 c.c. e ad interrompere la prescrizione, ma ciò sempre se e dal momento in cui l'atto sia stato notificato o, comunque, portato a conoscenza del soggetto sanzionato a mezzo ruolo (nella specie, la S.C., a fronte della notifica di una cartella di pagamento avvenuta oltre i cinque anni previsti dall'art. 28 l. n. 689 del 1981, ha cassato senza rinvio la pronuncia della Corte territoriale che aveva escluso la prescrizione attribuendo efficacia interruttiva del termine di prescrizione a meri solleciti di pagamento effettuati con lettere raccomandate ricevute dal debitore).

Si è statuito che in tema di sanzioni amministrative, l'audizione del trasgressore e la relativa convocazione non costituiscono atti idonei a interrompere la prescrizione, ai sensi dell'art. 28, comma 2, l. n. 689 del 1981, non avendo gli stessi la funzione di far valere il diritto dell'Amministrazione alla riscossione della pena pecuniaria, in maniera tale da costituire esercizio della pretesa sanzionatoria (**Sez. 2, n. 13046/2023, Mocchi, Rv. 667788-01**).

Al riguardo, Sez. 5, n. 05577/2019, D'Orazio, Rv. 652721-02, in vicenda relativa a cartella di pagamento per sanzioni fondata su sentenza passata in giudicato, ha chiarito che il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie è assoggettato al termine di prescrizione decennale previsto dal succitato art. 2935 c.c. per l'*actio indicati* solo ove si fondi su un accertamento divenuto definitivo contenuto in una sentenza coperta da giudicato; se, invece, la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile, opera il termine di prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 727 del 1997.

Sez. 6-2, n. 15694/2020, Tedesco, Rv. 658783-01, ha chiarito che la revoca della patente di guida, quale sanzione accessoria che consegue alla violazione di determinate norme del codice della strada, costituisce adempimento per il quale la legge non prevede alcun termine, sicché la sanzione può essere irrogata nel termine generale di prescrizione quinquennale.

Nella particolare ipotesi di fatti già sanzionati penalmente e successivamente depenalizzati, Sez. 6-2, n. 19897/2018, Falaschi, Rv. 650067-01, ha escluso che il *dies a quo* rilevante a fini prescrizionali possa identificarsi nella data dell'infrazione, dovendosi avere riguardo a quando pervengono alla competente Autorità amministrativa gli atti inviati dall'Autorità giudiziaria, poiché esclusivamente da tale momento l'Amministrazione è in grado di esercitare il diritto di riscuotere la somma stabilita dalla legge a titolo di sanzione amministrativa.

In tema di sanzioni amministrative per il ritardato pagamento dell'imposta sulle assicurazioni, l'azione dello Stato per la riscossione della sanzione irrogata ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 471 del 1997, trattandosi di pena pecuniaria e non di una soprattassa, si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno della commessa trasgressione, ai sensi dell'art. 29, comma 4, della l. n. 1216 del 1961, e non nel termine di tre anni previsto dal secondo comma del citato art. 29 (**Sez. T, n. 03848/2023, Penta, Rv. 667055-01**).

Infine, in materia di sanzioni irrogate dalla Consob, la condotta sanzionata dal combinato disposto degli artt. 94 commi 1, 2 e 3 (nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 184 del 2012), 113 commi 1, 2 e 3, 191 e 192-*ter* del d.lgs. n. 58 del 1998, consistente nella predisposizione di un prospetto incompleto o non veritiero, idoneo a indurre in errore l'investitore sull'effettiva convenienza dell'offerta al pubblico, integra un illecito di natura permanente, in quanto i suoi effetti si producono oltre il tempo in cui il prospetto sia stato approvato dall'autorità di vigilanza, e si estendono fino alla chiusura dell'offerta, con la conseguenza che solo da tale ultimo momento inizia a decorrere il termine di prescrizione (**Sez. 2, n. 06295/2023, Varrone, Rv. 667282-01**, nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della corte di appello che aveva dichiarato la prescrizione dell'illecito, ritenendo che l'illecito si fosse consumato al momento dell'approvazione del prospetto da parte della Consob).

## **8. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedurali e processuali.**

Con riferimento ai profili attinenti alla giurisdizione in caso di opposizione, Sez. U, n. 25476/2021, Napolitano L., Rv. 662251-02, ha affermato che le

controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB, ai sensi del d.lgs. n. 58 del 1998, per le violazioni commesse in materia finanziaria, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, la cui cognizione si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono, pertanto, su posizioni di diritto soggettivo del destinatario.

Inoltre, con riguardo agli aspetti procedurali, secondo Sez. 2, n. 31239/2021, Dongiacomo, Rv. 662708-01, il procedimento preordinato alla irrogazione di sanzioni amministrative sfugge all'ambito di applicazione della l. n. 241 del 1990, in quanto, per la sua natura sanzionatoria, è compiutamente retto dai principi sanciti dalla l. n. 689 del 1981; ne consegue che non assume alcuna rilevanza il termine di trecentosessanta giorni per la conclusione del procedimento di cui all'art. 4 del regolamento CONSOB n. 12697 del 2 agosto 2000, attesa l'inidoneità di un regolamento interno, emesso nell'erroneo convincimento di dovere regolare i tempi del procedimento ai sensi della l. n. 241 del 1990, a modificare le disposizioni della citata l. n. 689 del 1981.

In tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, alla cui stregua la ricostruzione e la valutazione delle circostanze di fatto inerenti ai tempi occorrenti per la contestazione e alla congruità del tempo utilizzato in relazione alla difficoltà del caso sono rimesse al giudice del merito, il quale deve limitarsi a rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, tenendo altresì conto della sussistenza di esigenze di economia che inducano a raccogliere ulteriori elementi a dimostrazione di altre violazioni rispetto a quelle accertate, mentre la valutazione della superfluità degli atti di indagine deve essere svolta con giudizio *ex ante*, restando irrilevante la loro inutilità *ex post*.

Da tale premessa, Sez. 2, n. 17673/2002, Cosentino, Rv. 664896-01, ha precisato che in tema di sanzioni amministrative, qualora non sia avvenuta la contestazione immediata dell'illecito, il momento dell'accertamento - in relazione al quale va collocato il *dies a quo* del termine previsto dall'art. 14, comma 2, della l. n. 689 del 1981, per la notifica degli estremi della violazione - non coincide con quello di acquisizione del fatto nella sua materialità da parte dell'autorità che ha ricevuto il rapporto, ma va individuato nella data in cui detta autorità ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione; compete al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per tale attività, in rapporto alla maggiore o

minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato).

Nello stesso senso, **Sez. 2, n. 09022/2023, Oliva, 667516-01**, ha precisato che in tema di sanzioni amministrative per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il termine per la contestazione degli illeciti decorre dal momento del relativo accertamento, il quale non coincide necessariamente né con quello della mera constatazione dei fatti nella loro materialità né con quello in cui le relazioni o i rapporti finali degli incaricati degli accertamenti siano stati depositati o comunque messi a disposizione degli organi dell'autorità di supervisione competenti al relativo esame, dovendosi tener conto, a tal fine, del tempo strettamente necessario affinché, al termine delle verifiche preliminari, la constatazione dei fatti avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, senza ingiustificati ritardi derivanti da disfunzioni burocratiche o artificiose protrazioni nello svolgimento dei compiti assegnati ai diversi organi.

Per **Sez. 2, n. 24375/2023, Papa, Rv. 668803-02**, le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998, apportate dal d.lgs. n. 72 del 2015, si applicano alle violazioni commesse dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione adottate dalla CONSOB, in tal senso disponendo l'art. 6 del medesimo decreto legislativo senza che possa effettuarsi l'applicazione immediata della legge più favorevole, atteso che il principio del *favor rei*, di matrice penalistica, non si estende, in assenza di una specifica disposizione normativa, alla materia delle sanzioni amministrative, che risponde invece al distinto principio del *tempus regit actum*.

Sotto il profilo probatorio, **Sez. 2, n. 04006/2022, Cosentino, Rv. 663823-01**, ha chiarito che nel giudizio di opposizione a sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, l'onere della prova dell'illecito, gravante sull'organo di vigilanza, può essere soddisfatto con la produzione dei verbali ispettivi che, con riferimento agli aspetti non coperti da efficacia probatoria privilegiata, costituiscono comunque elemento di prova, che il giudice deve valutare in concorso con gli altri elementi e che può disattendere solo in caso di motivata intrinseca inattendibilità o di contrasto con altri elementi acquisiti nel giudizio.

**Sez. 2, n. 07647/2023, Orilia, Rv. 667567-01**, si è occupata del giudizio che deve compiere il giudice in tema di sanzioni irrogate dalla Consob, sancendo che ai fini della prova circa la sussistenza dell'illecito contestato, il giudice di merito è tenuto a seguire un procedimento che si articola necessariamente in due momenti valutativi: in primo luogo, occorre una valutazione analitica degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e

conservare, invece, quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, è doverosa una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva; di talché è censurabile in sede di legittimità la decisione con la quale il giudice si sia limitato a negare valore indiziario agli elementi acquisiti in giudizio senza accertare se essi, quand'anche singolarmente sforniti di valenza indiziaria, non fossero in grado di acquisirla ove valutati nella loro sintesi.

Con riferimento a sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, si è precisato che il legislatore individua una serie di fattispecie, destinate a salvaguardare procedure e funzioni ed incentrate sulla mera condotta, secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ricollegando il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico e limitando l'indagine sull'elemento oggettivo dell'illecito all'accertamento della "suità" della condotta inosservante sicché, integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981 l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza. Ne consegue che sebbene l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa sanzionatoria sia posto a carico dell'Amministrazione, la quale è pertanto tenuta a fornire la prova della condotta illecita, nel caso dell'illecito omissivo di pura condotta, essendo il giudizio di colpevolezza ancorato a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, è sufficiente la prova dell'elemento oggettivo dell'illecito comprensivo della "suità" della condotta inosservante, in assenza di elementi tali da rendere inesigibile la condotta o imprevedibile l'evento: non è quindi necessaria la concreta dimostrazione del dolo o della colpa in capo all'agente, sul quale grava, pertanto, l'onere della dimostrazione di aver agito senza colpa (Sez. 2, n. 15585/2022, Criscuolo, non massimata).

Pertanto, nel caso di illecito omissivo di pura condotta, per mancata o insufficiente vigilanza, per affermare la responsabilità del consigliere di amministrazione in mancanza di specifiche deleghe ad alcuni consiglieri, essendo obbligo di tutti vigilare sul comportamento dell'Istituto, è sufficiente la dimostrazione del comportamento omissivo, mentre resta a carico del sanzionato la prova di aver agito in assenza di colpevolezza. Al riguardo, Sez. 2, n. 05344/2022, Varrone, non massimata, ha ricordato che gli amministratori di società per azioni devono agire in modo informato, pur quando non siano titolari di deleghe. Questo comporta il loro dovere di attivarsi per prevenire o eliminare o comunque attenuare le situazioni di criticità aziendale e di informarsi

attivamente sulle operazioni in corso e sullo svolgimento dell'attività societaria, a maggior ragione se la società opera sul mercato del credito. Tale obbligo, infatti, diventa particolarmente incisivo, secondo la Suprema Corte, per gli amministratori di società che esercitano l'attività bancaria, data la loro responsabilità non solo nei confronti dei clienti e dei soci della società, ma anche quella di natura pubblicistica nei confronti dell'autorità di vigilanza. Proprio le caratteristiche particolari del settore bancario portano ad affermare il principio per cui sussistono doveri di particolare importanza in capo al consiglio di amministrazione delle società bancarie, che riguardano l'intero organo collegiale e quindi anche i consiglieri non esecutivi, i quali sono tenuti ad agire in modo informato e ad ostacolare l'eventuale evento dannoso, e quindi rispondono automaticamente in caso di mancata utile attivazione, salvo prova contraria che rimane a loro carico. Ne consegue che in caso di irrogazione di sanzioni amministrative, l'autorità di vigilanza ha unicamente l'onere di dimostrare l'esistenza dei segnali di allarme che avrebbero dovuto indurre gli amministratori anche se non esecutivi ad attivarsi, e spetta sempre a quest'ultimi provare di aver tenuto la condotta attiva dovuta o comunque tesa a scongiurare il danno.

La Corte di legittimità, d'altro canto, ha avuto modo di affermare che, in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, di direzione o di controllo di istituti bancari, il rispetto dei principi del contraddittorio e della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie, previsti dall'art. 24 della l. n. 262 del 2005 non comporta la necessità che gli incolpati siano ascoltati durante la discussione orale innanzi all'organo decidente (nella specie, Direttorio della Banca d'Italia), essendo sufficiente che a quest'ultimo siano rimesse le difese scritte degli incolpati e i verbali delle dichiarazioni rilasciate, quando gli stessi chiedano di essere sentiti personalmente (Sez. 2, n. 15366/2022, Trapuzzano, non massimata).

Sez. 2, n. 04521/2022, Cosentino, Rv. 663829-04, ha evidenziato che in materia di sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U.F.), il principio che la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo sanzionatorio svoltosi dinanzi alla CONSOB ed alla Banca d'Italia presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso non opera quando la lesione del diritto al contraddittorio derivi dalla mancata identità tra fatto contestato e fatto sanzionato; la violazione della regola legale della previa contestazione dell'illecito per il quale sia stata emessa una sanzione amministrativa è, infatti, di

per sé stessa lesiva del diritto di difesa e determina *ex* se l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio, per violazione di legge (art. 187 *septies*, comma 1 e art. 195, comma 1, del T.U.F.).

Nel giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative previste dalla T.U.F. deve riconoscersi al giudice - ove sia chiamato a pronunciarsi sulla tempestività della contestazione dell'illecito e, quindi, sulla individuazione del momento in cui il medesimo è stato o poteva essere accertato - la possibilità di sindacare la necessità o l'opportunità della protrazione dell'attività istruttoria, da parte dell'Amministrazione, con il compimento di atti di indagine collegati a quelli già effettuati, ove questi ultimi risultino già esaustivi ai fini dell'accertamento dell'illecito; e, quindi, di apprezzare la irragionevolezza della prosecuzione di una istruttoria inutile o divagante. Resta fermo, tuttavia, che il suddetto sindacato giudiziale sulle scelte istruttorie dell'Amministrazione deve comunque: --a) essere svolto "*ex ante*", ossia prendendo in considerazione l'utilità potenziale delle ulteriori iniziative istruttorie e non già i concreti esiti che tali iniziative abbiano effettivamente prodotto; --b) tener conto dell'interesse dell'Amministrazione a pervenire all'accertamento complessivo di tutti gli aspetti di vicende che possono essere anche molto complesse e svilupparsi in periodi temporali non brevi (e delle responsabilità di tutti coloro che in tali vicende possano essere a diverso titolo coinvolti) mediante un'attività istruttoria unitaria, tesa a cogliere la portata complessiva di un abuso di mercato, pur quando esso si articoli in condotte diverse, riferibili a soggetti diversi, e non contigue nel tempo e nello spazio; interesse che va salvaguardato dal rischio che l'efficacia delle indagini dell'Autorità di vigilanza venga posta a repentaglio da una "*discovery*" prematura, che consegua alla parcellizzazione dei risultati dell'indagine in una pluralità di contestazioni relative alle singole posizioni, atomisticamente considerate, dei soggetti coinvolti (Sez. 2, n. 16747/2022, Manna, Rv. 664888-01).

Quanto al riparto di giurisdizione, Sez. U, n. 33248/2022, Napolitano, Rv. 666189-01, ha statuito che e controversie in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Consob, *ex* art. 195 del d.lgs. n. 58 del 1998, spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non solo quando riguardino il provvedimento finale sanzionatorio, ma anche laddove si faccia questione della legittimità degli atti presupposti, ivi compresi quelli di natura regolamentare relativi al procedimento, senza che al riguardo possa ritenersi fondata una questione di costituzionalità, che avrebbe al più motivo di porsi in senso inverso, ove vi fosse una norma derogatoria alla giurisdizione ordinaria, la cui cognizione verte sul rapporto e non sull'atto in sé ed a cui, pertanto, spetta di regola la giurisdizione sul potere sanzionatorio della pubblica amministrazione.

## 9. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta.

Le peculiarità del settore bancario hanno indotto ad affermare il principio per cui sussistono doveri di particolare pregnanza in capo al consiglio di amministrazione delle società bancarie, che riguardano l'intero organo collegiale e, dunque, anche i consiglieri non esecutivi, i quali sono tenuti ad agire in modo informato e, in ragione dei loro requisiti di professionalità, ad ostacolare l'evento dannoso, sicché rispondono del mancato utile attivarsi. Ne deriva che a prescindere dalla qualità di consigliere esecutivo o meno, tutti gli amministratori, che vengono nominati in ragione della loro specifica competenza anche nell'interesse dei risparmiatori, devono svolgere i compiti loro affidati dalla legge con particolare diligenza e, quindi, anche in presenza di eventuali organi delegati, sussiste il dovere dei singoli consiglieri di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile, nonché il generale andamento della gestione della società, e l'obbligo, in ipotesi di conoscenza o conoscibilità di irregolarità commesse nella prestazione dei servizi di investimento, di assumere ogni opportuna iniziativa per assicurare che la società si uniformi ad un comportamento diligente, corretto e trasparente (Sez. 2, n. 15585/2022, Criscuolo, non massimata).

Da tale premessa, per **Sez. 2, n 15352/293, Cavallino, Rv. 667967-01**, in tema di intermediazione finanziaria, l'art. 190-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998 prevede un criterio di imputazione della responsabilità fondato sull'attività in concreto esercitata dai soggetti inseriti all'interno dell'organizzazione dell'intermediario, senza che al riguardo sia necessaria alcuna qualifica formale.

Si è così precisato che in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, la complessa articolazione della struttura organizzativa di una società di investimenti non può comportare l'esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo riconducibile a ciascuno dei componenti del collegio sindacale, i quali, in caso di accertate carenze delle procedure aziendali predisposte per la corretta gestione societaria, sono sanzionabili a titolo di concorso omissivo *quoad functionem*, gravando sui sindaci, da un lato, l'obbligo di vigilanza - in funzione non soltanto della salvaguardia degli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori, ma anche della verifica dell'adeguatezza delle metodologie finalizzate al controllo interno della società di investimenti, secondo parametri procedurali dettati dalla normativa regolamentare Consob, a garanzia degli investitori - e, dall'altro lato, l'obbligo

legale di denuncia immediata alla Banca d'Italia ed alla Consob (Sez. 2, n. 24170/2022, Cosentino, Rv. 665556-02). Da ciò consegue che non è sufficiente ad esonerare i sindaci della società da responsabilità, in presenza di una illecita condotta gestoria posta in essere dagli amministratori, la dedotta circostanza di esserne stati tenuti all'oscuro (...), qualora i sindaci abbiano mantenuto un comportamento inerte, non vigilando adeguatamente sulla condotta degli amministratori, sebbene fosse da essi esigibile lo sforzo diligente di verificare la situazione e porvi rimedio, di modo che l'attivazione dei poteri sindacali, conformemente ai doveri della carica, avrebbe potuto permettere di scoprire le condotte illecite e reagire ad esse, prevenendo danni ulteriori.

Pertanto, la responsabilità individuale dei singoli componenti degli organi collegiali degli istituti di credito, lungi dal porsi in contrasto con la ratio, i principi regolatori (tra cui il carattere personale della responsabilità) e le norme vigenti in materia di sanzioni amministrative, discende dall'applicazione della disciplina del concorso di persone nell'illecito amministrativo ai sensi dell'art. 5 della l. n. 689 del 1981, secondo cui quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione di legge, salvo che sia diversamente stabilito.

La pena pecuniaria è applicabile a tutti coloro che abbiano offerto un contributo alla realizzazione dell'illecito, concepito come una struttura unitaria, nella quale confluiscono tutti gli atti dei quali l'evento punito costituisce il risultato (Sez. 2, n. 14145/2022, Criscuolo, non massimata).

In materia di sanzioni irrogate dalla Consob, la condotta sanzionata dal combinato disposto degli artt. 94 commi 1, 2 e 3 (nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 184 del 2012), 113 commi 1, 2 e 3, 191 e 192-ter del d.lgs. n. 58 del 1998, consistente nella predisposizione di un prospetto incompleto o non veritiero, idoneo a indurre in errore l'investitore sull'effettiva convenienza dell'offerta al pubblico, integra un illecito di natura permanente, in quanto i suoi effetti si producono oltre il tempo in cui il prospetto sia stato approvato dall'autorità di vigilanza, e si estendono fino alla chiusura dell'offerta, con la conseguenza che solo da tale ultimo momento inizia a decorrere il termine di prescrizione (**Sez. 2, n. 06295/2023, Varrone, Rv. 667282-01**, nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della corte di appello che aveva dichiarato la prescrizione dell'illecito, ritenendo che l'illecito si fosse consumato al momento dell'approvazione del prospetto da parte della Consob).

## 10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione.

Nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo esecutivo non giudiziale, ma impugnato giudizialmente, possono essere dedotti esclusivamente fatti e questioni sopravvenuti rispetto alla formazione del titolo, come tali non già deducibili nel giudizio di impugnazione dello stesso, determinandosi, altrimenti, la violazione del principio del *ne bis idem* ed eventualmente anche quello della certezza del diritto attraverso un possibile contrasto di giudicati (**Sez. 2, n. 08220/2023, Oliva, Rv. 667362-01**, nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia della Corte territoriale che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione esattoriale fondata su sanzione amministrativa irrogata dalla Consob, affermando che la questione dell'estensione retroattiva del trattamento sanzionatorio più mite, introdotto con il d.lgs. n. 72 del 2015, era stata già posta all'attenzione del giudice dell'impugnazione del provvedimento sanzionatorio azionato come titolo esecutivo, il quale, nel giudizio ancora pendente, avrebbe rivalutato la sanzione da applicare alla luce dell'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del citato d.lgs. dichiarata con la sopravvenuta ad opera della sentenza n. 63 del 2019 della Corte cost.).

