

CORTE DI CASSAZIONE

35451– Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 1 dicembre 2022; Pres. (f.f.) Amendola, Est. Scarpa, P.M. Locatelli; M.F. c. Proc. gen. Corte dei conti.

Conferma Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 21 luglio 2021, n. 121.

Giurisdizione e competenza – Ufficiale giudiziario dirigente – Qualifica di agente contabile – Sussiste – Verifica dei rapporti di dare e avere – Giudizio di conto – Giurisdizione contabile – Sussiste.

R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, art. 74; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 44.

L'ufficiale giudiziario dirigente, avendo l'incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha, dunque, il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia che abbia ad oggetto la verifica dei rapporti di dare e avere e il risultato finale di tali rapporti dà luogo ad un "giudizio di conto", per il quale sussiste la giurisdizione della Corte dei conti. (1)

Fatti di causa e ragioni della decisione – I. M.F. ha proposto ricorso articolato in due motivi avverso la sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale d'appello, pubblicata il 21 luglio 2021.

II. Il Procuratore generale rappresentante il pubblico ministero presso la Corte dei conti ha resistito con controricorso.

III. La sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale d'appello, ha respinto il gravame avanzato da M.F., dirigente dell'ufficio U.n.e.p. del Tribunale di Patti, contro la sent. n. 702/2020 emessa dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana in data 25 novembre 2020, con la quale la F. era stata condannata al pagamento della somma di euro 79.731,49, oltre rivalutazione ed interessi, a titolo di danno erariale. I giudici di primo grado avevano ritenuto dimostrata l'inescusabile negligenza e la violazione degli obblighi minimi dell'agente contabile nella tenuta di cassa e nella gestione di denaro e valori dell'amministrazione, emerse a seguito di ispezione ministeriale svolta nel giugno 2018 per il periodo 1 marzo 2013-28 febbraio 2018. La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana affermò che il danno si fondava sull'esatto calcolo delle

entrate e delle uscite, regolate dalla normativa di settore, e che la verifica ispettiva aveva dimostrato l'ammacco di cassa, essendo emersi sistematici ritardi nei versamenti per gli oneri fiscali e previdenziali.

La sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Regione Siciliana, Sezione giurisdizionale d'appello, ha quindi disatteso la richiesta di ammissione di una prova per testimoni; ha affermato la natura di agente contabile di M.F., avendo avuto la stessa, quale dirigente dell'ufficio U.n.e.p., Sezione distaccata di Sant'Agata di Militello e, quindi, del Tribunale di Patti, maneggio di denaro pubblico e la connessa responsabilità dell'ufficio, agli effetti dell'art. 146 del d.p.r. n. 1220/1959; ha evidenziato che la F. non avesse fornito prova di fatti idonei ad impedire l'esercizio degli obblighi contabili su lei gravanti; ha spiegato che gli accertamenti ispettivi avevano rilevato, per il periodo dal 1 marzo 2013 al 28 febbraio 2018, le somme destinate al fondo spese d'ufficio, indicando per ciascun mese le entrate e le uscite, nonché il residuo attivo o passivo annuale, così pervenendo a quantificare l'ammacco di cassa; ha negato rilevanza dirimente alla deduzione dei pagamenti tardivi effettuati dopo il 28 febbraio 2018; ha negato che fosse sostenibile l'esclusione dell'elemento soggettivo dell'illecito erariale, quantomeno in termini di gravissima negligenza.

IV. La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma dell'art. 380-bis.1, c.p.c.

La ricorrente ha depositato memoria.

V. Il primo motivo del ricorso di M.F. deduce la violazione degli artt. 111, c. 8, Cost., 362, c.p.c. e 207 d.lgs. n. 174/2016, per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, stante il difetto di qualifica di agente contabile in capo al dirigente U.n.e.p. Si espongono le vicende che portarono alla nomina della F. a dirigente dell'U.n.e.p. di Patti, accettata solo "per spirito di servizio", e si sostiene l'irregolarità del conferimento di poteri operato. Da ciò il difetto di giurisdizione del giudice contabile, dovendosi affermare la giurisdizione del giudice amministrativo o civile.

Il secondo motivo del ricorso di M.F. deduce la violazione degli artt. 111, c. 8, Cost., 362, c.p.c. e 207 d.lgs. n. 174/2016, per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, nonché per "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione", attesa la natura presuntiva dell'accertamento della responsabilità erariale, lamentandosi la mancata verifica della "intera documentazione" e il mancato rilievo delle somme giacenti in cassaforte al 28 febbraio 2018, in vista della chiusura dei registri.

VI. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Gli addetti agli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti (c.d. U.n.e.p.), ai sensi del d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229 (Ordinamento degli ufficiali giudiziari e degli aiutanti ufficiali giudiziari), ovvero gli ufficiali giudiziari, gli aiutanti ufficiali giudiziari ed i coadiutori addetti agli uffici notificazioni, si inquadrano nella categoria degli impiegati civili dello Stato, poiché essi

(1) I. - Massima ufficiale.

II. - Segue la nota di S. Miriello, *Elementi necessari per ricoprire la qualifica di agente contabile. Il particolare caso dell'ufficiale giudiziario dirigente.*

sono “ausiliari dell’ordine giudiziario” (art. 1), stante il collegamento funzionale della loro attività con quelle dei giudici e cancellieri; godono di uno stabile inserimento nell’amministrazione giudiziaria e sono equiparati agli impiegati civili dello Stato a diversi effetti (art. 2). Gli addetti agli U.n.e.p. sono, del resto, assunti in servizio per pubblico concorso, nei loro riguardi sono stati estesi le qualifiche ed i profili professionali propri del pubblico impiego, sono assoggettati al potere di sorveglianza del presidente della Corte di appello e del presidente del tribunale, nonché al potere disciplinare del ministro, né in senso contrario rilevano le peculiarità del loro trattamento retributivo (cfr. Cass., S.U