La citata Sez. 2, n. 04521/2022, Cosentino, Rv. 663829-03, ha affermato che in materia di sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), la configurazione del giudizio di opposizione come giudizio sul rapporto e non sull'atto non autorizza la totale obliterazione del controllo di legittimità del provvedimento sanzionatorio sotto il profilo del rispetto delle garanzie endoprocedimentali fissate dagli artt. 187 *septies* e 195 T.U.F.; in particolare, la violazione del nucleo irriducibile di garanzie del contraddittorio endoprocedimentale rappresentato dalla contestazione dell'addebito e dalla valutazione delle controdeduzioni dell'interessato impone di per se stessa l'annullamento del provvedimento sanzionatorio illegittimamente emesso.

Infine, Sez. 6-2, n. 31390/2022, Bertuzzi, Rv. 666016-01, ha evidenziato che la competenza a decidere sulle opposizioni proposte avverso le sanzioni applicate dalla CONSOB di cui al d.lgs. n. 231 del 2007 spetta, in forza dell'interpretazione teleologica e letterale dell'art. 195, comma 4, della l. n. 58 del 1998 alla Corte d'appello nel cui distretto ha sede la società nel momento in cui viene presentato il ricorso, senza che al riguardo rilevi il momento consumativo dell'illecito. La disposizione citata, infatti, prevede quale criterio principale e prioritario quello della sede della società al momento della presentazione del ricorso e quello del luogo della consumazione della violazione, utilizzabile solo in via subordinata, così esprimendosi un "favor" nei confronti

della società sul presupposto che la prossimità del giudice alla sua sede renda quest'ultima in grado di difendersi in modo più agevole ed efficace.

### **11. Abuso di informazioni privilegiate.**

In tema di sanzioni Consob aventi carattere penale (nella specie, per l'abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-*bis* del TUF), l'applicazione retroattiva del trattamento sanzionatorio più favorevole introdotto dal d.lgs. n. 72 del 2015, conseguente alla sentenza della Corte cost. n. 63 del 2019, che ha dichiarato incostituzionale la deroga alla retroattività *in mitius* prevista dall'art. 6, comma 2, del citato d.lgs., è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità e giustifica la rimessione al giudice del merito per rimodulare la sanzione, anche qualora quella in concreto irrogata si collochi, comunque, all'interno della cornice edittale stabilita dalla nuova normativa, stante il diritto dell'autore dell'illecito a vedersi applicare una sanzione proporzionata al disvalore del fatto, secondo il mutato apprezzamento del legislatore (Sez. 2, n. 12031/2022, Casadonte, Rv. 665841-01).

**Sez. 2, n. 27833/2023, Giannaccari, Rv. 668993-01**, ha statuito che in tema di intermediazione finanziaria, le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob, *ex art.* 190 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.), non hanno natura penale, stante l'assenza di una afflittività economica particolarmente spinta e della previsione di sanzioni accessorie e della confisca, di talché non può essere utilmente invocato, in assenza di una specifica previsione, il principio del *favor rei* al fine di applicare le modifiche alla parte V del d.lgs. n. 58 del 1998 ad opera dell'art. 5 del d.lgs. n. 72 del 2015.

Nella stessa direzione si colloca **Sez. 2, n. 24375/2023, Papa, Rv. 668803-01**, per la quale in tema di intermediazione finanziaria, le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob, *ex art.* 190 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U.F.), non hanno natura penale stante l'assenza della connotazione dell'afflittività economica e della previsione di sanzioni accessorie e della confisca.

### **12. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.**

In tema di sanzioni irrogate dalla Consob, la manipolazione del mercato *ex art.* 187-*ter* del d.lgs. n. 58 del 1998, realizzata mediante la diffusione di notizie false, costituisce un illecito istantaneo e di pericolo che si consuma appena sia posta in essere la condotta decettiva idonea in concreto ad influenzare l'andamento del mercato del titolo al quale la notizia falsa si riferisce, con la conseguenza che il termine quinquennale di prescrizione inizia a decorrere dalla

data di diffusione della notizia non veritiera (**Sez. 2, n. 08825/2023, Oliva, Rv. 667536-01**, nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della corte di appello che, sul presupposto che l'illecito manipolativo, commesso a mezzo di diffusione di notizie false, sia di natura permanente e si consumi con il ripristino della corretta informazione, aveva ritenuto tempestiva la contestazione della violazione dell'art. 187-ter T.U.F. ricevuta dal ricorrente entro il quinquennio dall'ultimo comunicato di rettifica, ma ben oltre il quinquennio dalla diffusione della notizia non veritiera).

La sanzione prevista per l'infrazione relativa all'importazione o esportazione di denaro o titoli al portatore, per un importo superiore a quello prescritto dall'art. 3 del d.lgs. n. 195 del 2008, non è in contrasto con la normativa eurounitaria, in quanto fissata in modo progressivo in funzione dell'importanza della somma di denaro contante non dichiarata (**Sez. 2, n. 07313/2023, Giannaccari, Rv. 667292-02**).

Sempre **Sez. 2, n. 07313/2023, Giannaccari, Rv. 667292-01**, ha statuito che l'infrazione relativa all'importazione o esportazione di denaro o titoli al portatore, per un importo superiore a quello prescritto dall'art. 3 del d.lgs. n. 195 del 2008, si perfeziona con la sola omissione della dichiarazione all'ufficio doganale di confine del possesso di titoli di valore superiore all'importo prescritto; pertanto, è irrilevante che le informazioni complete siano fornite successivamente.

In tema illecito trasferimento di denaro contante, nell'individuazione, *ex art.* 69 del d.lgs. n. 231 del 2007, del trattamento sanzionatorio più favorevole - tra la disciplina di cui al d.l. n. 143 del 1991 e al d.lgs. n. 231 del 2007, nella formulazione anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 90 del 2017 e quella derivante da tali modifiche - non è sufficiente prendere in considerazione i minimi e i massimi edittali contemplati dalle diverse normative occorrendo, al contrario, un apprezzamento di fatto delle circostanze di commissione dell'illecito, *ex art.* 67 del d.lgs. n. 231 del 2007, dovendo la comparazione fondarsi sull'individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico (**Sez. 2, n. 24209/2022, Grasso, non massimata**).

Inoltre, per **Sez. 2, n. 30779/2021, Oliva, Rv. 662572-01**, in tema di giudizio di opposizione ad ordinanze ingiunzione adottate per aver emesso assegni privi di provvista, colui contro il quale la prova dell'illecito valutario è addotta può disconoscere la propria sottoscrizione e porre in discussione l'autenticità del titolo di credito, ma il conseguente accertamento istruttorio non va compiuto nelle forme del giudizio di verificaione *ex art.* 216 c.p.c., ben potendo

l'amministrazione dimostrare l'elemento materiale dell'illecito con altri mezzi di prova ed eventualmente pure con presunzioni.

Analogamente, si è affermato che ai fini della configurabilità dell'illecito amministrativo di cui all'art. 1 della legge n. 386 del 1990 (emissione di assegno senza autorizzazione), come sostituito dall'art. 28 del d.lgs. n. 507 del 1999, incombe alla prefettura l'onere di fornire la prova che il traente fosse effettivamente a conoscenza della revoca dell'autorizzazione ad emettere assegni, mediante la produzione dell'avviso di ricevimento della lettera raccomandata o del telegramma con cui è stata effettuata la relativa comunicazione, ovvero mediante altre prove, orali o documentali, o presunzioni semplici, dalle quali possa desumersi la consapevolezza del difetto di autorizzazione da parte del privato (**Sez. 2, n. 10676/2023, Amato, Rv. 667642-01**).

Infine, Sez. 2, n. 17821/2021, Carrato, Rv. 661596-01, ha confermato l'indirizzo di Sez. 2, n. 18345/2006, Oddo, Rv. 592678-01, in base al quale, in materia di sanzioni amministrative connesse all'emissione di assegni senza provvista (fattispecie sanzionata come illecito amministrativo a seguito delle depenalizzazione, operata dall'art. 29 del d.lgs. n. 507 del 1999, che ha novellato l'art. 2 della l. n. 386 del 1990, del corrispondente delitto), viola il dovere di diligenza media, con conseguente impossibilità di invocare il fatto scusabile, l'emittente il quale, non solo non si attenga al dovere di controllare l'andamento del proprio conto bancario, al fine di assicurare che in ogni momento vi sia disponibilità del denaro necessario al pagamento degli assegni emessi nei termini per la presentazione di essi all'incasso ma, oltre a fare affidamento sulla tolleranza da parte della banca di una situazione di scoperto, assuma consapevolmente con la post-datazione degli assegni - indicativa, di per sé, di scarsa liquidità - il rischio della sopravvenienza di un difetto di provvista al momento della loro presentazione.

### **13. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada: modalità di accertamento.**

Numerose sono state le pronunce nel corso dell'anno in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione di disposizioni del codice della strada.

In tema di sanzioni amministrative conseguenti al superamento dei limiti di velocità su strade extraurbane secondarie e urbane di scorrimento di cui all'art. 2, comma 2, lett. c) e d), codice della strada, l'utilizzo del sistema "autovelox" è soggetto al preventivo decreto autorizzativo del prefetto solo per le postazioni fisse e non anche per quelle mobili, valendo per queste ultime la regola della

contestazione immediata salve le eccezioni previste dall'art. 201, comma 1-*bis*, codice della strada (**Sez. 2, n. 22627/2023, Trapuzzano, Rv. 668568-01**).

In caso di violazione dell'art. 80, comma 14, del codice della strada, la mancata omologazione del sistema denominato "Targa System 4.0" ne preclude la possibilità di utilizzazione, in via autonoma, ai fini del relativo accertamento, tuttavia esso può essere impiegato come punto di partenza per le operazioni di accertamento della violazione e successiva contestazione le quali, prendendo le mosse dai dati in tal modo ricavati, dovranno poi ricevere completamento attraverso un'ulteriore attività accertativa da parte degli organi competenti (**Sez. 2, n. 12681/2023, Rolfi, Rv. 667784-01**).

Sez. 6-2, n. 26959/2022, Dongiacomo, Rv. 665841-01, ha precisato che la legittimità delle sanzioni amministrative irrogate per eccesso di velocità, accertato mediante autovelox è subordinata alla circostanza che la presenza della postazione fissa di rilevazione della velocità sia stata preventivamente segnalata. In materia di accertamento di violazione delle norme sui limiti di velocità, compiuta a mezzo di autovelox, infatti, l'art. 4, comma 1, del d.l. n. 121 del 2002, conv. in l. n. 168 del 2002, secondo cui dell'installazione dei dispositivi o mezzi tecnici di controllo deve essere data preventiva "informazione agli automobilisti", non prevede un obbligo rilevante esclusivamente nell'ambito dei servizi organizzativi interni della pubblica amministrazione, ma è finalizzato ad informare gli automobilisti della presenza dei dispositivi di controllo medesimi, onde orientarne la condotta di guida e preavvertirli del possibile accertamento di infrazioni, con la conseguente nullità della sanzioni eventualmente irrogata in violazione di tale previsione. Pertanto, nel caso di dispositivi completamente automatici, tali elementi si sostanziano unicamente nell'apposizione del cartello segnalatore della velocità, onde si profila congruo imporre una determinata ed ampia distanza tra il segnale e la postazione di rilevamento (pari, per l'appunto, ad almeno un chilometro). Viceversa, nell'ipotesi di accertamento eseguito con modalità manuale mediante apparecchi elettronici nella diretta disponibilità della polizia stradale e dagli stessi agenti gestiti con la presenza "in loco", quest'ultima predisposizione rappresenta un elemento ulteriore, rispetto al punto in cui risulta apposto il cartello indicatore del limite di velocità, per effetto del quale l'utente è messo nelle condizioni di avvistare, con maggiore anticipo, la stessa posizione di rilevamento, così rimanendo giustificata l'esclusione dell'osservanza del predetto limite di un chilometro previsto dall'art. 25, comma 2, della l. n. 120 del 2002.

Ed ancora, in tema di sanzioni amministrative conseguenti al superamento dei limiti di velocità su strade extraurbane secondarie e urbane di scorrimento

di cui all'art. 2, comma 2, lett. c) e d), codice della strada, l'utilizzo del sistema "autovelox" è soggetto al preventivo decreto autorizzativo del prefetto solo per le postazioni fisse e non anche per quelle mobili, valendo per queste ultime la regola della contestazione immediata salve le eccezioni previste dall'art. 201, comma 1-*bis*, codice della strada (**Sez. 2, n. 22627/2023, Trapuzzano, Rv. 668568-01**).

L'art. 201, comma 1-*bis*, cod. strada, ammette la possibilità di procedere alla contestazione non immediata dell'infrazione mediante rilevatori elettronici di velocità esclusivamente su determinate tipologie di strade, tra cui quelle urbane di scorrimento, rispetto alle quali costituisce elemento strutturale indefettibile, ai sensi dell'art. 2, comma 3, cod. strada, la banchina che, quale spazio della sede stradale, esterno rispetto alla carreggiata e destinato al passaggio dei pedoni o alla sosta di emergenza, deve restare libero da ingombri e avere una larghezza tale da consentire l'assolvimento effettivo delle predette funzioni. (Sez. 2, n. 12864/2022, Carrato, Rv. 664613-01, nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva escluso potesse qualificarsi "strada urbana di scorrimento" quella in cui si trovava l'autovelox, in quanto lo spazio esterno alla carreggiata non era riconducibile alle funzioni di banchina in ragione delle sue esigue dimensioni).

Inoltre, è stato ribadito il principio secondo cui qualora il ricorrente contesti l'inesistenza della segnaletica, orizzontale o verticale, prescrittiva di un determinato comportamento o impositiva di un divieto, che la prova contraria spetta alla P.A., posto che l'esistenza del segnale di preavviso o di divieto è elemento costitutivo della fattispecie sanzionata; diversamente, quando l'opponente deduca l'inadeguatezza della segnaletica, la relativa prova incombe su di lui (Sez. 2, n. 28719/2022, Falaschi, non massimata).

La S.C. si è interrogata se sia o meno obbligatoria l'apposizione del segnale di preavviso del rilevamento elettronico della velocità su entrambi i lati in presenza di una strada a doppia corsia, ancorché il rilevamento sia stato organizzato per il controllo dei veicoli circolanti su una sola corsia (nel caso di specie, quella di destra percorsa dal motociclo del ricorrente, come attestato nel verbale di accertamento). La risposta data è stata negativa non imponendo l'art. 142 C.d.S., comma 6-*bis*, una tale modalità (né prescrivendola i decreti ministeriali attuativi sulle modalità di impiego delle varie tipologie di "autovelox"), così dovendosi ritenere sufficiente che il segnale di preavviso sia posizionato lungo la corsia destinata all'attività di rilevamento elettronico della velocità, purché idoneamente visibile (Sez. 2, n. 24016/2022, Carrato, Rv. 665552-01).

Si segnala Sez. 2, n. 19928/2022, Bertuzzi, Rv. 664897-01, che si è occupata dell'eccesso di velocità dei natanti accertato con apparecchiature elettroniche, escludendo l'applicazione analogica delle disposizioni del codice della strada: l'art. 1, comma 2, del codice della navigazione, che è legislazione di carattere speciale, nel prevedere che, se il caso non è regolato dalle disposizioni del diritto della navigazione e, ove non ve ne siano di applicabili, il diritto civile, da intendersi come il complesso delle norme e dei principi di diritto che costituiscono la normativa generale nella quale si inquadra la disciplina particolare del diritto della navigazione, esclude l'applicabilità in via analogica alla materia della navigazione delle disposizioni che disciplinano la circolazione stradale, in particolare quelle relative alla rilevazione della velocità mediante apparecchi elettronici e conseguente previsione di una percentuale di riduzione, che costituiscono una normativa di carattere speciale in quanto dirette a regolare la singola materia, la cui "ratio" è diretta ad assicurare la sicurezza della circolazione stradale (stesso principio è applicato da Sez. 2, n. 17679/2022, Caponi, Rv. 664897-01).

#### **14. Il verbale di constatazione delle violazioni al codice della strada: natura, requisiti e notificazione.**

Per quanto attiene al verbale di contestazione dell'infrazione al codice della strada e alla sua notifica, deve, innanzitutto, essere richiamata Sez. U, n. 02866/2021, Oricchio, Rv. 660403-01, che ha affrontato la questione delle modalità di notifica a persona residente in altro Stato membro dell'Unione europea e, in particolare, quella della idoneità della notifica effettuata a mezzo posta. Discostandosi da una precedente pronuncia del 2018 (Sez. 6-2, n. 22000/2018, Carrato, Rv. 650355-01), le Sezioni unite hanno affermato che, in tale ipotesi, non è applicabile il Regolamento n. 1393 del 2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dal momento che esso esclude espressamente dal suo ambito di applicazione la materia "fiscale, doganale ed amministrativa" (nella quale rientra il verbale di accertamento in quanto atto amministrativo rientrante nell'esercizio di pubblici poteri). Hanno ritenuto, inoltre, che, nei confronti di un cittadino tedesco, non può procedersi ai sensi dell'art. 11 della Convenzione di Strasburgo del 24 novembre 1977 (ratificata con la l. n. 149 del 1983) - che consente la notificazione diretta a mezzo del servizio postale dei documenti in materia amministrativa - poiché la Germania ha apposto specifica riserva volta ad escludere la facoltà di notifica per posta di detti atti. In tali ipotesi, pertanto, si deve dunque ricorrere - per la notificazione e a pena di nullità (suscettibile di

sanatoria) - all'assistenza dell'autorità centrale dello Stato di residenza e destinazione a norma dell'art. 2 della citata Convenzione.

In tema di notifica del verbale di contestazione delle violazioni del codice della strada, il principio di scissione degli effetti della notificazione per il notificante e per il destinatario trova applicazione anche nei casi in cui l'amministrazione utilizzi il Servizio integrato di notificazione, trattandosi di un servizio gestito da articolazioni interne di Poste Italiane (**Sez. 2, n. 23817/2023, Rolfi, Rv. 668719-01**).

Peraltro, l'art. 201 del codice della strada deve essere interpretato nel senso che la notificazione, per ritenersi validamente eseguita, non può fondarsi sul semplice tentativo della stessa presso uno dei luoghi risultanti dai documenti ivi menzionati, ma sul necessario espletamento delle formalità previste per l'ipotesi dell'irreperibilità del destinatario, sia per quanto riguarda la notificazione ordinaria, sia per quella postale; da ciò consegue che, anche nell'ipotesi di trasferimento del trasgressore in un luogo non annotato sulla carta di circolazione, la notificazione, per essere valida, richiede necessariamente l'espletamento delle formalità previste dall'art. 140 c.p.c. per il caso di irreperibilità del destinatario, entro 150 giorni dall'eseguito accertamento (**Sez. 2, n. 06722/2023, Carrato, Rv. 667284-01**).

**Sez. 2, n. 03426/2023, Amato, Rv. 666802-01**, ha stabilito che il verbale di accertamento di violazione del codice della strada non può essere notificato, nei confronti di cittadino tedesco residente in Germania, direttamente a mezzo del servizio postale, necessitando della assistenza della Autorità centrale dello Stato di residenza e destinazione a norma dell'art. 2 della Convenzione di Strasburgo, la cui assenza comporta, tuttavia, non già l'inesistenza, bensì la nullità della notificazione, suscettibile di sanatoria per il raggiungimento dello scopo *ex* art. 156, comma 3, c.p.c., per effetto della proposizione di una tempestiva e rituale opposizione, a norma dell'art. 204-*bis* del codice della strada.

Sez. 2, n. 01106/2022, Varrone, non massimata, sul rilievo che nel giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzione amministrativa, il verbale di accertamento dell'infrazione fa piena prova, fino a querela di falso, con riguardo ai fatti attestati dal pubblico ufficiale rogante come avvenuti in sua presenza e conosciuti senza alcun margine di apprezzamento o da lui compiuti, nonché alla provenienza del documento dallo stesso pubblico ufficiale ed alle dichiarazioni delle parti, mentre la fede privilegiata non si estende agli apprezzamenti ed alle valutazioni del verbalizzante né ai fatti di cui i pubblici ufficiali hanno avuto notizia da altre persone, ovvero ai fatti della cui verità si siano convinti in virtù di presunzioni o di personali considerazioni logiche, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto provata la velocità di 160 km/h

contestata al ricorrente perché nel verbale risultava accertato che l'auto degli agenti accertatori postasi all'inseguimento del ricorrente aveva raggiunto tale velocità, evidenziando che se era documentato - perché attestato nel verbale con fede privilegiata - che l'auto dei Carabinieri si fosse spinta all'inseguimento alla velocità di 160 km orari, da ciò non poteva desumersi con altrettanta certezza che l'auto del ricorrente andasse alla medesima velocità.

L'efficacia probatoria del verbale se da un lato concerne tutti gli accadimenti e le circostanze di fatto pertinenti alla violazione menzionati nell'atto indipendentemente dalle modalità statica o dinamica della loro percezione, implica, dall'altro lato, che il pubblico ufficiale adempia all'obbligo di descrivere, con la dovuta accuratezza, tutte le circostanze soggettive e oggettive rilevanti ai fini dell'accertamento dell'illecito. Da tale premessa, Sez. 6-2, n. 15828/2022, Dongiacomo, non massimata, ha affermato che la questione relativa all'ammissibilità della contestazione e della conseguente prova nel giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa non può essere esaminata con esclusivo riferimento alle circostanze di fatto della violazione attestate nel verbale come percepite direttamente ed immediatamente dal pubblico ufficiale ed alla possibilità o probabilità di un errore nella loro percezione ma può essere, al contrario, liberamente sottoposta al giudice dell'opposizione, che deve deciderla a prescindere dalla proposizione sul punto della querela di falso, con riguardo a tutte le circostanze rilevanti ai fini della sussistenza dell'illecito che, però, non essendo state adeguatamente rappresentate nel verbale, non sono state, in realtà, oggetto di accertamento da parte del pubblico ufficiale e sono, quindi, prive di copertura probatoria privilegiata.

Sez. U, n. 11550/2022, Scarpa, Rv. 664424-01, ha statuito che la nullità della notificazione del verbale di accertamento di infrazione del C.d.S., può dirsi sanata per il raggiungimento del relativo scopo - che è quello della conoscenza legale dell'atto volta all'utile predisposizione delle proprie difese da parte del destinatario della contestazione - soltanto ove sia proposta una tempestiva e rituale opposizione, avendosi così per realizzato nel processo il risultato pratico cui la valida notificazione è *ex lege* finalizzata, con conseguente venir meno dell'interesse del destinatario a denunciare lo specifico vizio. Viceversa, se, a fronte della nullità della notificazione della violazione, la proposizione del ricorso in sede giurisdizionale avvenga oltre il termine di legge decorrente dalla data della medesima notifica, non operando la sanatoria, l'opposizione al verbale di accertamento può essere proposta per dedurre unicamente l'invalida notificazione del verbale di accertamento, dovendo l'amministrazione

dimostrare che non sia intervenuta la decadenza per l'esercizio del potere sanzionatorio.

Sez. 2, n. 21899/2022, Criscuolo, Rv. 665258-01, si è occupata della notifica del verbale, in caso di successiva identificazione dei trasgressori, nel caso di mancato aggiornamento dei pubblici registri o dell'archivio nazionale dei veicoli, precisando che deve ritenersi corretta la notifica effettuata all'indirizzo che emergeva dalla MCTC e che coincide con quello ancora risultante dal PRA, qualora il mancato aggiornamento del PRA e dell'archivio nazionale dei veicoli sia imputabile alla condotta dell'opponente che, allorché comunichi all'anagrafe il cambio di residenza, ometta anche di indicare correttamente il numero di targa del veicolo oggetto dell'accertamento; tale omissione impedisce al Comune, presso cui è denunciato il cambio di residenza di procedere all'aggiornamento delle variazioni anche presso i registri deputati a permettere l'identificazione del soggetto cui effettuare la notifica dei verbali di accertamento. Pertanto, al fine di ravvisare un esonero da responsabilità del privato, con l'addebito alla PA del ritardo nelle annotazioni, è pur sempre necessario che all'atto della comunicazione del cambio di residenza presso gli uffici comunali, vi sia stata anche una corretta indicazione del numero di targa dei veicoli appartenenti al privato, poiché solo tale indicazione consente di ritenere imputabile alla PA il ritardo, dovendo quindi rispondere del difetto di collaborazione tra le varie amministrazioni tenute alla gestione delle banche dati. Diviene quindi fondamentale, e non già irrilevante, verificare se all'atto della richiesta del cambio di residenza, l'opponente avesse anche indicato correttamente il numero di targa del veicolo oggetto dell'infrazione per cui è causa, poiché solo a tale condizione è dato ravvisare quel colpevole difetto di collaborazione che rende imputabile alla PA l'erronea notificazione del verbale di accertamento presso l'indirizzo, almeno anagraficamente, non più attuale.

Per Sez. 2, n. 28724/2022, Trapuzzano, Rv. 665961-02, in tema di violazioni del codice della strada, l'omessa informazione da parte dell'organo accertatore circa la possibilità e il termine del pagamento, da parte del trasgressore, della sanzione pecuniaria in misura ridotta non inficia la legittimità del verbale di contestazione.

Infine, per Sez. 3, n. 32920/2022, Guizzi, Rv. 666115-01, in tema di violazioni del codice della strada, il difetto di legittimazione passiva - derivante dall'inapplicabilità, alle società di noleggio di veicoli senza conducente, dell'art. 196 cod. strada - deve farsi valere sin dalla notificazione dei verbali di contestazione di infrazione stradale, mediante impugnazione al prefetto o al giudice di pace, ai sensi degli artt. 203 e 204-*bis* cod. strada, per impedire che essi diventino definitivi, e non già nelle forme dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 714

615 c.p.c., atteso che la notificazione del verbale di accertamento non integra presupposto di esistenza del titolo esecutivo, ma fatto costitutivo del diritto dell'amministrazione ad ottenere il pagamento della sanzione, sicché l'omessa notificazione non attiene al rapporto, ma all'agire dell'amministrazione stessa, impedendo il completamento della fattispecie sostanziale che dà luogo alla pretesa sanzionatoria posta a base della riscossione coattiva.

### **15. L'opposizione: il rito, la competenza, l'oggetto e gli effetti.**

In forza del d.lgs. n. 150 del 2011, sia ai giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione sia a quelli di opposizione al verbale di accertamento di violazioni del codice della strada, introdotti dopo il 6 ottobre 2011, si applica il rito del lavoro e, in particolare, l'art. 434 c.p.c.

Per tale ragione, nel giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, così come disciplinato dall'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, la produzione di documenti da parte dell'Amministrazione convenuta è soggetta ad un doppio regime preclusivo: la copia del rapporto, con gli atti relativi all'accertamento nonché alla contestazione o alla notificazione della violazione, può essere depositata senza limitazioni temporali (non avendo natura perentoria il termine contemplato dal comma 8 del medesimo articolo), mentre per il deposito degli altri documenti opera il comma 3 dell'art. 416 c.p.c., con la conseguenza che la produzione è preclusa oltre il decimo giorno precedente l'udienza di discussione (Sez. 2, n. 32226/2022, Dongiacomo, non massimata).

In tema di procedimento di opposizione al verbale di accertamento della violazione del codice della strada, ai sensi dell'art. 23, comma 2, della l. n. 689 del 1981 *ratione temporis* vigente (oggi, art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 150 del 2011), non è necessaria la formale costituzione in giudizio dinanzi al giudice di pace della Pubblica Amministrazione, essendo sufficiente il solo deposito di copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento da parte dell'autorità emittente (Sez. 2, n. 16772/2023, Caponi, Rv. 668051-01).

Sez. 2, n. 07364/2022, Cavallari, Rv. 664208-01, ha precisato che il giudizio di opposizione a verbale di accertamento di violazione di norme del codice della strada (ma il principio deve ritenersi esteso a tutte le sanzioni amministrative, salvo non vi sia una diversa disciplina di legge), instaurato successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011, è soggetto al rito del lavoro, sicché l'appello avverso la sentenza di primo grado, da proporsi con ricorso, è inammissibile ove l'atto sia stato depositato in cancelleria oltre il termine di decadenza di trenta giorni dalla notifica della sentenza o, in caso di mancata notifica, oltre il termine c.d. lungo di cui all'art. 327 c.p.c., senza che incida, a tal

fine, che l'appello sia stato irritualmente proposto con citazione, assumendo comunque rilievo solo la data di deposito di quest'ultima. Inoltre, deve rilevarsi che il termine cd. lungo di impugnazione della sentenza, previsto dall'art. 327 c.p.c., decorre dalla pubblicazione della sentenza stessa, vale a dire, nel rito del lavoro, non dalla data di lettura del dispositivo in udienza, ma da quella del deposito in cancelleria del testo completo della sentenza, a seguito del quale soltanto può proporsi l'impugnazione, salvo il caso particolare dell'appello con riserva di motivi, di cui all'art. 433 c.p.c., comma 2.

In tema di criteri di competenza per materia stabiliti dall'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, la cognizione dell'opposizione all'intimazione di pagamento relativa alla riscossione di sanzioni amministrative pecuniarie riconducibili a violazioni del codice della strada, configurata come opposizione all'esecuzione, che spetta alla competenza del giudice di pace, deve essere decisa secondo diritto e non secondo equità (Sez. 6-2, n. 14304/2022, Varrone, Rv. 664915-01).

Nel procedimento di opposizione alle ingiunzioni di pagamento di sanzioni amministrative, di cui all'art. 22 della l. n. 689 del 1981, la tardività della contestazione dell'illecito, cui consegue, *ex art.* 14 stessa legge, l'effetto estintivo dell'obbligo di pagare la somma dovuta a titolo di sanzione, non può essere rilevata d'ufficio, ma costituisce oggetto di eccezione in senso stretto che deve essere dedotta come motivo specifico di opposizione, atteso che nel predetto procedimento, strutturato in conformità al modello del processo civile, trovano applicazione le regole della domanda (art. 99 c.p.c.), della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e del divieto della pronuncia d'ufficio su eccezioni rimesse esclusivamente all'iniziativa della parte ai sensi dell'art. 112 c.p.c. (Sez. 2, n. 01056/2022, Besso Marcheis, Rv. 663569-01).

Per Sez. 6-2, n. 00922/2022, Dongiacomo, Rv. 663809-01, la sentenza che definisce il giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, compresa quella del giudice di pace, è impugnabile con l'appello non sottoposto alle limitazioni di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c., in quanto, per espressa disposizione dell'art. 6, comma 12, del d.lgs. n. 150 del 2011, non è applicabile l'art. 113, comma 2, c.p.c., sicché non è possibile una pronuncia secondo equità.

Per Sez. 6-3, n. 03582/2022, Rossetti, Rv. 664072-01, l'opposizione con cui sono dedotti vizi formali della cartella di pagamento emessa per la riscossione di sanzioni amministrative per violazioni del codice della strada va qualificata come opposizione agli atti esecutivi, con la conseguenza che la competenza spetta, per materia, al tribunale (e non al giudice di pace) e, per territorio, al giudice del luogo di notifica della cartella *ex artt.* 617, comma 1, e 480, comma 3, c.p.c. (Nella fattispecie, la S.C. - qualificata come opposizione agli atti esecutivi la contestazione riguardante l'irregolare notificazione della cartella, in quanto

eseguita da un indirizzo PEC non inserito in pubblici elenchi - ha accolto il regolamento dell'opponente avverso l'ordinanza del tribunale che aveva declinato la propria competenza in favore del giudice di pace del luogo in cui era stata commessa la violazione del C.d.S.).

Sez. 6-2, n. 37999/2021, Varrone, Rv. 663087-01, ha riaffermato il principio (già affermato da Sez. U, n. 20544/2008, Carbone, Rv. 604645-01) per cui l'avvenuto pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria non preclude il ricorso al prefetto o l'opposizione al giudice ordinario rispetto alle sanzioni accessorie dal momento che il cosiddetto pagamento in misura ridotta, secondo l'art. 202 codice della strada, non influenza l'applicazione delle eventuali sanzioni accessorie. Detto pagamento comporta soltanto un'incompatibilità, oltre che un'implicita rinuncia, a far valere qualsiasi contestazione relativa sia alla sanzione pecuniaria irrogata, sia alla violazione contestata che della sanzione pecuniaria è il presupposto giuridico.

Pertanto, l'interessato potrà far valere doglianze che abbiano ad oggetto le sole sanzioni accessorie, quali la mancata previsione della pena accessoria o la previsione della stessa in misura diversa, come, ad esempio, quando si contesti che la violazione astrattamente considerata non contemplava quella pena accessoria o non la prevedeva nella misura applicata.

Con riguardo all'opposizione alla cartella di pagamento emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazioni al codice della strada, si deve ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, essa può avere funzione recuperatoria e, pertanto, consente all'interessato di recuperare il mezzo di tutela previsto dalla legge avverso l'atto presupposto solo allorché la cartella sia stata effettivamente il primo atto attraverso cui l'interessato è venuto a conoscenza della pretesa sanzionatoria. Al riguardo, Sez. 3, n. 14266/2021, Fieconi, Rv. 661443-01, ha ribadito il principio, già affermato dalle Sezioni unite (Sez. U, n. 22080/2017, Barreca, Rv. 645323-01) secondo il quale, ove la parte deduca che tale cartella costituisce il primo atto con il quale è venuta a conoscenza della sanzione irrogata, in ragione della nullità o dell'omissione della notificazione del processo verbale di accertamento della violazione, l'opposizione deve essere proposta ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, e non nelle forme dell'opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c., e, pertanto, entro trenta giorni dalla notificazione della cartella.

Ancora, nel caso di opposizione "recuperatoria" avverso la cartella di pagamento fondata sull'omessa o invalida notifica dell'ordinanza ingiunzione, emessa in esito a ricorso gerarchico avverso verbale di accertamento per infrazione al codice della strada, il ricorrente ha l'onere di dedurre non soltanto

la mancanza o l'invalidità della notificazione dell'ordinanza, atto presupposto su cui si basa la cartella, ma anche i vizi che attengono al merito della pretesa sanzionatoria, dalla cui omessa deduzione consegue l'inammissibilità dell'opposizione (Sez. 3, n. 03318/2021, Fiecconi, Rv. 660524-01).

Ove il verbale di accertamento dell'infrazione non sia opposto, esso diventa titolo esecutivo e non può essere contestato con l'opposizione alla cartella esattoriale, salvo che l'opponente deduca che quest'ultima costituisce il primo atto con cui è venuto a conoscenza della sanzione comminatagli, a causa della nullità o dell'omissione della notificazione del menzionato verbale. In applicazione del principio, Sez. 6-2, n. 09059/2021, Picaroni, Rv. 661118-01, ha confermato la decisione di merito, che aveva escluso la possibilità di far valere, con l'opposizione alla cartella, l'illegittimità del verbale di contravvenzione, siccome elevato nei confronti di un soggetto carente di legittimazione passiva.

Inoltre, l'impugnazione diretta dell'estratto di ruolo, in relazione agli importi dovuti a titolo di sanzione amministrativa per violazione del codice della strada, è inammissibile ai sensi dell'art. 12, comma 4-*bis*, del d.P.R. n. 602 del 1973, applicandosi tale disposizione anche alla riscossione delle entrate extratributarie (**Sez. 2, n. 10268/2023, Bertuzzi, Rv. 667682-01**).

Sotto il profilo probatorio, per **Sez. 2, n. 24166/2023, Amato, Rv. 668727-01**, in tema di opposizione a verbale di contravvenzione per superamento del limite di velocità, grava sull'opponente e non sulla P.A., l'onere di provare l'inidoneità in concreto, sul piano della percepibilità e della leggibilità, della segnaletica di cui al d.m. 15 agosto 2007 ad assolvere la funzione di avviso della presenza di postazioni di controllo della velocità, non assumendo, di per sé, alcuna rilevanza il dato della velocità predominante sul tratto di strada interessato dalla presenza della segnaletica.

## **16. Le violazioni sanzionate dal codice della strada.**

Con riguardo alle sanzioni amministrative connesse alla guida in stato di ebbrezza, Sez. 2, n. 06987/2022, Besso Marcheis, non massimata, ha affermato che l'accertamento strumentale dello stato di ebbrezza alcolica (mediante cosiddetto alcooltest o etilometro) costituisce atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile, che impone alla polizia giudiziaria di dare avviso, al soggetto che vi sia sottoposto, della facoltà di farsi assistere da un difensore.

La stessa sentenza ha precisato che in tema di violazione al codice della strada, il verbale dell'accertamento effettuato mediante etilometro deve contenere, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'attestazione della verifica che l'apparecchio da adoperare per l'esecuzione del

cosiddetto alcooltest è stato preventivamente sottoposto alla prescritta ed aggiornata omologazione ed alla indispensabile corretta calibratura. L'onere della prova del completo espletamento di tali attività strumentali grava, nel giudizio di opposizione, sulla Pa poiché concerne il fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria.

In tema di sanzioni amministrative per violazione del codice della strada, le cosiddette “*microcars*” sono qualificabili come “*motoveicoli*”, ai sensi dell’art. 53, comma 1, lett. h), cod. strada, non essendo equiparabili, ai sensi dell’art. 52 cod. strada, ai cicli e ai motocicli, con la conseguenza che non possono legittimamente sostare negli spazi predisposti per questi ultimi (**Sez. 2, n. 03432/2023, Carrato, Rv. 667568-01**).

A norma degli artt. 1 e 2 del d.P.R. n. 474 del 2001, la circolazione di un veicolo con targa di prova è subordinata sia all’esposizione della targa relativa, sia all’esistenza dell’autorizzazione alla circolazione che ne garantisce la copertura assicurativa. Tale autorizzazione, tuttavia, è utilizzabile per la circolazione di un solo veicolo per volta e deve essere tenuta a bordo dello stesso. Pertanto, la mancanza del documento di autorizzazione e della targa di prova a bordo del veicolo integra gli estremi della illecita circolazione con veicolo privo della relativa carta (articolo 93, comma 7, del codice della strada) e privo della copertura assicurativa (articolo 193, comma 2, del codice della strada); né rileva che tale documentazione e la targa di prova si trovino nella sede o nella residenza del soggetto autorizzato o a bordo di altro veicolo contemporaneamente in circolazione, poiché il dettato normativo prevede un illecito formale, di pura condotta, avente una finalità non tanto di repressione, quanto di prevenzione. Al riguardo, inoltre, non assume rilevanza che detti documenti siano acquisiti solo successivamente in sede giudiziale a seguito di opposizione da parte del soggetto nei cui confronti è stato elevato il verbale di contestazione con riguardo all’accertamento delle due suddette infrazioni (**Sez. 2, n. 03706/2022, Carrato, non massimata**).

Al fine della configurazione della violazione prevista dall’art. 126-*bis* cod. strada 1992, comma 2, consistente nella mancata comunicazione - nei sessanta giorni dalla data di notifica del verbale di contestazione - da parte dell’obbligato dei dati personali e della patente di guida del conducente al momento della commessa violazione presupposta, e, quindi, della legittima irrogazione della correlata sanzione, il destinatario dell’invito non può ritenersi tenuto a fornire i suddetti dati prima della definizione dei procedimenti giurisdizionali o amministrativi proposti avverso il verbale relativo alla precedente infrazione di riferimento. Da ciò consegue che per poter applicare le sanzioni contemplate

dal citato art. 126-*bis* cod. strada, comma 2, dopo l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali o amministrativi a cui si è fatto ricorso, con esito sfavorevole per il ricorrente, l'organo accertatore di notifica decorre il termine di 60 giorni per adempiere agli obblighi previsti dalla stessa disposizione normativa. Diversamente, ove l'esito dei citati rimedi sia favorevole al ricorrente (con annullamento del verbale di accertamento), viene meno il presupposto per la configurazione della violazione prevista dall'art. 126-*bis* cod. strada, comma 2, a carico dell'obbligato in esso individuato, proprietario del veicolo o altro obbligato in solido ai sensi dell'art. 196 cod. strada (Sez. 2, n. 24012/2022, Carrato, Rv. 665555-01).

Infine, per Sez. 2, n. 17027/2022, Caponi, Rv. 664983-01, in tema di abusiva installazione di manufatti pubblicitari lungo le strade o in vista di esse, alla violazione dell'art. 23, comma 7, consegue la sanzione più grave di cui al comma 13-*bis* del predetto art. 23, come modificato dal d.l. n. 121 del 2021, conv. dalla l. n. 156 del 2021, senza che sia necessaria la previa diffida alla rimozione, richiesta solo per le violazioni dei commi 1, 4-*bis* e 7-*bis*, atteso che il comma 7 introduce un divieto di qualsiasi forma di pubblicità lungo e in vista degli itinerari internazionali, delle autostrade e delle strade extraurbane principali e relativi accessi, che è autonomo da quello previsto dal comma 1, ed assoluto, cioè non sottoposto a condizioni da verificare attraverso il procedimento di autorizzazione disciplinato dal comma 4.

## **17. Le altre sanzioni.**

Nell'anno di riferimento la S.C. ha precisato presupposti e ambito di applicazione anche di sanzioni amministrative non riconducibili ad infrazioni al codice della strada.

In materia di sanzioni per la violazione delle disposizioni sulla protezione degli animali durante il trasporto, per Sez. 6-2, n. 24866/2022, Oliva, Rv. 665575-01, poiché l'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2007, prevede che "il trasportatore che trasporta animali in violazione dei requisiti di idoneità di cui all'Allegato 1 al presente decreto è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 a euro 6.000", la condotta illecita non si esaurisce affatto con il carico dell'animale inidoneo sul mezzo di trasporto, ma ricomprende l'intero suo trasferimento da un luogo all'altro.

Per Sez. 6-2, n. 00458/2022, Varrone, Rv. 663804-01, la competenza ad irrogare le sanzioni amministrative previste dagli artt. 2 e 18 del d.lgs. n. 109 del 1992, spetta all'Ispettorato centrale repressione frodi, in quanto la principale finalità delle norme in materia di etichettatura dei prodotti alimentari è garantire

la corretta informazione del consumatore sul bene commercializzato e che appartiene allo Stato, e non alle regioni o ai Comuni, il potere di emettere ordinanza-ingiunzione di pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria per violazione delle norme del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, (nella specie gli artt. 8 e 18, concernenti il confezionamento, l'etichettatura e la pubblicità di prodotti alimentari destinati al consumatore finale, trattandosi di disciplina a tutela del consumatore rientrante nella materia del commercio, di competenza statale, che solo di riflesso coinvolge gli aspetti relativi all'igiene e alla sanità degli alimenti, di competenza delle amministrazioni locali).

Sez. 2, n. 00129/2022, Giusti, Rv. 663562-01, ha precisato che in tema di sanzioni amministrative emesse, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 507 del 1993, per l'affissione di manifesti contenenti messaggi pubblicitari senza la prescritta autorizzazione, ai fini della configurabilità della responsabilità solidale di cui all'art. 6, comma 3, della l. n. 689 del 1981, non è sufficiente il solo fatto di averne potuto trarre, il soggetto collettivo, giovamento, ma si richiede che i manifesti siano stati affissi per conto del detto soggetto, che cioè sia comprovata la riconducibilità dell'attività pubblicitaria all'iniziativa del beneficiario quale committente o autore del messaggio pubblicitario o che sia documentato il rapporto tra autore della trasgressione ed ente opponente. Spetta all'Amministrazione che ha applicato la sanzione amministrativa provare tutti gli elementi necessari per l'affermazione della responsabilità amministrativa. Tale regola vale anche per la responsabilità solidale del proprietario prevista dall'art. 6 comma 1, della l. n. 689 del 1981, salvo che per l'ambito in cui opera la presunzione posta dalla stessa disposizione. Conseguente che spetta all'Amministrazione che invoca la presunzione prevista dal citato art. 6 provare la titolarità del diritto di proprietà (in capo al soggetto ritenuto obbligato solidale) nel momento in cui la cosa servì o fu destinata a commettere la violazione; solo una volta raggiunta la prova di tale titolarità, spetterà al proprietario provare che l'utilizzazione della cosa in sua proprietà avvenne contro la sua volontà.

Secondo Sez. 2, n. 021076/2022, Fortunato, Rv. 665097-01, ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 125 del 2001, nella formulazione anteriore alla novella di cui al d.l. n. 14 del 2017, conv. con modif. dalla l. n. 48 del 2017, costituisce illecito amministrativo, sia la vendita di alcolici destinata all'asporto, sia quella destinata alla consumazione immediata, in conformità alla ratio volta ad impedire qualunque forma di cessione a titolo oneroso di bevande alcoliche ai minori degli anni 18, avendo la novella di cui al d.l. cit. - che prevede la sanzionabilità della somministrazione - esteso tale punibilità ad ogni ipotesi di dazione di

alcolici a soggetti minorenni, a qualunque titolo e con qualunque modalità effettuata.

Sez. I, n. 22848/2022, Di Paola, Rv. 665325-01, muovendo dalla premessa che l'inequivoco dato letterale dell'art. 10 del d.lgs. n. 242 del 1996 è nel senso che la vigilanza sull'applicazione della legislazione in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro - comportante consequenzialmente la relativa potestà sanzionatoria - è svolta dalla unità sanitaria locale, salvo una competenza concorrente (esplicitata dal termine "anche") dell'ispettorato, attinente alla sola vigilanza relativa ad attività tassative da individuarsi appositamente, conclude nel senso che l'omessa tenuta del c.d. registro degli infortuni di cui all'art. 4, comma 5, lett. O, del d.lgs. n. 626 del 1994 (*ratione temporis* applicabile), può essere sanzionata solo dalla ASL territorialmente competente e non anche dall'ispettorato del lavoro.

Per Sez. 2, n. 19030/2022, Caponi, Rv. 664993-01, le sanzioni amministrative irrogate per violazione dell'obbligo di chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali ai sensi dell'art. 18 legge reg. Puglia n. 11 del 2003, non hanno natura sostanzialmente penale, in quanto non sono dirette a tutelare beni tipicamente protetti dalle norme penali, né presentano quel grado di afflittività assimilabile a quello proprio delle sanzioni penali, con conseguente inapplicabilità del principio della retroattività della legge più favorevole; fermo restando che il principio della *lex mitior* non ha carattere assoluto, potendo il legislatore derogarlo ovvero prevedere limitazioni alla sua operatività, in presenza di valide giustificazioni.

In tema di sanzioni amministrative, l'omesso aggiornamento del piano triennale di prevenzione alla corruzione e del programma triennale di trasparenza e dei codici di comportamento non rientra nella previsione di cui all'art. 19, comma 5, lett. b), d.l. n. 90 del 2014, conv. in l. n. 114 del 2014 che, riferendosi alla diversa fattispecie dell'omessa adozione dei piani in essa menzionati, non può essere analogicamente applicato anche ad altre, differenti condotte di inadempimento agli obblighi posti a carico degli enti pubblici dalla legge in materia di anticorruzione, stante il principio di tipicità e tassatività che regola la materia degli illeciti amministrativi (**Sez. 2, n. 28344/2023, Bertuzzi, Rv. 669178-01**).

In tema di sanzioni amministrative correlate ai controlli sulla tracciabilità degli alimenti, dei mangimi e degli animali destinati alla produzione alimentare o a far parte di un alimento o di un mangime, l'illecito di cui agli artt. 18 del Reg. (CE) n. 178/2002/CE e 2 del d.lgs. n. 190 del 2006, ferme eventuali diverse ipotesi contemplate in altre previsioni di legge, si configura allorquando il soggetto, tenuto all'osservanza dell'obbligo di disporre di sistemi e procedure

idonee a mettere a disposizione delle richiedenti autorità competenti le informazioni riguardanti i predetti prodotti, risulti incapace - anche per l'inadeguatezza dei sistemi e delle procedure contemplati al paragrafo 2 del medesimo art. 18 - di ottemperarvi entro un lasso temporale non immediato, ma comunque ragionevole, onde dimostrare di aver rispettato l'obbligo di tracciabilità, dovendosi il predetto illecito, viceversa, escludere quando il destinatario della richiesta provveda a mettere a disposizione dette informazioni entro termini ragionevolmente brevi, ancorché non nella immediatezza, senza che rilevi la tipologia del metodo adottato (Sez. 2, n. 35685/2022, Rolfi, Rv. 666332-02).

In tema di sanzioni amministrative, l'illecito di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 297 del 2004, correlato al regolamento (CEE) n. 2081/92 sulla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari, ha come destinatario soltanto le organizzazioni di imprenditori interessati al medesimo prodotto agricolo o alimentare protetto dalla registrazione, che siano composte e strutturate in forme sovraindividuali e che conservino o assumano la denominazione protetta nella loro ragione o denominazione sociale 180 giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'avvenuto riconoscimento del Consorzio di tutela di quel prodotto agricolo o alimentare (o, se già riconosciuti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. cit., 180 giorni dopo l'entrata in vigore del menzionato d.lgs., il quale, proprio perché riconosciuto, a differenza di tali organizzazioni, gode dei particolari poteri e funzioni di cui all'art. 53, comma 15, l. n. 128 del 1998 (**Sez. 1, n. 23746/2023, Reggiani, Rv. 668696-01**).

Ai consorzi di tutela delle D.O.P. (Denominazioni di Origine Protetta) non si applica la disciplina dei rapporti tra marchi, D.O.P. e I.G.P. (Indicazioni di Origine Protetta) di cui all'art. 14, comma 2, del regolamento CE n. 510 del 2006, che tutela, a determinate condizioni, il marchio registrato o acquisito con l'uso in buona fede prima della data di deposito della domanda di registrazione della D.O.P. o della I.G.P., con la conseguenza che è soggetto a sanzione amministrativa per violazione dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 297 del 2004 (emanato in applicazione del regolamento CEE n. 2081 del 1992) il consorzio di tutela che nella sua ragione sociale usi una D.O.P. attribuita dal Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali ad un altro consorzio (**Sez. 2, n. 10952/2023, Amato, Rv. 667690-01**).

Infine, l'art. 1, comma 2, del codice della navigazione, che è legislazione di carattere speciale, nel prevedere che, per i casi non regolati, debbano applicarsi per analogia le altre disposizioni del diritto della navigazione e, in subordine, le

norme del diritto civile, da intendersi come il complesso delle norme e dei principi di diritto che costituiscono la normativa generale nella quale si inquadra la disciplina particolare del diritto della navigazione, esclude l'applicabilità delle norme relative alla circolazione stradale, che costituiscono a loro volta un *corpus* di carattere speciale (**Sez. 2, n. 26894/2023, Tedesco, Rv. 668979-01**, nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva ritenuto, applicando analogicamente le norme relative alla circolazione stradale, l'illegittimità dell'accertamento con il quale si era contestata la violazione dell'art. 44 dell'ordinanza della Capitaneria di Porto di Venezia n. 175 del 2009, a causa della mancata preventiva segnalazione dell'apparecchio di rilevamento della velocità).

## CAPITOLO XXXIII

### ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

(DI FRANCESCO AGNINO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Elettorato passivo. - 3. Contenzioso elettorale.

#### 1. Premessa.

Le pronunce intervenute nel 2023 in materia elettorale non sono numerose. Significativi, comunque, sono stati gli interventi concernenti i temi dell'elettorato passivo e del contenzioso elettorale.

#### 2. Elettorato passivo.

Sez. 1, n. 08056/2022, Iofrida, Rv. 664529-01, ha precisato che la dichiarazione di incandidabilità degli amministratori che “hanno dato causa allo scioglimento dei consigli comunali o provinciali” prevista dall’art. 143, comma 11, del d.lgs. n. 267 del 2000, non impone la verifica della commissione di un illecito penale o dell’esistenza dei presupposti per l’applicazione di una misura di prevenzione, né l’adozione, nel corso del relativo procedimento, delle garanzie previste per l’applicazione delle sanzioni penali. Non si tratta, infatti, di una misura sanzionatoria secondo i principi elaborati dalla CEDU, ma di una misura interdittiva di carattere preventivo, i cui presupposti di applicazione sono ben individuati e, quindi, prevedibili, peraltro disposta all’esito di un procedimento che si svolge nel pieno contraddittorio delle parti. Infatti, come osservato da Sez. 1, n. 23445/2022, Conti, Rv. 665364-02, la misura interdittiva della incandidabilità dell’amministratore responsabile delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento del consiglio comunale conseguente a fenomeni di infiltrazione di tipo mafioso o simile nel tessuto istituzionale locale, privando temporaneamente il predetto soggetto della possibilità di candidarsi nell’ambito di competizioni elettorali destinate a svolgersi nello stesso territorio regionale, rappresenta un rimedio di *extrema ratio* volto ad evitare il ricrearsi delle situazioni che la misura dissolutiva ha inteso ovviare, e a salvaguardare così beni primari dell’intera collettività nazionale - accanto alla sicurezza pubblica, la trasparenza e il buon andamento delle amministrazioni comunali nonché il regolare funzionamento dei servizi loro affidati, capaci di alimentare la credibilità delle amministrazioni locali presso il pubblico e il rapporto di fiducia dei cittadini verso le istituzioni -, beni compromessi o messi in pericolo, non solo dalla collusione tra amministratori locali e criminalità organizzata, ma anche dal

condizionamento comunque subito dai primi, non fronteggiabile, secondo la scelta non irragionevolmente compiuta dal legislatore, con altri apparati preventivi o sanzionatori dell'ordinamento.

Tuttavia, in tema di elettorato passivo, se l'applicazione di una misura di prevenzione giustifica la incandidabilità del proposto e la decadenza di diritto dalla carica (e la nullità dell'elezione o nomina) indipendentemente da una condanna penale (definitiva o non), la sopravvenuta sentenza di assoluzione con formula piena pronunciata in relazione agli stessi fatti esclude che il soggetto possa essere dichiarato incandidabile senza una rinnovata e attuale valutazione delle circostanze poste a fondamento della originaria misura di prevenzione (**Sez. 1, n. 17165/2023, Lamorgese, Rv. 668634-01**).

### 3. Contenzioso elettorale.

La già citata Sez. 1, n. 23445/2022, Conti, Rv. 665364-02, ha evidenziato che in tema di elezioni amministrative, la dichiarazione di incandidabilità degli amministratori che hanno dato causa allo scioglimento del consiglio comunale per fenomeni di infiltrazione di tipo mafioso, prevista dall'art. 143, comma 11, del d.lgs. n. 267 del 2000, essendo una misura non sanzionatoria, ma interdittiva di carattere preventivo, non impone l'adozione delle garanzie previste per l'applicazione delle sanzioni penali ed il relativo procedimento viene introdotto mediante l'atto di trasmissione ministeriale che, rappresentando una deroga alle regole ordinarie, non deve rispettare i contenuti di cui all'art. 125 c.p.c. e non può ritenersi affetto da nullità se, anziché indicare nominativamente gli amministratori coinvolti, li individui per *relationem*, mediante rinvio ad altri atti amministrativi (nello stesso senso Sez. 1, n. 14584/2022, Caiazzo, non massimata, a mente della quale la speciale modalità di introduzione del giudizio prevista dall'art. 143, comma 11, del d.lgs. n. 267 del 20000 mediante l'atto di trasmissione ministeriale, rappresenta una deroga alle regole comuni. Tale atto di impulso non è perciò tenuto a soddisfare i requisiti ordinari e, in particolare, le previsioni di cui all'art. 125 c.p.c., non risultando nullo qualora ometta di indicare nominativamente gli amministratori coinvolti nella procedura, o comunque non provveda ad esplicita menzione delle specifiche condotte agli stessi attribuite, in quanto rivelatrici della permeabilità dell'amministrazione locale alle influenze inquinanti delle consorterie criminali).

La proposta ministeriale è il solo legittimo atto introduttivo dello speciale giudizio, con il quale il legislatore, per un verso, ha derogato al disposto dell'art. 737 c.p.c. sulla *editio actionis* e, per altro verso, non ne ha consentito la sostituzione con atti diversi dalla proposta in questione. In tema di contenzioso

elettorale amministrativo, la verifica della rispondenza a legge della dichiarata decadenza dalla carica elettiva regionale, pur riguardando la tutela del diritto soggettivo perfetto dell'interessato, inerente all'elettorato passivo, involge esigenze pubblicistiche di rilievo costituzionale, volte ad assicurare la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, sì da rendere necessaria l'indagine ufficiosa sulla sussistenza dei presupposti normativi previsti dagli artt. 7 e 8 d.lgs. n. 235 del 2012 e, in particolare, sull'irrevocabilità della sentenza penale di condanna per le ipotesi di reato da cui discenda ipso iure la menzionata decadenza (Sez. 1, n. 10224/2022, Parise, Rv. 664542-02).

**Sez. 1, n. 27520/2023, Campese, Rv. 669139-01**, ha stabilito che il procedimento contro la deliberazione di decadenza dalla carica di consigliere comunale è disciplinato dal rito semplificato di cognizione, mentre l'atto di appello deve essere proposto esclusivamente nella forma ordinaria dell'atto di citazione, non essendo espressamente prevista dalla legge per il secondo grado di giudizio l'adozione del rito sommario quale modalità alternativa al rito ordinario; né è possibile, in caso di appello introdotto mediante ricorso, la salvezza degli effetti dell'impugnazione, mediante lo strumento del mutamento del rito, previsto dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011.

In tema di elettorato passivo, l'art. 69 del d.lgs. n. 267 del 2000 (cd. "TUEL") prevede un procedimento in più fasi, ciascuna scandita da termini perentori, prima di giungere alla dichiarazione di decadenza del consigliere dell'ente locale in seguito al verificarsi di una causa di incompatibilità con la carica pubblica, con la conseguenza che, scaduti i dieci giorni dall'invito a rimuoverla ed intervenuta la dichiarazione di decadenza, è irrilevante qualsiasi atto o fatto che ponga fine alla situazione di incompatibilità (**Sez. 1, n. 28542/2023, Pazzi, Rv. 668991-01**, nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia della corte territoriale che aveva giudicato irrilevante, in quanto successiva alla scadenza del termine di cui al comma 4 dell'art. 69 e alla delibera di decadenza di cui al comma 5 dello stesso articolo, la dichiarazione di improcedibilità del giudizio amministrativo pendente tra un consigliere comunale e l'ente locale in cui ricopriva la carica).

**Sez. 1, n. 30428/2023, Acierno, Rv. 669294-01**, si è occupata della valenza temporale del novellato art. 143, comma 11, del d.lgs. n. 267 del 2020, stabilendo che in tema di incandidabilità a seguito di scioglimento del consiglio comunale, l'estensione a due turni elettorali successivi allo scioglimento del Consiglio Comunale *ex art.* art. 28 comma 1-*bis* d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif. dalla

l. n. 132 del 2018, ha natura sostanziale con conseguente inapplicabilità retroattiva.

**Sempre sotto il profilo temporale, Sez. 1, n. 06178/2023, Nazzicone, Rv. 667003-01**, ha previsto che in tema di elezioni regionali, tutte le regole elettorali, ivi comprese quelle sulle cause di incompatibilità, devono essere stabilite prima della costituzione dell'assemblea ed applicate successivamente con il medesimo contenuto precettivo sino al suo rinnovo, ne consegue che l'abrogazione di una causa di incompatibilità non può operare che per il futuro, in relazione alla successiva tornata elettorale, e ciò in quanto l'opposta interpretazione consentirebbe all'assemblea legislativa di modificare "le regole del gioco", a candidati eletti e cariche ricoperte *nominatim*, con il rischio, non tollerabile in uno Stato di diritto, di alterare *ex post* e *secundum eventum*, la composizione della stessa assemblea (in applicazione del suddetto principio, la S.C. ha affermato che l'elisione dell'incompatibilità tra la carica di assessore e quella di consigliere regionale, disposta dall'art. 11 della legge reg. Molise n. 1 del 2020, che ha abrogato l'art. 15 della legge reg. Molise n. 20 del 2017, si applica a far tempo dalle successive elezioni).

Infine, la valutazione della sussistenza di condotte rilevanti ai fini della dichiarazione di incandidabilità di cui all'art. 143, comma 11, del d.lgs. n. 267 del 2000, non deve essere compiuta in modo parcellizzato, isolando ciascun comportamento ed esaminandolo singolarmente, dovendo piuttosto essere effettuata in modo complessivo, tale da non tralasciare ed anzi valorizzare le interconnessioni tra le condotte stesse, dalla cui trama ben può emergere la sussistenza dei presupposti per l'incandidabilità (**Sez. 1, n. 25380/2023, Di Marzio, Rv. 668867-01**).

# CAPITOLO XXXIV

## I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(DI OLIMPIA MONACO - LUCA D'ADDARIO)\*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.- 2.1. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni. - 2.1.1. I doveri del magistrato. - 2.1.2. I comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1 d.lgs. n. 109 del 2006, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. - 2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge. - 2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori. - 2.1.5. L'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato. - 2.1.6. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. - 2.1.7. La reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari, delle direttive o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti. - 2.1.8. sottrazione abituale ed ingiustificata all'attività di servizio e condotta scorretta nei confronti di altri magistrati. - 2.2. Illeciti extrafunzionali. - 2.2.1. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri. - 2.2.2. La frequentazione di persona sottoposta a procedimento penale trattato dal magistrato. - 2.2.3. L'iscrizione o partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici. - 2.3. La condotta disciplinare irrilevante. - 2.4. Rapporto di specialità fra illeciti disciplinari. - 2.5. La natura della sanzione disciplinare ed il criterio della proporzionalità nella scelta della sanzione da applicare. -2.6. Il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio. -3. Il giudizio disciplinare. - 3.1. La prova documentale. - 3.2. Le dichiarazioni rese nel procedimento disciplinare da parte di persone imputate in procedimenti connessi o di reati collegati. - 3.3. La tardiva richiesta di discussione orale. - 3.4. Obbligo di motivazione delle sentenze disciplinari. - 3.5. Diversa qualificazione in diritto dei fatti contestati. - 4. Il sindacato di legittimità. -5. Il giudizio d'impugnazione. 5.1. Instaurazione e parti del giudizio di impugnazione. - 5.2. Impugnabilità delle sentenze disciplinari di assoluzione con la formula di cui all'art. 3-bis del d.lgs. n. 109 del 2006. - 6. La responsabilità disciplinare degli avvocati. - 6.1. Gli illeciti disciplinari. -6.2. Il criterio del favor rei. - 6.3. Giudizio disciplinare e giudizio penale. - 6.4. La responsabilità per fatti oggetto di procedimento penale anteriori all'iscrizione dell'avvocato al relativo albo professionale. - 7. La responsabilità disciplinare dei notai. - 7.1. Gli illeciti disciplinari. - 7.2. Il giudizio disciplinare. Le attenuanti *ex* art. 144 l. n. 89 del 1913.

### 1. Premessa.

La rassegna sulla responsabilità disciplinare racchiude le pronunce rese in tale ambito dalla S.C. nei riguardi dei magistrati, degli avvocati e dei notai.

### 2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.

Sul tema della responsabilità disciplinare degli appartenenti all'ordine giudiziario va fatta menzione delle pronunce rese sugli illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni e al di fuori di queste mentre, in relazione al

---

\* Paragrafi dal n. 1 al n. 2.4 a cura di Olimpia Monaco; Paragrafi da n. 2.5 a n. 7.2 a cura di Luca D'addario.

procedimento, alcune decisioni hanno affrontato i temi legati ai profili processuali.

## **2.1. Gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni.**

Riguardo alle diverse fattispecie, vanno distinte le pronunce riguardanti le ipotesi di illecito disciplinare che discendono dall'esercizio delle funzioni da quelle realizzate al di fuori di esse.

Nel primo ambito ricadono le fattispecie dei comportamenti che, violando i doveri del magistrato, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti, la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge, i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori, l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato, la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari, delle direttive o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti, la sottrazione abituale ed ingiustificata all'attività di servizio e la condotta scorretta nei confronti di altri magistrati.

### **2.1.1. I doveri del magistrato.**

Il dovere di correttezza di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 109 del 2006 individua un modello di comportamento al quale, secondo quanto chiarito dalla S.C., anche il magistrato collocato fuori ruolo deve uniformarsi, in quanto inerente allo "*status*" di appartenente all'ordine giudiziario, non rilevando l'attività professionale concretamente svolta. (**Sez. U, n. 25754/2023, Lamorgese, Rv. 668996-02**).

La pronuncia, che si pone in linea di continuità con altra recente (Sez. U, n. 06910/2022, Giusti, Rv. 664406-02), è stata resa con riferimento ad una fattispecie di illecito disciplinare riguardante un magistrato collocato fuori ruolo che, al momento del fatto, ricopriva l'incarico politico di sottosegretario di Stato di un Ministero.

In precedenza, Sez. U, n. 27292/2009, Goldoni, Rv. 610803-01, aveva già chiarito come ai fini della sussistenza degli illeciti previsti dall'art. 2 d.lgs. n. 109 del 2006 assumesse rilievo lo *status* dell'appartenenza del magistrato all'Ordine giudiziario così che tale aspetto non poteva ritenersi venuto meno neppure con il conferimento di funzioni amministrative.

### **2.1.2. I comportamenti che, violando i doveri di cui all'art. 1 d.lgs. n. 109 dle 2006, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti.**

In relazione all'illecito di cui all'art. 2, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 109 del 2006, la S.C. ha chiarito che esso risulta integrato dalla condotta di un magistrato segretario del C.S.M. intesa a consentire, attraverso un intervento sul funzionario amministrativo preposto, l'accesso da parte di consiglieri "autosospesi" al contenuto di intercettazioni ambientali che li riguardavano (ancorché non come indagati nel procedimento penale). Nell'affermare tale principio, la S.C. ha precisato che, sebbene la dichiarazione di "autosospensione" non incida sulle prerogative connesse allo *status* di componente del C.S.M., comprese quelle relative all'accesso regolato dall'art. 31 del regolamento interno del Consiglio, la peculiare posizione giuridica assunta dai componenti autosospesi e l'incertezza giuridico-amministrativa in ambito consiliare circa la loro facoltà di accesso alla documentazione, avrebbero imposto all'incolpato di astenersi dall'adottare iniziative esorbitanti dai compiti propri di un magistrato segretario (**Sez. U, Sentenza n. 09504/2023, Pagetta, Rv. 667447-01**).

La decisione è conforme al principio espresso in altra sentenza (Sez. U, n. 4953/2015, Curzio, Rv. 634503-01) nella quale si era evidenziato come l'illecito in questione sussiste anche nel caso in cui la violazione dei doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio sia stata colposa e l'evento del danno ingiusto o dell'indebito vantaggio per una delle parti non sia stato previsto o voluto, atteso che la limitazione della sanzione disciplinare al solo illecito doloso la identificherebbe con la sanzione penale, mentre esse hanno finalità, intensità ed ambiti diversi.

### **2.1.3. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.**

In relazione all'illecito disciplinare *ex art. 2, comma 1, lett. c)*, d.lgs. n. 109 del 2006, relativo alla consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge, **Sez. U, n. 28167/2023, Scrima, Rv. 668908-02** ha chiarito come esso risulta integrato in virtù della condotta del magistrato il quale, nello svolgimento della funzione di giudice delegato alle procedure concorsuali, omette di astenersi, per gravi ragioni di convenienza, nelle procedure in cui il curatore fallimentare abbia, ovvero abbia avuto una relazione sentimentale con l'incolpato, a nulla rilevando che questa sia iniziata successivamente al conferimento dell'incarico, in quanto il dovere di astensione sussiste anche con riferimento alle attività connesse a quelle più propriamente giurisdizionali, come quella di vigilanza sull'operato del curatore.

#### **2.1.4. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori.**

Con riferimento all'illecito disciplinare di cui all'art. 2, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, concernente i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori, devono essere segnalate alcune pronunce le quali, in relazione all'ambito oggettivo della fattispecie di illecito hanno definito alcuni aspetti delle condotte rilevanti.

**Sez. U, n. 25754/2023, Lamorgese, Rv. 668996-04**, chiarisce che non è configurabile il sopra menzionato illecito in relazione al comportamento dell'incolpato il quale, partecipando a riunioni private nelle quali un altro magistrato abbia reso, a un terzo interlocutore, dichiarazioni gravemente scorrette nei confronti di altri magistrati, non si dissocia dalle affermazioni dei conversanti e mantenga un contegno silente, non essendo imposto dalla legge l'obbligo di esplicitare il proprio dissenso, né sono configurabili consuetudini che rendano il silenzio *ex se* significativo di adesione alle altrui affermazioni.

Nella specie, è stata cassata con rinvio la sentenza della sezione disciplinare del CSM la quale, con motivazione ritenuta contraddittoria e sulla base della mancata "presa di distanza" dell'incolpato dalle affermazioni scorrette rese da altri, aveva ravvisato una grave scorrettezza nella condotta dell'incolpato, magistrato fuori ruolo con funzioni di sottosegretario di Stato di un Ministero, il quale aveva organizzato e partecipato a due riunioni tra un senatore e un altro magistrato, quest'ultimo autore di affermazioni disciplinarmente rilevanti, in quanto denigratorie dei giudici componenti il collegio di cui anche il proponente aveva fatto parte e che aveva celebrato un processo penale a carico del politico presente alla riunione.

In altra pronuncia (**Sez. U, n. 11197/2023, Mercolino, Rv. 667456-02**), la S.C. ha chiarito che l'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006 è configurabile anche in relazione a dichiarazioni rese nell'ambito di conversazioni o *chat* private, purché riconducibili all'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale non comprende soltanto le condotte tenute direttamente nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche quelle che - in quanto inscindibilmente collegate a comportamenti precedenti (o anche solo *in fieri*) attinenti alle stesse - divengono parti di un unico *modus agendi*, contrario ai doveri del magistrato.

Tale principio, che si pone in continuità con quanto già precisato dalla S.C. (Sez. U, n. 20042/2021, Criscuolo, Rv. 661737-01, e n. 28653/2018, Conti, Rv. 651439-01), è stato affermato con riferimento a esternazioni offensive e

denigratorie verso l'operato del Presidente del tribunale, dei componenti di un collegio giudicante e dei magistrati della Procura della Repubblica, poste in essere da un magistrato nell'ambito di una *chat* di *whatsapp* condivisa con i colleghi del proprio ufficio giudiziario, nonché a margine di un'udienza.

**Sez. U, n. 08428/2023, Criscuolo, Rv. 667200-01**, chiarisce che risponde della fattispecie disciplinare in questione il magistrato che, contravvenendo ai doveri di correttezza, equilibrio e rispetto della persona, individuati dall'art. 1 del d.lgs. 109 del 2006, quali precondizioni essenziali di un corretto esercizio della giurisdizione, si abbandoni, in udienza, a comportamenti indicativi di scarso controllo della propria impulsività e di aggressività verbale, assumendo così un contegno che, per essere tenuto in pubblico e davanti ad estranei all'ordine giudiziario, assume, anche per il pregiudizio arrecato all'immagine di una giurisdizione esercitata in termini di equilibrio e terzietà, quel carattere di oggettiva gravità richiesto per la sussistenza dell'illecito.

Nella specie, è stata confermata la sanzione della censura comminata in relazione al comportamento tenuto in udienza dal giudice, che - quando il Pubblico Ministero aveva chiesto alla persona offesa di un processo per maltrattamenti in famiglia, in evidente stato di difficoltà, se avesse bisogno di fermarsi un attimo - aveva replicato alla richiesta di avere un bicchiere d'acqua con un comportamento gravemente disattento ai diritti ed alle esigenze della parte escussa.

La decisione si pone in linea di continuità con altra precedente (Sez. U, n. 20588 del 2013, Cappabianca, Rv. 627419-01) in cui è stata affermata la sussistenza del citato illecito disciplinare nei confronti di un P.M. che - nel corso di un procedimento a carico di prevenuto arrestato in flagranza di reato - aveva criticato platealmente i provvedimenti del giudice, mantenendo un atteggiamento di contestazione verso il medesimo, nonostante il suo invito a rimandare alla fine dell'udienza ogni discussione.

In relazione all'aspetto soggettivo della fattispecie, **Sez. U, n. 11305/2023, Rubino, Rv. 667459-01**, chiarisce come affinché sia integrato l'illecito del comportamento gravemente scorretto di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, non è necessario che l'agente abbia coscienza dell'antigiuridicità della condotta, ma è sufficiente che quest'ultima sia volontariamente posta in essere in presenza di circostanze di fatto che, conosciute dal magistrato, dovrebbero indurlo ad astenersi dal comportamento sanzionato.

In tale pronuncia si è valorizzata la rilevanza disciplinare del comportamento consistito nell'invio di messaggi *whatsapp* ad un componente del C.S.M., tesi a screditare umanamente e professionalmente dei colleghi che concorrevano per il conferimento di un ufficio semidirettivo di un tribunale.

Quanto, infine, all'ambito di valutazione riservata alla Sezione disciplinare del CSM, **Sez. U, n. 11197/2023, Mercolino, Rv. 667456-01**, evidenzia come la "grave scorrettezza" di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, - che concerne i comportamenti tenuti dal magistrato nei confronti delle parti, dei difensori, di altri magistrati e di chiunque con lui abbia rapporti nell'ambito dell'ufficio giudiziario - costituisce oggetto di una valutazione riservata alla predetta Sezione disciplinare, il cui apprezzamento, in quanto afferente al merito, è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logico-giuridici

Tale pronuncia, con la quale è stata confermata la sentenza della Sezione disciplinare del CSM che ha condannato alla perdita di anzianità di tre mesi un magistrato per una serie di comportamenti scorretti dallo stesso tenuti, si pone in linea di continuità con altra precedente pronuncia mediante la quale la S.C. ha chiarito che la valutazione della gravità dell'illecito, anche in ordine al riflesso del fatto oggetto dell'incolpazione sulla stima del magistrato, sul prestigio della funzione esercitata e sulla fiducia nell'istituzione, nonché la determinazione della sanzione adeguata, rientra negli apprezzamenti di merito attribuiti alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, il cui giudizio è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logico-giuridici (Sez. U, n. 33001/2021, Scoditti, Rv. 662941-02).

### **2.1.5. L'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato.**

In relazione alla fattispecie di illecito disciplinare di ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 24307/2023, Manzon, Rv. 668739-01**, chiarisce che al fine di integrare la fattispecie, è sufficiente il solo fatto dell'"interferenza", mentre non rileva l'effettivo realizzarsi dell'evento oggetto della indebita richiesta.

Nella specie, è stata confermata la sentenza della Sezione disciplinare del CSM, che ha condannato alla perdita di anzianità di quattro mesi un magistrato che aveva richiesto ad un collega del medesimo ufficio, con funzioni di giudice dell'esecuzione, di affidare l'incarico di delegato alle vendite nelle procedure di espropriazione immobiliare ad un avvocato, che era in rapporti di amicizia col magistrato, nonché collega di studio di persona legata all'incolpato da una relazione sentimentale, non assumendo rilievo il fatto che gli incarichi conferiti potessero non essere conseguenza della "segnalazione".

La pronuncia conferma precedenti arresti giurisprudenziali mediante i quali si è reiteratamente attribuito rilievo alla astratta idoneità della condotta a mettere

in pericolo la libertà di determinazione e la serenità di giudizio del magistrato destinatario (Sez. U, n. 25136/2014, Di Iasi, Rv. 633207-01) escludendo che potessero assumere a tale fine rilievo la percezione della gravità dell'interferenza da parte del medesimo destinatario ovvero la manifestazione esterna di detta percezione a mezzo di specifici comportamenti (Sez. U, n. 22858/2017, Di Virgilio, Rv. 645467-01 e in senso conforme Sez. U, n. 33329/2018, Tria, Rv. 652103- 01).

### **2.1.6. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.**

La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabili, prevista dall'art. 2, comma 1, lett. g) del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, risulta integrata, secondo **Sez. U, n. 24306/2023, Manzon, Rv. 668738-01**, dalla condotta del P.M. che non proceda all'iscrizione immediata nel registro delle notizie di reato, prescritta dall'art. 335 c.p.p., della persona a cui il reato è attribuito, trattandosi di adempimento per il quale non sussiste alcun margine di discrezionalità. Nella medesima pronuncia si è inoltre chiarito che costituisce poi apprezzamento di merito, insindacabile nel giudizio di cassazione laddove sorretto da motivazione congrua, stabilire se gli elementi raccolti in sede di indagine siano o meno sufficienti ad imporre l'iscrizione del nominativo della persona, destinataria dell'indagine, nel registro medesimo.

In applicazione del predetto principio, che si pone in linea di continuità con quanto in precedenza affermato in altre pronunce della S.C. (vd. Sez. U, n. 20936/2011, Bucciante, Rv. 618833-01, n. 22402/2018, Campanile, Rv. 650604-01, n. 11586/2019, Mercolino, Rv. 653789-01) è stato disposto l'annullamento con rinvio della sentenza della sezione disciplinare del C.S.M. che, in sede di giudizio rescissorio, aveva assolto il PM incolpato di non avere immediatamente iscritto nel registro, oltre a persone già iscritte, alcuni soggetti nei cui confronti erano state rese, alla polizia giudiziaria, dichiarazioni accusatorie spontanee e nei cui confronti il medesimo PM aveva effettuato, in altri procedimenti penali, approfondimenti investigativi. Si è in particolare rilevato che la Sezione disciplinare aveva omesso di tenere nel dovuto conto - secondo il "mandato di revisione" ricevuto - le ulteriori dichiarazioni rese al Procuratore Generale in sede di istruttoria disciplinare, trattandosi di rilevanti specificazioni delle dichiarazioni accusatorie, già riferite alla polizia giudiziaria.

La grave violazione di legge ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 109 del 2006 non rileva in sé, bensì in relazione a quella deontologicamente deviante posta in essere nell'esercizio della funzione, ed impone, pertanto, una valutazione complessiva della vicenda e dell'atteggiamento in essa tenuto dal

magistrato, al fine di verificare se il comportamento sia idoneo, siccome dovuto “quantomeno” ad inescusabile negligenza, a compromettere sia la considerazione di cui il singolo magistrato deve godere, sia il prestigio dell’ordine giudiziario (**Sez. U, n. 26662/2023, Scrima, Rv. 668744-01**, la quale si pone in continuità con i propri precedenti - Sez. U, n. 11069/2012, Vivaldi, Rv. 623234-01, n. 7337/2021, Mercolino, Rv. 660793-01, n. 20819/2019, Scaldaferrì, Rv. 655034-01).

In applicazione di tale principio è stata confermata la sanzione disciplinare della censura inflitta a un pubblico ministero, che aveva ommesso di revocare l’incarico di consulente conferito ad un medico, col quale intratteneva rapporti amicali, nel frattempo sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari e, quindi, sospeso di diritto dall’esercizio della professione ai sensi dell’art. 43 del d.P.R. n. 221 del 1950, assumendo la condotta carattere di rilevanza e significatività attesa la sua valutazione nel complesso e le ricadute sulla speditezza dell’indagine da essa conseguenti, stante l’ingiustificata e protratta omissione, pur nella consapevolezza dello stato di detenzione del consulente, e la concessione della proroga del termine per il deposito della relazione, sebbene già scaduto.

### **2.1.7. La reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari, delle direttive o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti.**

L’illecito disciplinare di cui all’art. 2, comma 1, lett. n), del d.lgs. n. 109 del 2006 che richiede che l’inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici sia “reiterata” ovvero “grave” non risulta integrata, *ex se*, in virtù della reiterata mancata partecipazione del magistrato alle riunioni indette dal Presidente del tribunale *ex art. 47-quater* Ord. Giud., essendo al riguardo necessario, secondo quanto chiarito da **Sez. U, n. 08151/2023, Mancino, Rv. 667325-01**, vagliare l’offensività della condotta, verificando in concreto i doveri specificamente disattesi, le ragioni della colpevole violazione o l’effettivo prodursi di conseguenze negative in ragione della suddetta mancata partecipazione (tra le quali lo scostamento dalle determinazioni assunte all’esito delle citate riunioni).

La decisione è in linea con il precedentemente orientamento dalla S.C. (Sez. U, n. 7383/2013, Amoroso, Rv. 625556-01) secondo il quale deve ritenersi affetta dal vizio di cui all’art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. la sentenza con cui la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura - esclusa la sussistenza della reiterazione dell’inosservanza - abbia ommesso un’espressa e formale valutazione in ordine al requisito della sua “gravità”, allorché la stessa

non sia neppure indirettamente ricavabile, in modo univoco, dalla mera narrazione dei fatti accertati contenuta nella sentenza.

### **2.1.8. sottrazione abituale ed ingiustificata all'attività di servizio e condotta scorretta nei confronti di altri magistrati.**

**Sez. U, n. 31692/2023, Giusti, Rv. 669400-01**, chiariscono che l'illecito disciplinare di sottrazione abituale ed ingiustificata all'attività di servizio di cui all'art. 2, co. 1, lett. r) del d.lgs. n. 109 del 2006 ovvero quello relativo alla condotta scorretta nei confronti di altri magistrati di cui alla lett. d) dello stesso articolo, non risulta integrato dal comportamento del magistrato che si assenta dall'ufficio per il mancato possesso o per l'omessa esibizione della certificazione verde COVID-19, atteso che tale comportamento non è espressione di un atteggiamento incurante della priorità del servizio giustizia o rivolto verso i colleghi, ma, piuttosto, l'effetto della scelta personale di non conseguire la predetta certificazione, dalle quale deriva, come conseguenza prevista dalla legge, la mancata corresponsione della retribuzione o di altri emolumenti a causa dell'omesso svolgimento della funzione

## **2.2. Illeciti extrafunzionali.**

In relazione agli illeciti commessi dal magistrato al di fuori delle funzioni, si segnala l'uso della corrispondente qualità al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri, la frequentazione di persona sottoposta a procedimento penale trattato dal medesimo magistrato, l'iscrizione o partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici da parte del magistrato.

### **2.2.1. L'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri.**

L'illecito disciplinare "extrafunzionale" di cui all'art. 3, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 109 del 2006 S.C. è integrato in presenza di un uso strumentale della qualità di magistrato, posto in essere al di fuori dell'esercizio delle funzioni, allo scopo di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri, mentre non è necessario che il vantaggio ottenuto sia di rilevante entità, potendo trovare applicazione anche alla spendita implicita della qualifica per ottenere prestazioni gratuite *una tantum* (**Sez. U, n. 21368/2023, Giusti, Rv. 668226-01**).

In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la sanzione disciplinare della censura inflitta ad un magistrato che aveva speso la sua qualità per ottenere l'uso gratuito e del tutto occasionale di un gommone nautico, ritenendo al

riguardo privo di rilievo il fatto che l'incolpato aveva provveduto al rifornimento del carburante.

### **2.2.2. La frequentazione di persona sottoposta a procedimento penale trattato dal magistrato.**

In relazione all'illecito disciplinare previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 109 del 2006 incentrato sulla frequentazione, da parte del magistrato, di persona sottoposta a procedimento penale dal medesimo trattato, **Sez. U, n. 24038/2023, Vincenti, Rv. 668753-01**, chiarisce che per la sua integrazione è necessario, sotto il profilo oggettivo, che tale frequentazione sia caratterizzata da una regolarità di rapporti tale da appannare l'immagine di quest'ultimo, suscitando sospetti sulla sua imparzialità nell'esercizio delle funzioni, mentre, sotto il profilo soggettivo, è sufficiente che la conoscenza della situazione in cui si trova la persona frequentata accompagni la condotta o anche solo un suo segmento, ossia che al magistrato risulti la predetta condizione quando frequenta, o continua a frequentare, quella certa persona, non essendo necessario che la consapevolezza preceda la frequentazione.

In applicazione del predetto principio, è stata confermata la condanna disciplinare, pronunciata in ragione della comprovata abitudine e assiduità della frequentazione tra l'incolpato e la persona coinvolta in plurimi procedimenti penali trattati dal magistrato, iscritti tra il 2012 ed il 2018, ritenendo sufficiente che nel mese di luglio 2015, data di inizio della frequentazione, e anche successivamente, l'incolpato fosse a conoscenza della particolare condizione della persona frequentata, restando irrilevante la consapevolezza della pendenza di altro procedimento penale a carico della persona frequentata, iscritto nel 2012 e, dunque, in epoca precedente all'inizio del rapporto di frequentazione.

Deve al riguardo osservarsi come in altra precedente pronuncia la S.C. ha escluso che la successiva conclusione del processo penale, trattato dall'incolpato, a carico della persona con cui lo stesso ha intrattenuto con abitudine rapporti consapevoli di affari, possa consentire di escludere l'illecito in quanto l'art. 3, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 109 del 2006, che è disposizione posta a tutela della credibilità del magistrato, non giustifica una simile interpretazione restrittiva (Sez. U, n. 27419/2022, Cirillo F.M., Rv. 665663-01).

### **2.2.3. L'iscrizione o partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici.**

Nei procedimenti disciplinari a carico dei magistrati va esclusa una rilevanza negativa delle motivazioni politiche dell'autore, in quanto esse costituiscono espressione del fondamentale diritto di accesso agli uffici pubblici di natura

politica, garantito dall'art. 51 Cost. ai cittadini e, quindi, ai magistrati, anche fuori ruolo, dovendosi delimitare il disvalore disciplinare unicamente alle fattispecie di iscrizione o partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici, di cui all'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109 del 2006 (**Sez. U, n. 25754/2023, Lamorgese, Rv. 668996-05**).

In applicazione di tale principio, è stata annullata con rinvio la sentenza con cui la Sezione disciplinare del CSM aveva comminato, a carico del predetto magistrato, la sanzione dell'ammonimento, senza attribuire adeguato rilievo alla circostanza che l'attività al medesimo contestata si fosse svolta nell'arco di pochi giorni ed unicamente nel contesto di quella specifica campagna elettorale, essendo dunque circoscritta ad una determinata competizione ed espressione del diritto di elettorato passivo *ex* art. 51, comma 1, Cost.

Sotto questo profilo deve segnalarsi come, in altra precedente pronuncia, si sia precisato come, sebbene l'attività di propaganda elettorale, svolta nell'esercizio del diritto di elettorato passivo, e la partecipazione all'attività di un partito politico siano condotte contigue, non integra l'illecito disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lett. h), del d.lgs. 24 febbraio 2006, n. 109 il contegno di un magistrato che abbia accettato la candidatura a consigliere comunale di un Comune non rientrante nel suo distretto giudiziario di appartenenza in una lista civica, collegata con quella del candidato sindaco e da costui indicato, in caso di elezione, quale futuro vicesindaco, svolgendo, in tale contesto, attività di propaganda elettorale (**Sez. U, n. 27987/2013, Amoroso, Rv. 628751-01**).

### **2.3. La condotta disciplinare irrilevante.**

Numerose le pronunce in tema di operatività dell'esimente della scarsa rilevanza del fatto ai sensi dell'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006.

**Sez. U, n. 28167/2023, Scrima, Rv. 668908-03**, ha chiarito come l'immagine stessa del magistrato evoca un modello ideale, rispettoso dell'insieme dei doveri che ne definiscono gli schemi comportamentali (e riempiono di contenuto il modello stesso) e affidatario della tutela dei diritti di ogni consociato; pertanto, i magistrati - più di ogni altra categoria di funzionari pubblici - sono tenuti a conformare oggettivamente la propria condotta ai più rigorosi standard di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio nell'esercizio delle funzioni, ma anche ad apparire indipendenti ed imparziali (evitando di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni), con la conseguenza che l'esimente della scarsa rilevanza della violazione del dovere di astensione va esclusa se la condotta dell'incolpato è idonea a compromettere l'immagine del magistrato in relazione ai predetti profili.

In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la decisione della Sezione Disciplinare che aveva escluso l'applicabilità dell'esimente della scarsa rilevanza della violazione del dovere di astensione alla condotta di un magistrato - che aveva intrattenuto relazioni sentimentali con curatori fallimentari e legali della curatela, nell'ambito di procedure fallimentari nelle quali rivestiva la funzione di giudice delegato - perché intrinsecamente idonea a ledere il bene giuridico protetto, restando irrilevante, in quanto elemento aleatorio estraneo a detta condotta, lo *strepitus fori* determinato dalla diffusione della notizia sulla stampa locale.

Quanto alla rilevanza della predetta esimente rispetto alle singole fattispecie di illecito disciplinare deve innanzi tutto rammentarsi **Sez. U, n. 24048/2023, Vincenti, Rv.668736-03**, la quale, in relazione all'illecito disciplinare di cui all'art. 3, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 109 del 2006, ha precisato che l'accertamento della sussistenza della predetta esimente va compiuto su due piani distinti, ma convergenti, dovendosi dapprima valutare se la lesione del bene giuridico tutelato dalla norma disciplinare non sia grave e, solo in tal caso, potendosi stabilire se la condotta abbia determinato ricadute di scarsa rilevanza sull'immagine del magistrato, in ogni caso prendendo in considerazione le caratteristiche oggettive e soggettive del fatto addebitato, non già elementi esterni che non sono apprezzabili in termini di offensività

In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza della Sezione disciplinare con la quale, nonostante la gratuità dell'incarico di coordinatore dei corsi di preparazione per l'accesso alla professione di avvocato ed al concorso per magistrato ordinario, svolto, per un periodo, senza la prescritta autorizzazione del CSM, non si era data applicazione dell'esimente della scarsa rilevanza del fatto, in ragione della grande "esposizione mediatica" derivante all'incolpato dal predetto incarico e, delle "modalità poco limpide" con le quali il magistrato aveva mantenuto "il rapporto istituzionale con il Consiglio", in quanto la motivazione era priva di riferimenti alla gravità della lesione inferta al bene giuridico tutelato e all'immagine del magistrato, quale "*vulnus*" alla sua imparzialità e indipendenza.

La pronuncia si pone in linea di continuità con altra decisione nella quale si è riconosciuto che l'esimente introdotta dall'art. 1 della legge 24 ottobre 2006, n. 269 nel dettato del d.lgs. n. 109 del 2006 introduce nella materia disciplinare il principio di offensività, proprio del diritto penale, secondo il quale la sussistenza dell'illecito va, comunque, riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato *ex post*. (Sez. U, n. 25091/2010, D'Alessandro, Rv. 615495-01).

Più recentemente la S.C. (Sez. U, n. 7497/2022, Ferro, Rv. 664204-02) ha rilevato come tale esimente non possa essere automaticamente esclusa in caso di plurime inosservanze del medesimo obbligo, in quanto la reiterazione del medesimo comportamento censurato non integra di per sé una presunzione assoluta di offensività; si è in tale pronuncia affermato il principio secondo il quale risulta necessario valutare per ciascun illecito separatamente la idoneità a ledere il bene giuridico protetto e verificare se il tratto comune delle condotte abbia comportato, come effetto unitario, un più grave appannamento dell'immagine di imparzialità del magistrato e della sua attività nella percezione della comunità professionale o del contesto giudiziario. Secondo Sez. U, n. 29823/2020, Cosentino, Rv. 660013-02, l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante in applicazione dell'esimente è da identificarsi in quella che, riguardata *ex post* e in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato).

In relazione all'applicazione dell'esimente in questione all'illecito disciplinare costituente reato (*ex art. 4, comma 1, lett. d), del medesimo d.lgs.), Sez. U, n. 28263/2023, Mercolino, Rv. 669272-03*, ha chiarito come devono valutarsi l'oggettiva gravità del fatto e la sua idoneità a compromettere gravemente l'immagine di equilibrio e imparzialità del magistrato, in considerazione non solo della risonanza mediatica della vicenda, ma anche del ruolo ricoperto dall'incolpato.

In applicazione del principio è stata confermata la sentenza della sezione disciplinare che non ha fatto applicazione dell'esimente della scarsa rilevanza del fatto per avere l'incolpato, sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione, commesso l'illecito disciplinare costituente un reato implicante l'uso della violenza.

#### **2.4. Rapporto di specialità fra illeciti disciplinari.**

Il tema del rapporto tra fattispecie di illeciti disciplinari è stato affrontato in più pronunce della S.C.

**Sez. U, n. 09733/2023, Manzon, Rv. 667458-01**, ha osservato che l'introduzione, con l'art. 11 della l. n. 71 del 2022, della nuova fattispecie d'illecito prevista dall'art. 3, comma 1, lett. *l-bis*), del d.lgs. n. 109 del 2006 - che sanziona la condotta del magistrato che si adopera "per condizionare indebitamente l'esercizio delle funzioni del C.S.M., al fine di ottenere un ingiusto vantaggio per sé o per altri o di arrecare un danno ingiusto ad altri" - non esclude che la medesima condotta, integrante una grave scorrettezza nei confronti di altri magistrati, sia autonomamente punita ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, in quanto tra le due disposizioni non esiste un rapporto

di specialità (rapporto che, invece, va riconosciuto tra l'art. 3, comma 1, lett. l-*bis*) del d.lgs. n. 109 del 2006 e l'art. 3, comma 1, lett. i) dello stesso d.lgs.), sicché i diversi illeciti disciplinari possono concorrere.

In altra decisione, la S.C. ha affermato che le fattispecie di illecito disciplinare previste, rispettivamente, dalle lett. a) e l) dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2006 non sono tra loro in rapporto di specialità, poiché il provvedimento privo di motivazione, ovvero con motivazione meramente apparente, integra non solo l'illecito di cui alla lett. l), ma, qualora dall'inosservanza dell'obbligo di motivazione derivi un indebito vantaggio, anche quello di cui alla lett. a), rientrando tra i doveri di correttezza, diligenza e laboriosità, richiamati dall'art. 1 del citato d.lgs., anche quello di assumere provvedimenti motivati (**Sez. U, Sentenza n. 08428/2023, Criscuolo, Rv. 667200-02**).

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ravvisato il concorso tra i due illeciti con riferimento alla revoca di una misura cautelare, che, richiamando la sola data di applicazione della misura, era priva di motivazione ed aveva comportato l'indebito vantaggio della scarcerazione dell'imputato.

La decisione è in linea con Sez. U, n. 2610/2021, Scarpa, Rv. 660309-03, con cui è stata cassata la sentenza della Sezione disciplinare del CSM nella parte in cui aveva desunto dall'esclusione della configurabilità dell'illecito per l'inadempimento dell'obbligo di cui all'art. 335 c.p.p. anche l'automatica insussistenza della contestata violazione dei doveri di correttezza e diligenza, senza alcun apprezzamento sull'assenza di qualsiasi attività investigativa del magistrato per un lungo periodo, individuata nell'incolpazione come distinto comportamento connotato da scarso impegno, autonomo rispetto alla omessa iscrizione e potenzialmente idoneo a compromettere il prestigio e la credibilità dell'ordine giudiziario.

## **2.5. La natura della sanzione disciplinare ed il criterio della proporzionalità nella scelta della sanzione da applicare.**

Con riferimento alla natura della sanzione disciplinare ed al criterio della proporzionalità nella scelta della sanzione da applicare si segnalano alcune pronunce.

Le Sezioni Unite, con sentenza ancora da massimare (R.G. n. 12574/23, udienza del 7.11.2023, pubblicata il 29.12.2023, Stalla) hanno ribadito l'esclusione dell'ascrivibilità delle sanzioni disciplinari dei magistrati all'ambito 'sostanzialmente penale', in conformità con quanto reiteratamente affermato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, ed in linea con quella della CEDU in

materia di autonomia e indipendenza dei corpi giudiziari, a tenore della quale si è affermata la natura ‘civile’ ovvero ‘disciplinare’, ma non ‘penale’ *ex* artt. 6-7 CEDU, delle sanzioni previste per gli operatori legali ed in particolare per gli stessi giudici, perché applicate da un organo di autogoverno, indirizzate ad una ben determinata e qualificata categoria professionale, aventi lo scopo precipuo di tutelare in primo luogo la funzione pubblica.

**Sez. U, n. 28263/2023, Mercolino, Rv. 669272-04**, ha precisato che qualora sia riconosciuta la responsabilità disciplinare del magistrato incolpato, la Sezione disciplinare del C.S.M. deve scegliere la sanzione da applicare secondo il fondamentale criterio della proporzionalità, intesa come adeguatezza alla concreta fattispecie disciplinare ed espressione della razionalità che fonda il principio di eguaglianza, e, quindi, con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto.

A tal fine, ha ancora chiarito la S.C., devono formare oggetto di valutazione la gravità dei fatti in rapporto alla loro portata oggettiva, la natura e l'intensità dell'elemento psicologico nel comportamento contestato unitamente ai motivi che l'hanno ispirato e, infine, la personalità dell'incolpato, in relazione, soprattutto, alla sua pregressa attività professionale e agli eventuali precedenti disciplinari ed alle ripercussioni del fatto addebitato sulla stima del magistrato, sul prestigio della funzione esercitata e sulla fiducia del pubblico nell'istituzione.

In applicazione del principio, in relazione all'illecito disciplinare costituente reato, previsto dall'art. 4, comma 1, lett. d), del medesimo d.lgs., per il quale era stata applicata al magistrato la sanzione della perdita di anzianità di sei mesi, è stata annullata la sentenza per difetto di proporzionalità della sanzione, per non avere la Sezione disciplinare adeguatamente motivato sul contesto personale e familiare dell'incolpato, sulla condizione di concitazione caratterizzata da una componente fortemente emotiva, nella quale era maturata la condotta violenta, situazioni che avrebbero dovuto essere considerate al fine di valutare l'intensità dell'elemento psicologico dell'illecito e della personalità dell'incolpato, ed ha disposto il rinvio per la nuova determinazione della sanzione.

Quanto, infine, all'ambito di valutazione rimesso alla decisione adottata dalla Sezione disciplinare, **Sez. U, n. 08034/2023, Giusti, Rv. 667324-02**, evidenzia che la scelta della sanzione da applicare all'incolpato, da effettuarsi secondo il criterio della proporzionalità - e, cioè, in misura adeguata alla concreta fattispecie disciplinare, con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso -, costituisce un apprezzamento insindacabile in sede di legittimità, purché la motivazione sia congrua e immune da vizi logico-giuridici. In particolare, la congruità della motivazione del giudice disciplinare impone di considerare la gravità dei fatti in rapporto alla loro portata oggettiva, alla natura e all'intensità dell'elemento

psicologico del comportamento contestato unitamente ai motivi che l'hanno ispirato, alla personalità dell'incolpato, soprattutto in relazione alla sua pregressa attività professionale e agli eventuali precedenti disciplinari, nonché al riflesso del fatto addebitato sulla stima del magistrato, sul prestigio della funzione esercitata e sulla fiducia del pubblico nell'istituzione.

La pronuncia che si pone in continuità con altra recente sentenza delle Sez. U, n. 11457/2022, Falabella, Rv. 664414-01, ha annullato la sentenza della Sezione disciplinare - in relazione a vicenda in cui era stata applicata al magistrato la sanzione della sospensione dalle funzioni per due anni, "tenuto conto del numero e dell'oggetto dei precedenti disciplinari maturati" - in ragione della ravvisata insufficienza e lacunosità della motivazione, caratterizzata da una formula di stile legata in via esclusiva alla personalità dell'incolpato e priva di alcuna attinenza alla gravità dell'illecito nelle sue componenti materiale e soggettiva, e ha disposto altresì la rivalutazione in base al criterio di proporzionalità, avendo riguardo anche alla sopravvenuta assoluzione definitiva dell'incolpato in sede penale per insussistenza del fatto.

## **2.6. Il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio.**

L'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2006, nello stabilire che la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, nell'infliggere una sanzione diversa dall'ammonizione e dalla rimozione, possa disporre il trasferimento del magistrato ad altra sede o ad altro ufficio, deve essere interpretato nel senso di prevedere entrambe le misure, senza escluderne il cumulo, poiché la "ratio" della norma non è quella di sanzionare ulteriormente il magistrato, ma di impedire che il contesto ambientale in cui esso opera, rispetto al quale sono rilevanti sia la sede che le funzioni svolte, determini ulteriori violazioni disciplinari lesive del buon andamento della giustizia, tutelando, pertanto, un interesse pubblico riconducibile all'art. 97 cost. ed all'intero titolo IV della costituzione (**Sez. U, n. 09712/2023, Manzon, Rv. 667449-01**, in senso conforme Sez. U, n. 17551/2017, Scoditti, Rv. 644923).

In applicazione del principio, rilevata la stretta connessione degli illeciti contestati con l'esercizio delle funzioni requirenti, è stata rigettata la censura riguardante il cumulo fra la sanzione disciplinare inflitta a un magistrato della Procura e il suo trasferimento ad altro ufficio con mutamento delle funzioni, disposto in un caso di rivelazione ad un avvocato difensore di atti di indagine coperti da segreto e, in particolare, dell'imminente adozione di misure cautelari a carico di soggetti affiliati alla 'ndrangheta, poi effettivamente sottrattisi alla misura.

### 3. Il giudizio disciplinare.

In numerose pronunce la S.C. ha affrontato le tematiche afferenti al giudizio disciplinare con particolare riferimento all'ambito di cognizione del predetto giudizio, al rito applicabile dinanzi alla Sezione disciplinare, al contenuto motivazionale delle sentenze disciplinari ed agli effetti derivanti dalla riqualificazione in diritto dei fatti contestati.

#### 3.1. La prova documentale.

**Sez. U, n. 11197/2023, Mercolino, Rv. 667456-03**, chiarisce che i messaggi *whatsapp* e gli *sms* conservati nella memoria di un telefono cellulare sono utilizzabili quale prova documentale *ex art.* 234 c.p.p. e, dunque, possono essere legittimamente acquisiti mediante la mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.

Nel caso di specie è stata confermata la statuizione della Sezione disciplinare del CSM, nel senso della piena utilizzabilità dei messaggi estrapolati da una “*chat*” di “*whatsapp*” mediante copia dei relativi “*screenshots*”, ritenendo irrilevante, a tal fine, il mancato sequestro del dispositivo in cui le conversazioni erano memorizzate, anche tenuto conto del riscontro della provenienza e attendibilità degli stessi, fornito dalla riproduzione nelle relazioni del Procuratore della Repubblica e del Presidente del tribunale.

#### 3.2. Le dichiarazioni rese nel procedimento disciplinare da parte di persone imputate in procedimenti connessi o di reati collegati.

In punto di assunzione e valutazione delle dichiarazioni rese da persone imputate in procedimenti connessi o di reato collegati, **Sez. U, n. 28263/2023, Mercolino, Rv. 669272-02**, chiariscono come i richiami al codice di procedura penale contenuti nell'art. 16, comma 2 (per l'attività di indagine), ed art. 18, comma 4 (per il dibattimento), del d.lgs. n. 109 del 2006 devono interpretarsi restrittivamente e solo nei limiti della compatibilità, dovendo applicarsi, per il resto, le regole del codice di procedura civile. La S.C. esclude l'applicabilità della disciplina del codice di procedura penale sull'assunzione e valutazione delle dichiarazioni rese da persone imputate in procedimenti connessi o di reati collegati, in quanto riferibile esclusivamente ai rapporti tra procedimenti penali, ma anche dell'art. 246 c.p.c. sull'incapacità a testimoniare, perché la disposizione è riferita alla titolarità di un interesse idoneo a legittimare la partecipazione del teste al giudizio e, dunque, incompatibile col procedimento disciplinare, in cui

non è ammesso l'intervento di soggetti diversi dall'incolpato e dal Procuratore generale.

In applicazione del principio, la S.C. ha statuito che la pendenza di un giudizio civile di risarcimento, promosso dall'incolpato nei confronti di giornalisti, per i danni derivanti dalla pubblicazione di notizie di stampa riguardanti la vicenda disciplinare non determina l'esclusione della capacità di testimoniare dei convenuti, con la conseguenza che il possibile condizionamento dell'accertamento in sede disciplinare derivante dalla causa civile può rilevare, esclusivamente, sotto il profilo della attendibilità dei testimoni.

La pronuncia si pone in linea di continuità con altra pronuncia nella quale è stata parimenti escluso che la deposizione del testimone - assunta alla presenza del difensore e con la possibilità di avvalersi della facoltà di non rispondere, in ragione della pendenza di un separato procedimento disciplinare a suo carico - dovesse essere valutata ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p. e, cioè, con riscontri esterni idonei a confermare l'attendibilità della narrazione pronuncia resa dalla S.C. (Sez. U, n. 34992/2022, Giusti, Rv. 666368-01).

### **3.3. La tardiva richiesta di discussione orale.**

In relazione all'udienza disciplinata dall'art. 23, comma 8 *bis*, del d.l. n. 137 del 2020, conv., con modif., dalla l. n. 176 del 2020, prorogato *ex art.* 8, comma 8, del d.l. n. 198 del 2022, conv., con modif., dalla l. n. 14 del 2023, **Sez. U, n. 08034/2023, Giusti, Rv. 667324-01**, chiarisce che, in caso di tardiva richiesta di discussione orale, l'omessa indicazione della trattazione cartolare "pandemica" nell'avviso di fissazione dell'udienza assume rilievo ai fini dell'accoglimento dell'istanza di rimessione in termini, in ragione dell'esigenza di salvaguardia dell'affidamento riposto nella celebrazione dell'udienza (indotto da un atto proveniente dalla cancelleria del giudice procedente) e degli interessi da considerare, posto che la prorogata trattazione cartolare - attualmente rispondente, prevalentemente, ad esigenze di carattere organizzativo - è sostenuta da una finalità meno pregnante rispetto al valore che si compendia nella pubblicità dell'udienza in presenza.

### **3.4. Obbligo di motivazione delle sentenze disciplinari.**

**Sez. U, n. 07768/2023, Rubino, Rv.667199-03**, chiariscono che il procedimento disciplinare a carico di magistrati ha natura giurisdizionale, con la conseguenza che nel provvedimento decisorio che lo definisce deve trovare spazio un apparato giustificativo che dia conto degli specifici passaggi logici

relativi alla disamina degli istituti di diritto sostanziale o processuale, funzionale a conferire alla decisione una solida forza persuasiva in quanto fondata su una motivazione dialogica e non meramente assertiva, che si faccia carico di esplicitare compiutamente le ragioni per le quali ritiene di disattendere le argomentazioni e le istanze istruttorie di una parte e di aderire alle richieste dell'altra.

Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza che aveva ritenuto provati episodi di corruzione a carico di un magistrato senza confrontarsi, nella motivazione, con le deduzioni difensive dell'incolpato, che in sede penale era stato assolto dalle imputazioni relative, in parte, agli stessi fatti contestati in sede disciplinare.

La sentenza si pone in linea di continuità con altra recente (Sez. U, n. 9390/2021, Cosentino, Rv. 660918-01) in cui è stato evidenziato l'obbligo del rispetto, nei procedimenti disciplinari, delle regole del codice di procedura penale come prescritto negli artt. 16 (per l'attività di indagine) e 18 (per il dibattimento) del d.lgs. n. 109 del 2006 nei limiti della loro compatibilità col procedimento speciale.

### 3.5. Diversa qualificazione in diritto dei fatti contestati.

In relazione al tema concernente la diversa qualificazione dei fatti contestati e gli effetti ad essa collegati, **Sez. U, n. 07768/2023, Rubino, Rv. 667199-02**, chiarisce che il termine decennale di perenzione dell'azione disciplinare a carico di magistrati, stabilito dall'art. 15, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 109 del 2006, si applica anche nel caso in cui, in sentenza, la condotta originariamente contestata sia stata riqualificata in un illecito diverso rispetto a quello ritenuto nel capo d'incolpazione.

Nella specie la S.C. ha statuito che la Sezione disciplinare del C.S.M., all'esito dell'istruttoria, previa riqualificazione di una delle condotte originariamente contestate all'incolpato, aveva correttamente escluso la perenzione dell'azione disciplinare, dal momento che quest'ultima era stata esercitata entro il periodo di tempo di dieci anni dall'ultimo episodio corruttivo a carico del magistrato.

Il principio espresso nella predetta sentenza si pone in linea di continuità con quanto già affermato dalla S.C. in precedenti decisioni (v. Sez. U, n. 24673/2018, Bronzini, Rv.650870-01).

Nella stessa decisione (**Sez. U, n. 07768/2023, Rubino, Rv. 667199-01**) altra massima ha chiarito come la Sezione disciplinare del C.S.M., ai sensi dell'art. 521, comma 1 c.p.p., può, con la sentenza di condanna, qualificare diversamente in diritto i fatti contestati nel capo d'incolpazione, purché essi non siano radicalmente immutati nei loro elementi essenziali rispetto all'accusa originaria,

mercé l'introduzione di elementi eterogenei rispetto ai quali non sia stata data all'incolpato la possibilità di difendersi adeguatamente in giudizio.

Enunciando il predetto principio di diritto, è stata annullata con rinvio la sentenza disciplinare che aveva riqualificato ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 109 del 2006, la condotta contestata ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del medesimo d.lgs., introducendo di fatto un elemento oggettivo, quello di "agevolazione di eccezionale favore", inesistente nella originaria contestazione contenuta nel capo d'incolpazione.

La decisione appare conforme ad altra precedente (Sez. U, n. 26548/2013, Cappabianca, Rv. 628428-01) con la quale si è affermato che il rispetto del principio della necessaria correlazione tra il fatto addebitato e quello ritenuto in sentenza va valutato non in senso rigorosamente formale, ma con riferimento alla finalità cui esso è diretto, sicché la sua violazione è ipotizzabile esclusivamente in presenza di un effettivo pregiudizio per la possibilità di difesa. Pertanto, l'osservanza del principio del contraddittorio, richiamato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, con la sentenza 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), è assicurata quando il giudice di merito provveda alla riqualificazione degli stessi direttamente in sentenza, senza preventiva interlocuzione dell'interessato sul punto, posto che il rispetto del contraddittorio è comunque assicurato dalla possibilità di contestare tale diversa definizione mediante il ricorso per cassazione (nello stesso senso vd. Sez. U, n. 4954/2015, Curzio, Rv. 634507-01).

#### **4. Il sindacato di legittimità.**

Numerose le pronunce dedicate al sindacato di legittimità.

**Sez. U, n. 24035/2023, Marotta, Rv. 668735-01**, chiarisce che il principio della necessaria correlazione tra incolpazione e sentenza si applica, nell'ambito del procedimento disciplinare a carico di magistrati, anche con riferimento alla sospensione cautelare facoltativa di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 109 del 2006, con la conseguenza che, se nel procedimento penale è caduta l'accusa avente ad oggetto la commissione del fatto di reato in relazione al quale il magistrato era stato sospeso dalle funzioni e dallo stipendio, la Sezione disciplinare del C.S.M. non può, in sede di istanza di revoca dell'ordinanza cautelare chiesta dal magistrato, confermare quest'ultima sulla base di un fatto di reato diverso, senza che il Procuratore generale presso la Corte di cassazione o il Ministro della Giustizia abbia avanzato una nuova istanza cautelare e senza garantire all'incolpato il diritto di difesa in relazione al diverso fatto emerso nel corso del procedimento penale.

Nella specie è stata annullata l'ordinanza con cui la Sezione disciplinare del C.S.M., nonostante l'archiviazione del procedimento penale per riciclaggio nei confronti di un magistrato, aveva confermato il provvedimento cautelare di cui era stata chiesta la revoca, fondandolo sull'emersione, nel corso dello sviluppo del detto procedimento, di fatti di corruzione in relazione ai quali il P.G. presso la Corte di cassazione non aveva chiesto l'emissione di una nuova misura cautelare.

In precedenza, sul fatto oggetto di incolpazione e la corrispondenza con quello ritenuto in sentenza, Sez. U, n. 10445/2022, Rossetti, Rv. 664229-01, ha ribadito che la discordanza tra accusa e condanna sussiste soltanto quando è operata una trasformazione o sostituzione degli elementi costitutivi dell'addebito, ma non anche quando gli elementi essenziali della contestazione formale restino immutati nel passaggio dalla contestazione all'accertamento dell'illecito, variando solo elementi secondari e di contorno, ovvero quando l'affermazione di responsabilità si fondi su diverse possibili alternative condotte colpose, ciascuna delle quali dotata di efficienza causale rispetto all'evento, sempre che l'incolpato abbia comunque avuto modo di difendersi in merito alle diverse ipotesi ricostruttive (in senso conforme, Sez. U, n. 10415/2017, Giusti, Rv. 644045-03).

Sempre in relazione ai limiti del sindacato di legittimità **Sez. U, n. 11197/2023, Micolino, Rv. 667456-01**, chiarisce che la "grave scorrettezza" di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, - che concerne i comportamenti tenuti dal magistrato nei confronti delle parti, dei difensori, di altri magistrati e di chiunque con lui abbia rapporti nell'ambito dell'ufficio giudiziario - costituisce oggetto di una valutazione riservata alla Sezione disciplinare del CSM, il cui apprezzamento, in quanto afferente al merito, è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logico-giuridici.

La pronuncia si pone in linea di continuità con Sez. U, n. 12446/2022, Cosentino, Rv. 664746-01, secondo la quale la denuncia - con ricorso per cassazione - del vizio di manifesta illogicità della decisione, in cui sarebbe incorsa la sezione disciplinare del CSM, può sollecitare la S.C. esclusivamente a verificare se il giudice di merito abbia esaminato gli elementi e le deduzioni posti a sua disposizione ed abbia fatto corretto uso di regole logiche, massime di esperienza e criteri legali di valutazione, così da offrire razionale spiegazione dell'opzione decisionale fatta rispetto alle diverse tesi difensive, restando, invece, preclusa la possibilità di opporre alla valutazione dei fatti contenuta nella decisione una diversa loro ricostruzione.

In applicazione di tali principi è stata dunque annullata la pronuncia della sezione disciplinare poiché, senza valutare il contenuto del materiale probatorio acquisito al giudizio disciplinare, evidenziandone eventuali profili di inattendibilità, ne aveva obliterato il contenuto, esprimendo un giudizio meramente apodittico le cui ragioni erano rimaste del tutto inesprese (in precedenza, in senso conforme, Sez. U, n. 14430/2017, Cirillo E., Rv. 644565-03).

In senso conforme deve richiamarsi **Sez. U, n. 28263/2023, Mercolino, Rv. 669272-01**, a tenore della quale, nel procedimento disciplinare a carico di magistrati, la Sezione disciplinare del C.S.M. può, ai sensi dell'art. 521, comma 1 c.p.p. e con la sentenza di condanna, qualificare diversamente in diritto i fatti contestati nel capo d'incolpazione, purché essi non siano radicalmente immutati nei loro elementi essenziali rispetto all'accusa originaria, mercé l'introduzione di elementi eterogenei rispetto ai quali non sia stata data all'incolpato la possibilità di difendersi adeguatamente in giudizio.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza disciplinare, la quale aveva ravvisato l'illecito di cui all'art. 4, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006 in relazione all'art. 582 c.p., ed ha affermato che la decisione impugnata - nella parte in cui aveva stabilito che, sotto il profilo soggettivo, il reato era da ritenersi comunque sussistente, sia in presenza di un'azione violenta sorretta da dolo intenzionale, come indicato nell'incolpazione, sia se sorretta da dolo eventuale - si era mantenuta, rigorosamente, nei limiti della fattispecie delineata dall'art. 582 c.p., come descritta nella contestazione e, pertanto, con il riferimento al dolo eventuale, si era limitata ad una precisazione finalizzata ad evidenziare la sufficienza della consapevolezza della portata lesiva della condotta.

## **5. Il giudizio d'impugnazione.**

Significative pronunce sono state rese dalla S.C. in tema di giudizio di impugnazione delle sentenze rese dalla Sezione disciplinare del C.S.M. con riferimento, in particolare, alla sua instaurazione, alle parti necessarie del predetto giudizio ed infine all'ambito delle sentenze impugnabili.

### **5.1. Instaurazione e parti del giudizio di impugnazione.**

**Sez. U, n. 24157/2023, Di Marzio, Rv. 668737-01**, chiarisce che lo stato di interdizione legale ai sensi dell'art. 32 c.p. incide sulla sola capacità di agire per il compimento di atti di natura patrimoniale e non determina l'incapacità dell'incolpato di impugnare la sentenza di condanna.

In applicazione di tale principio è stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso, considerato tardivo sul presupposto della validità della notificazione della sentenza di condanna, relativa all'illecito disciplinare di cui all'art. 4, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, eseguita all'incolpato quando si trovava in condizione di interdizione legale.

In altra pronuncia si chiarisce, inoltre, che le parti uniche e necessarie del giudizio di impugnazione delle decisioni disciplinari dell'apposita Sezione del CSM dinanzi alle Sezioni unite della Corte di cassazione sono - anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006 - l'incolpato, il Ministro della Giustizia e il P.G. presso la S.C. e non anche il Ministero della Giustizia, ragion per cui, qualora a seguito della notificazione del ricorso per cassazione si costituisca nel giudizio il Ministero, in favore di quest'ultimo il ricorrente va condannato alla rifusione alle spese (**Sez. U, n. 28167/2023, Scrima, Rv. 668908-01**).

## **5.2. Impugnabilità delle sentenze disciplinari di assoluzione con la formula di cui all'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006.**

**Sez. U, n. 01163/2023, Crucitti, Rv. 666633-01**, chiarisce che l'assoluzione con la formula di cui all'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006, non è tale da escludere qualsiasi effetto svantaggioso per il magistrato assolto ed è, pertanto, idonea a radicare il suo interesse a impugnare la sentenza davanti alla S.C., al fine di ottenere una pronuncia, totalmente liberatoria, di esclusione dell'addebito per insussistenza del fatto o perché il fatto non è a lui attribuibile.

Nel caso di specie è stato ritenuto attuale l'interesse all'impugnazione comprovato da documentazione attestante, quali effetti pregiudizievoli della formula assolutoria, il rigetto di un'istanza di autorizzazione a svolgere incarico di coordinatore presso la Scuola superiore della magistratura nonché l'apertura e la successiva sospensione di una procedura presso la prima Commissione del C.S.M.

## **6. La responsabilità disciplinare degli avvocati.**

Riguardo alla responsabilità disciplinare degli avvocati, vanno richiamate le pronunce sulle fattispecie di illecito, nonché su taluni profili procedurali.

### **6.1. Gli illeciti disciplinari.**

In relazione alle fattispecie di rilevanza disciplinare le Sezioni Unite hanno chiarito che l'avvocato, il quale presta il proprio patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori senza aver conseguito la relativa abilitazione, commette

l'illecito disciplinare di cui all'art. 36 del codice deontologico forense, indipendentemente dalla concreta offensività di tale condotta, essendo questa oggetto di un espresso divieto e, dunque, valutata *a priori* come lesiva dei valori e degli interessi sottesi alla normativa deontologica (**Sez. U, n. 21069/2023, Sestini, Rv. 668368-01**).

Nella specie, è stata ritenuta irrilevante qualsivoglia valutazione circa la concreta offensività della condotta, ha confermato la sentenza dell'organo disciplinare, il quale aveva applicato la sanzione della censura nei confronti di un avvocato, non iscritto nell'albo speciale per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori, che aveva sottoscritto, unitamente ad un professionista abilitato, gli atti difensivi relativi a un processo dinanzi al Consiglio di Stato.

In altra pronuncia si è chiarito che il cd. palmario, il quale costituisce una componente aggiuntiva del compenso riconosciuta dal cliente all'avvocato in caso di esito favorevole della lite, a titolo di premio o di compenso straordinario per l'importanza e la difficoltà della prestazione professionale, è, in quanto tale, soggetto agli obblighi fiscali previsti dalla legge ed al relativo obbligo di fatturazione, la cui inosservanza integra illecito disciplinare per violazione degli artt. 16 e 29, comma 3, del codice deontologico forense (**Sez. U, n. 16252/2023, Giusti, Rv. 668074-01**).

**Sez. U, n. 14933/2023, Terrusi, Rv. 668094-01**, chiarisce altresì che il divieto biennale di assumere incarichi professionali contro la parte già assistita, previsto dall'art. 68 del codice deontologico forense, si riferisce al soggetto difeso in quanto tale e non alle posizioni giuridiche coinvolte nell'affare affidato al difensore, poiché, ai fini dell'illecito, rileva il nocimento d'immagine cagionato alla professione forense dall'aver assunto la difesa di un soggetto e quella del suo avversario, senza che sia trascorso un adeguato intervallo di tempo. (in senso conforme Sez. U, n. 8337/2022, Nazzicone, Rv. 664220-01.).

## **6.2. Il criterio del favor rei.**

In tema di giudizi disciplinari nei confronti degli avvocati, la S.C. ha chiarito che il giudice dell'impugnazione - una volta individuato, in applicazione del principio del favor rei previsto dall'art. 65, comma 5, della l. n. 247 del 2012, il regime sanzionatorio più favorevole con riguardo alla concreta vicenda disciplinare - non è vincolato, ai fini della determinazione della sanzione tra il minimo ed il massimo della cornice edittale prescelta, al criterio seguito dalla decisione impugnata, potendo anche applicare per intero la sanzione ritenuta più favorevole, senza violare il divieto di *reformatio in peius*, purché non sia sovvertito il giudizio di disvalore espresso dal precedente giudice (**Sez. U, n. 30312/2023, Scarpa, Rv. 669158-01**).

Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, in cui il giudice d'appello, pur accogliendo la doglianza dell'appellante, aveva irrogato il massimo edittale del regime sanzionatorio ritenuto più favorevole, sebbene il giudice di primo grado avesse irrogato la sanzione del doppio del minimo del regime diverso.

Nella stessa linea si è espressa **Sez. U, n. 21311/2023, Criscuolo, Rv. 668225-01**, la quale ha precisato che le norme del codice deontologico forense approvato il 31 gennaio 2014 si applicano anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato, avendo l'art. 65, comma 5, della l. n. 247 del 2012, recepito il criterio del "*favor rei*", in luogo di quello del "*tempus regit actum*", con la conseguenza che la sanzione della cancellazione dall'albo, in quanto non più prevista, è inapplicabile e, in luogo di essa, deve essere comminata la sospensione dall'albo nella durata prevista dal nuovo codice deontologico, anche ove in concreto superiore rispetto a quella dettata dal precedente, poiché, nel caso di successione di leggi, non si può procedere ad una combinazione delle disposizioni più favorevoli della nuova legge con quelle più favorevoli della vecchia, in quanto ciò comporterebbe la creazione di una terza legge, diversa sia da quella abrogata, sia da quella in vigore, ma occorre applicare integralmente quella delle due che, nel suo complesso, risulti, in relazione alla vicenda concreta oggetto di giudizio, più vantaggiosa (in senso conforme Sez. U, n. 16296/2021, Greco, Rv. 661409-01; Sez. U, n. 09546/2021, Torrice, Rv. 661057-01).

### 6.3. Giudizio disciplinare e giudizio penale.

In relazione al rapporto tra giudizio disciplinare e procedimento penale **Sez. U, n. 30650/2023, De Masi, Rv. 669157-01**, ha chiarito che l'art. 54 l. n. 247 del 2012 (applicabile dal 1° gennaio 2015) disciplina in termini di reciproca autonomia i rapporti tra il procedimento disciplinare nei confronti di avvocati e quello penale avente ad oggetto gli stessi fatti e, per l'effetto, subordina l'operatività della sospensione facoltativa del procedimento disciplinare ai casi in cui risulti indispensabile - secondo una valutazione spettante al giudice del merito disciplinare ed insindacabile in sede di legittimità - acquisire elementi di prova del processo penale.

La pronuncia si pone in linea di continuità con i precedenti arresti giurisprudenziali nei quali, proprio in relazione alla predetta reciproca autonomia, contemplata dall'art. 54 della l. n. 247 del 2012, diversamente da quanto previsto dalla previgente normativa, novellata dall'art. 1 della l. n. 97 del 2001, si è affermato che, in deroga alla generale previsione dell'art. 653 c.p.p., soltanto l'accertamento con sentenza penale irrevocabile che "il fatto non

sussiste” o che “l'imputato non lo ha commesso” ha efficacia di giudicato, preclusivo di un'autonoma valutazione dei fatti ascritti all'incolpato da parte del Consiglio Nazionale Forense, effetto che non determinano, invece, le diverse formule assolutorie “il fatto non costituisce reato o illecito penale” o il fatto “non è previsto dalla legge come reato” (Sez. U, n. 12902/2021, Valitutti, Rv. 661284-01).

Nella stessa linea Sez. U, n. 09547/2021, Conti, Rv. 661060- 01 secondo la quale il criterio della piena autonomia tra i due giudizi trova applicazione tanto dal punto di vista procedimentale quanto rispetto alle valutazioni sottese all'incolpazione disciplinare e alle imputazioni oggetto del processo penale. Ne consegue che, ai fini della competenza territoriale del procedimento disciplinare, non trovano operatività le disposizioni del codice di procedura penale che fanno riferimento al criterio di collegamento costituito dal reato più grave, dovendosi fare applicazione della specifica regola contenuta nell'art. 51 della citata l. n. 247 del 2012, alla cui stregua è competente il consiglio distrettuale di disciplina del distretto in cui è iscritto l'avvocato o nel cui territorio è stato compiuto il fatto oggetto di indagine o di giudizio disciplinare.

Nello stesso senso **Sez. U, n. 04957/2023, Terrusi, Rv. 667990-01**, a tenore della quale il procedimento disciplinare avente ad oggetto l'illecito deontologico dell'avvocato per fatti contestati anche in sede penale, deve fondarsi, *ex art.* 54 della l. n. 247 del 2012, su autonome valutazioni rispetto al processo penale, anche con riguardo alla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione, con conseguente necessità, per l'organo disciplinare, di accertare la data di commissione del fatto, la quale, in caso di illecito permanente, si identifica con quella di cessazione della permanenza.

**Sez. U, n. 30650/2023, De Masi, Rv. 669157-02**, ha infine chiarito come l'art. 51 della l. n. 247 del 2012 stabilisce la competenza disciplinare territoriale alternativa del consiglio distrettuale di disciplina del distretto in cui è iscritto l'avvocato (o il praticante) oppure di quello nel cui territorio è stato compiuto il fatto oggetto di indagine o di giudizio disciplinare, assumendo rilievo, ai fini del radicamento di tale competenza, la preventiva iscrizione della notizia di illecito nel registro riservato *ex art.* 58 della citata legge.

Nella specie, la S.C., in considerazione dell'avvenuta iscrizione da parte del Consiglio distrettuale di disciplina del luogo in cui erano avvenuti i fatti oggetto di incolpazione e di quello in cui risultava iscritto l'avvocato, ha individuato la competenza in capo a quello che per primo aveva provveduto all'iscrizione.

#### **6.4. La responsabilità per fatti oggetto di procedimento penale anteriori all'iscrizione dell'avvocato al relativo albo professionale.**

In tema di procedimento disciplinare a carico di avvocati per fatti oggetto di procedimento penale, **Sez. U, n. 30650/2023, De Masi, Rv.669157-03**, ha chiarito come l'azione disciplinare può essere esercitata dal Consiglio distrettuale di disciplina anche qualora tali fatti siano risalenti ad epoca anteriore all'iscrizione dell'avvocato al relativo albo professionale, allorché il loro disvalore ricada anche nel periodo successivo all'iscrizione.

In ossequio a tale principio è stata confermata la sanzione disciplinare irrogata al professionista che aveva omesso di restituire la somma di denaro di cui si era illegittimamente appropriato, oggetto di sentenza penale di condanna emessa prima dell'iscrizione all'albo, assumendo rilievo la natura permanente di tale omissione e il fatto che essa si era perpetrata anche successivamente alla suindicata iscrizione.

#### **7. La responsabilità disciplinare dei notai.**

In materia di responsabilità disciplinare dei notai, si segnalano le pronunce rese sulle fattispecie di illecito e sul giudizio disciplinare.

##### **7.1. Gli illeciti disciplinari.**

**Sez. 2, n. 02033/2023, Scarpa, Rv.666796-01**, ha chiarito che incorre nella violazione degli artt. 50, comma 1, e 55 della legge n. 89 del 1913 il notaio che, in occasione della redazione di una procura speciale ad acquistare conferita da un soggetto straniero, si faccia assistere, come interprete, dal procuratore della parte venditrice il quale, in pari data, concluda anche il contratto di compravendita, avendo egli un interesse nell'atto per il quale ha prestato assistenza.

Con la medesima pronuncia, la S.C. ha anche affermato che la violazione dell'art. 28, comma 1, n. 1, della l. n. 89 del 1913 sussiste solo nel caso in cui il contrasto dell'atto con la legge risulti in termini inequivoci, ossia la nullità sia espressamente prevista ovvero sia il frutto di un consolidato orientamento interpretativo, giurisprudenziale o dottrinale (**Sez.2, n. 02033/2023, Scarpa, Rv.666796-02**).

In applicazione del principio, è stata cassata la sentenza che aveva ritenuto la sussistenza della violazione, in un caso, per una donazione di quota di immobile tra coniugi in regime di comunione legale; in un altro, per una compravendita immobiliare conclusa da un cittadino svizzero in assenza delle condizioni alle quali la legge della Confederazione elvetica subordina la validità

della compravendita di un immobile in territorio svizzero da parte di un cittadino straniero.

La decisione si pone in linea di continuità con Sez.6, n. 5913/2011, Segreto, Rv.617395-01.

Sempre in tema di responsabilità del notaio, **Sez.2, n. 01439/2023, Scarpa, Rv. 666792-01**, ha precisato che l'art. 2671 c.c., richiedendo che la trascrizione dell'atto sia effettuata dal pubblico ufficiale "nel più breve tempo possibile", non effettua una rigida predeterminazione del termine, che spetta al giudice del merito stabilire di volta in volta, avuto riguardo alla particolare sollecitudine con la quale la prestazione contrattuale richiesta al professionista deve essere espletata; ne deriva che in caso di reiterati ritardi nel compiere la trascrizione degli atti ricevuti o autenticati sussiste la responsabilità disciplinare del notaio, senza che assuma alcun rilievo l'eventuale danno subito dalle parti stipulanti.

Nella specie è stata dunque confermata la sentenza della Corte d'appello che aveva ritenuto sussistere la responsabilità del notaio che aveva ripetutamente registrato atti dallo stesso rogati oltre il termine di venti giorni.

Con altra massima della medesima pronuncia si è chiarito che, in tema di atti soggetti a trascrizione, deve ritenersi che l'art. 2671 c.c., ove prescrive che detto adempimento sia compiuto dal pubblico ufficiale che ha ricevuto od autenticato l'atto "nel più breve tempo possibile", non sia stato abrogato implicitamente dall'entrata in vigore degli artt. 3-*bis* del d.lgs. n. 463 del 1997 e 4 del d.P.R. n. 308 del 2000, non sussistendo una incompatibilità fra queste disposizioni, relative all'individuazione di un termine per l'adempimento tributario connesso alla redazione telematica dell'atto, e la precedente norma codicistica, volta invece a prescrivere a carico dei notai e degli altri pubblici ufficiali un obbligo di natura privatistica verso le parti interessate (**Sez.2, n. 01439/2023, Scarpa, 666792- 02**).

**Sez.2, n. 01174/2023, Criscuolo, Rv. 666728-01**, ha, infine, affermato che l'istituzione del notaio quale esecutore testamentario - mediante disposizione testamentaria posta all'interno del testamento dallo stesso rogato - configura l'illecito disciplinare di cui all'art. 28, comma 1, n. 3, della l. n. 89 del 1913, in quanto detta disposizione tutela l'immagine di terzietà e imparzialità che il notaio deve preservare nello svolgimento della propria attività professionale, con valutazione "*ex ante*" dell'interesse che avrebbe dovuto indurlo ad astenersi dalla redazione dell'atto, a nulla rilevando che lo stesso testamento non preveda una istituzione di erede o legato a favore dello stesso notaio, ciò che eventualmente potrebbe rilevare ai diversi fini della nullità di cui all'art. 597 c.c.

La decisione è conforme ai principi già espressi con le sentenze della Sez. 2 n. 26848/2013, Falaschi, Rv. 629214-01, e n. 26369/2016, Lorenzo, Rv. 642165-01.

Da ultimo si segnala che **Sez. 2, n. 23600/2023, Picaro, Rv. 668716-01**, ha precisato che l'obbligo di consiglio alle parti, gravante sul notaio e derivante dagli obblighi di correttezza e buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto, quali criteri determinativi ed integrativi della prestazione contrattuale, non si esaurisce nell'obbligo di chiarimento rispetto alle clausole di contenuto ambiguo presenti nell'atto rogato, ed impone al notaio di dare in ogni caso informazioni ai clienti sugli effetti e sul risultato pratico dell'atto rogato e sulla corrispondenza di essi alla volontà manifestata dalle parti, dovendo il notaio garantire l'attitudine dell'atto ad assicurare il conseguimento del suo scopo tipico e del risultato pratico voluto dalle parti partecipanti alla stipula dell'atto.

In applicazione del principio la S.C., in relazione al rogito di una compravendita immobiliare con accollo da parte del compratore delle residue rate del mutuo ipotecario stipulato dalla parte venditrice e contestuale rilascio di quietanza di saldo del prezzo e rinuncia all'ipoteca legale, ha ritenuto configurabile l'obbligo del notaio di informare il venditore circa l'effetto non liberatorio di tale accollo, nonostante il contratto riproducesse la disposizione del capitolato di mutuo che prevedeva la necessità di un'espressa dichiarazione dell'istituto di credito mutuante ai fini della liberazione del debitore originario.

La pronuncia appare in linea con i principi espressi dalla S.C. in altra ordinanza della Sez. 3, n. 7185/2022, Guizzi, Rv. 664244-01.

## **7.2. Il giudizio disciplinare. Le attenuanti ex art. 144 l. n. 89 del 1913.**

In relazione alle attenuanti previste dall'art. 144 l. n. 89 del 1913 la discrezionalità del giudice disciplinare deve ritenersi, alla luce di **Sez. 2, n. 16859/2023, Papa, Rv. 668541-01**, limitata al solo riconoscimento della sussistenza delle stesse come individuate da tale norma, risultando poi doverosa, laddove ricorra una delle due fattispecie, l'applicazione della riduzione ovvero la sostituzione della sanzione applicabile.

Con altra massima della stessa decisione, si è anche precisato che l'attivazione per eliminare le conseguenze dannose della violazione può ricorrere per ogni illecito disciplinare che non abbia prodotto in concreto un danno patrimoniale; in particolare, mentre nel caso delle violazioni omissive proprie, cioè prive di evento in senso naturalistico, tale attenuante è integrata dal compimento della condotta omessa, negli illeciti commissivi essa si configura con il compimento di un'attività uguale e contraria a quella integrante la violazione e che non si esaurisce nella condotta doverosa mancata, ma in un

comportamento diverso e ulteriore, volto a modificare la situazione prodottasi in contrasto con quella che sarebbe derivata dall'osservanza della prescrizione deontologica (**Sez.2, n. 16859/2023, Papa, Rv. 668541-02**).

In altra pronuncia si è infine chiarito che ai fini della determinazione della sanzione, il giudice di merito deve, inoltre, valutare, *ex art.* 144 della l. n. 89 del 1913, anche la condotta posta in essere successivamente all'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento sanzionatorio (condotta nella specie concretatasi nell'eliminazione delle conseguenze dannose scaturite dall'atto compiuto), poiché, avendo il giudizio di reclamo natura non impugnatoria, al giudice è devoluto il potere di valutare interamente il rapporto che è alla base della sanzione irrogata (**Sez. 2, n. 02818/2023, Criscuolo, Rv. 666843-01**).

# **APPROFONDIMENTI TEMATICI**

## **IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

### **1. Premessa**

Il nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 31/03/2023, n. 36) è entrato in vigore il 1° aprile 2023 e le sue disposizioni sono efficaci a partire dal 1° luglio 2023. Tale nuova disciplina è stata predisposta a direttive europee invariate, di talché la sua principale causale non è legata al loro recepimento ma, piuttosto, all'esigenza, nata anche a seguito dell'emergenza Covid-19, di riordinare l'intera materia dei contratti pubblici e renderla più confacente alle esigenze della p.a. e degli imprenditori rispetto a quella del 2016.

In tal senso, tra le novità della riforma vi è il Titolo I della Parte del Codice, interamente dedicato ai "principi generali", elencati nel Codice del 2016, all'art. 30 in un modo un po' generico.

Nel nuovo codice il legislatore codifica i seguenti principi generali o altrimenti definiti come "super" principi : principio del risultato (art. 1), principio della fiducia (art. 2), principio dell'accesso al mercato (art. 3), principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (art. 6), principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7), principio di autonomia contrattuale (art. 8), principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10), principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11). Si potrebbe pensare che si tratti di disposizioni meramente formali, aventi un limitato impatto sulla disciplina della materia e sull'operatività concreta delle nuove norme. In realtà, però, non è così. Oltre a costituire - per espressa previsione del legislatore delegato - criteri interpretativi di tutte le norme successive, i principi generali hanno un significativo impatto diretto sulla disciplina della materia.

### **2. La gerarchia degli interessi.**

L'art. 4 statuisce che i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato - previsti nei precedenti artt. 1, 2 e 3 - valgono quali criteri di interpretazione delle altre norme del codice. Per effetto di tale previsione si deduce che i richiamati principi si pongono gerarchicamente in posizione sovraordinata rispetto agli altri.

Non solo i primi tre articoli hanno un valore superiore in quanto costituiscono un criterio interpretativo e applicativo di tutte le norme del codice,

sono una sorta di ombrello alla luce del quale vanno risolte tutte le incertezze nell'applicazione delle norme specifiche, ma poi dai richiami reciproci dei primi tre articoli si evince che vi è una gerarchia tra questi principi. Questi principi sono declinati in un ordine di importanza che corrisponde alla loro successione al vertice della piramide c'è il principio del risultato e via di seguito tutti gli altri.

Il principio del risultato assume il valore di perno su cui ruota la ratio sottesa al nuovo Codice. Ed invero, alla visione pro-concorrenziale, inaugurata nel 2006 al tempo della prima codificazione della materia e suggellata dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 401 del 2007, per la quale la gara servirebbe soprattutto agli operatori economici e alla loro libertà di accesso ad un mercato europeo divenuto unico, si andrebbe ora a sostituire una visione nella quale l'intera disciplina torna ad essere in funzione e al servizio in primo luogo del committente pubblico e del suo interesse a realizzare opere, assicurare servizi e acquisire forniture a beneficio della collettività

Oltre che su risultato, il nuovo codice investe soprattutto sul principio della fiducia, l'altra rivendicata novità di questa prima parte, in chiave di promozione della discrezionalità delle stazioni appaltanti; l'uno e l'altro principio, insieme a quello di accesso al mercato, compongono una triade di principi definibili (come) di primo livello o comunque di grado maggiore, rispetto a tutti gli altri.

### **3. Il Principio del risultato.**

È il primo principio, sancito nell'art. 1 del Codice. La sua posizione ne testimonia il predominante rilievo rispetto a quelli seguenti: il "risultato" - costituito dall'affidamento del contratto e dalla sua esecuzione con la massima tempestività il migliore possibile rapporto tra qualità e prezzo - viene posto come elemento centrale, scopo stesso dell'azione amministrativa, rispetto al quale occorre valutare come si pongono i principi di legalità, trasparenza e concorrenza, che pure devono essere rispettati.

Si potrebbe ritenere che quest'ultimi non costituiscono più valori in sé stessi, ponendosi piuttosto in una logica di "mezzo" a "fine". Il comma 2, difatti, specifica che *«la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità»*. Da quanto precede scaturisce naturalmente la previsione del quarto e ultimo comma della disposizione, ovvero il fatto che il principio del risultato *«costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto»* e dunque anche criterio per valutare la responsabilità dei funzionari e dei tecnici coinvolti in ogni fase del ciclo di *procurement*, dalla programmazione

all'esecuzione, nonché per l'attribuzione degli incentivi, che non saranno quindi disgiunti dal conseguimento degli obiettivi posti.

Diversamente e, forse più correttamente, si può affermare che il principio della concorrenza non può degradare e mero “mezzo” rispetto al principio del risultato proprio in ragione del sopra richiamato comma secondo cui parrebbe evidente come si sia voluto ribadire che solo la concorrenza può assicurare il risultato migliore e che senza di essa ci si dovrà accontentare di un risultato minore, per non dire di un risultato qualsiasi. Se la concorrenza è servente al risultato, come si continua a ripetere, è non meno vero che il risultato, per essere buono, per essere appunto di qualità, ha bisogno a sua volta della concorrenza, e non può farne a meno. La concorrenza è certamente un mezzo ma non è solo un mezzo, è anche, prima di tutto, un metodo, oltre che un limite. In questo modo risultato e concorrenza *simul stabunt e simul cadent*.

Il principio del risultato, in sostanza, non deve esser eletto in modo “semplicistico” quale espressione della finalità di realizzare un'opera, ma quale strumento per valutare la stessa legittimità dell'azione amministrativa. Il risultato, quindi, potrebbe essere valutato non più come un qualcosa di “esterno” a tale azione, ma diviene un parametro su cui valutare la stessa legittimità delle procedure e dei provvedimenti della p.a. da parte del giudice che, così si potrebbe trovare a giudicare aspetti che, prima, attenevano al merito dell'agire della stessa p.a.

L'art. 1 si ricollega, poi, ad altre disposizioni del Codice (anche relative ai compiti e alle responsabilità del nuovo RUP), facendo riemergere il valore della discrezionalità amministrativa - ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla normativa sui contratti pubblici - che, ovviamente, è la sola bussola a poter guidare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato.

Il principio del risultato attua, nel settore dei contratti pubblici, il principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, i quali, quindi, solo nell'ambito di un “risultato” conseguito possono essere effettivamente apprezzati. La norma specifica, poi, che il risultato è perseguito “*nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*”.

#### **4. Il Principio della fiducia.**

Strettamente connesso al primo, il principio della fiducia - cui è dedicato l'art. 2 - vuole rifondare radicalmente il rapporto tra i funzionari pubblici e gli operatori privati, ma anche ricostruire la fiducia del sistema nei propri funzionari. Come specifica il secondo comma della disposizione, difatti, «*il*

*principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato».*

In altre parole, torna il medesimo concetto già espresso nell'art. 1: il funzionario pubblico guarda al risultato e per conseguirlo nel caso concreto, esercita la discrezionalità amministrativa e la propria autonomia decisionale, in un clima di fiducia del sistema.

Vi è un ritorno alla valorizzazione della discrezionalità della p.a. che l'aura di sospetto e la malcelata sfiducia nella correttezza dell'azione amministrativa, uniti alla paura dei funzionari di sbagliare seppure perseguendo in buona fede un risultato utile per la PA, avevano generato la c.d. burocrazia difensiva che tanta parte ha avuto e ha nella paralisi di molti interventi e iniziative.

Il terzo e quarto comma della disposizione dettano, rispettivamente, ulteriori criteri di valutazione della responsabilità e regole per la promozione della fiducia nell'azione legittima. Il primo stabilisce che nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione delle norme "di diritto" - risultando così apparentemente escluse le norme tecniche - e degli auto-vincoli amministrativi - con questi ultimi ci si vuole riferire a tutti gli atti regolamentari con i quali la p.a. regola il proprio agire - nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa ma solo «*in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto*».

Da un lato, quindi, si è voluto tener conto di quelle situazioni in cui i pubblici funzionari, per necessità, spesso si trovano, soprattutto nelle realtà meno strutturate, a dover svolgere compiti oggettivamente superiori alle proprie competenze, dall'altro ricordare comunque la regola del "caso concreto" che sempre deve guidare ogni valutazione del comportamento tenuto dall'agente. È, poi, aggiunta una ragione di esonero, stabilendosi che «*non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti*». In relazione a quest'ultima previsione potrebbero sorgere criticità, da un lato perché non è sempre facile avere oggettiva certezza di quale sia "l'indirizzo giurisprudenziale prevalente" soprattutto nella iniziale fase di "rodaggio" delle nuove norme, tenuto anche conto di una certa mutevolezza delle posizioni espresse dalla giurisprudenza nel corso del tempo, dall'altro neppure l'individuazione di quali siano le "autorità competenti" si presenta agevole, fermo restando che seppure venissero individuate il rischio della "corsa al parere" (peraltro magari non dato o dato in modo criptico o con

ritardo) potrebbe costituire un inaspettato freno all'azione. Il quarto e ultimo comma dell'articolo stabilisce che per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti. A quest'ultimo riguardo un ruolo fondamentale gioca la formazione e i relativi piani che stazioni appaltanti ed enti concedenti saranno tenuti ad adottare ai sensi dell'art. 15 comma 7 dello stesso Codice. L'attenzione per la professionalità delle stazioni appalti assume un aspetto importante nel nuovo Codice, in quanto solo con la presenza di funzionari preparati è possibile ottenere un miglior risultato per la p.a. ed evitare che, la mancata preparazione tecnica dei funzionari possa dare causa a fenomeni corruttivi, in sede di predisposizione di bandi di gara, mediante indicazioni fornite dalle stesse ditte partecipanti.

## **5. Il Principio dell'accesso al mercato.**

Il principio dell'accesso al mercato consta solo di poche righe: *«Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità»*.

Dimensione a parte, è chiaro che rispetto agli altri principi fondamentali e in particolare a quello del risultato, il principio di accesso al mercato svolge una funzione complementare.

Dall'uso del verbo "favoriscono", anziché altri maggiormente assertivi come attuano, garantiscono, assicurano e così via, pare testimoniare il ruolo di "mezzo a fine" che già l'art. 1 aveva assegnato alla concorrenza, come strumento per raggiungere il miglior risultato possibile e non come valore in se stesso. Difatti è in questi principi e nella loro evidente gerarchia che si può affermare che affondano le radici le disposizioni del Codice che, per gli affidamenti di minore entità, impongono la strada dell'affidamento diretto o quella della procedura negoziata senza bando, avendo evidentemente il legislatore predeterminato alcuni specifici casi concreti nei quali il perseguimento del principio del risultato passa attraverso il sacrificio, quanto meno parziale, di altri principi.

## **6. Gli altri principi.**

Un ruolo meno significativo, ma comunque rilevante, viene assegnato agli altri principi, i quali, anche se non costituiscono criterio applicativo e

interpretativo della riforma, comunque rappresentano delle importanti indicazioni, spesso in funzione chiaramente complementare e ancillare rispetto a quelle fornite dai principi fondamentali. Si tratta dei: principi di buona fede e di tutela dell'affidamento; principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale; principio di auto-organizzazione amministrativa; principio di autonomia contrattuale; principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale; principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione; principio dell'applicazione dei CCNL.

Il principio di buona fede e tutela dell'affidamento in parte si pone a complemento del principio della fiducia, in parte introduce di fatto delle limitazioni alla tutela dell'affidamento, che deve essere necessariamente incolpevole. I principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale consentono la cooperazione con gli enti del Terzo Settore. Il principio di auto-organizzazione amministrativa descrive il modello di autoproduzione in-house. Con il principio di autonomia contrattuale si ribadisce che le pubbliche amministrazioni possono concludere qualsiasi contratto che non sia vietato da altre disposizioni e si pone un argine - seppure non invalicabile - alla richiesta di prestazioni d'opera intellettuale gratuite ai professionisti.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale introduce l'obbligo di conservare nel tempo le condizioni originariamente pattuite laddove siano intervenute delle circostanze straordinarie e imprevedibili che le abbiano alterate. Esulano dalla previsione i rischi volontariamente assunti, quali ad esempio i rischi connessi alle operazioni di partenariato. È favorito l'inserimento di opportune clausole di rinegoziazione.

Con i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione si prevede espressamente la nullità delle clausole di esclusione dalle gare ulteriori rispetto a quelle previste dagli artt. 94 e 95 del Codice e la facoltà per le stazioni appaltanti di introdurre requisiti speciali di qualificazione che siano attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo sì presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese, ma sempre che questo risulti compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica. Anche nell'enunciare questo principio "classico", il Legislatore avverte quindi l'esigenza di filtrarlo espressamente attraverso il principio, immanente, del risultato.

L'art. 11 enuncia il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore e detta disposizioni in materia di inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti. Il CCNL di riferimento andrà indicato nei bandi e costituirà il

benchmark di riferimento per gli eventuali diversi contratti collettivi applicati dai concorrenti, i quali non potranno prevedere tutele inferiori

## **7. Osservazioni.**

Il settore degli appalti pubblici è connotato dalla compresenza di una molteplicità di principi quali quelli generali dell'azione amministrativa (perché la procedura di affidamento dei contratti pubblici è un procedimento amministrativo), quelli di origine europea, e tra di essi, quelli cd. "di ultima generazione" (i quali hanno pongono una particolare attenzione all'ambiente, alla tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori); principi la cui compresenza è stata fonte di problemi applicativi della disciplina da parte degli operatori del settore e della giurisprudenza che è stata chiamata costantemente a operare un bilanciamento un coordinamento tra di essi.

Da qui l'esigenza posta a fondamento del nuovo Codice degli appalti pubblici di fornire all'interprete una bussola e quindi una gerarchia tra i principi e i valori prevalenti e quelli, non serventi, ma strumentali ad essi perseguita.

La sopra indicata "positivizzazione" dei principi operata dal nuovo Codice risponde, dunque, in primo luogo, all'esigenza di fornire uno strumento che si presti ad una facile interpretazione e, dunque, applicazione così da rimuovere quegli ostacoli che storicamente rappresentavano una delle cause del mancato raggiungimento dello scopo della disciplina degli appalti pubblici, la realizzazione dell'opera o la fornitura del servizio.

Non solo, rendere chiaramente intellegibili le linee guida in materia di appalti dovrebbe, da un lato, evitare che i procedimenti di affidamento e realizzazione delle opere pubbliche possano essere contaminati da condotte "opache", che proprio in una legislazione poco chiara trovano la loro principale fonte e, dall'altro, fornire agli interpreti del settore - in primo luogo le stazioni appalti in sede di redazione dei bandi di gara e, poi, di affidamento ed esecuzione dell'opera - criteri certi sulla cui base fondare le proprie scelte che risulteranno tanto più corrette quanto più saranno rispondenti ai principi sopra indicati.

Se questi appaiono essere gli obiettivi perseguiti dal nuovo Codice degli appalti pubblici è evidente che la loro realizzazione in concreto passa dall'interpretazione che delle norme che lo compongono faranno i giudici amministrativi e ordinari assumendo all'uopo rilievo la valorizzazione del principio del risultato.

Per effetto di essa, infatti, non pare, anche alla luce di quanto sopra esposto, che si possa affermare che vi sia un arretramento nei rapporti tra cittadino e amministrazione e, in particolare, della tutela degli interessi pubblici rispetto a quello del privato che con quest'ultima stipula il contratto di appalto, nel senso

di ritenere che una volta conseguito il risultato, vi è un margine di accettabilità su cedimenti su altri fronti quali quelli di legalità e concorrenza. Diversamente, pare che il principio del risultato possa essere declinato dai giudici quale parametro di valutazione della stessa legittimità e concorrenza dell'azione della p.a. Ritenere che il risultato obliteri, o meglio, sacrifichi il principio della legalità o del più generale buon andamento dell'azione della pubblica amministrazione, sembra provare un po' troppo, in quanto non tiene conto che il "buon risultato" è l'essenza stessa di un corretto agire della pubblica amministrazione dal quale non pare possa essere disgiunto. Ed invero, il cattivo uso delle scelte amministrative, se non il loro uso distorto o illecito, trovano il loro effetto nella mancata realizzazione delle opere affidate o nella loro cattiva esecuzione, trovandosi la p.a. in rapporto con una controparte privata che, diversamente, non avrebbe potuto concludere il contratto.

In buona sostanza, il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con gli altri principi e tra questi con quello della concorrenza, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più virtuoso, viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali sintomi di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.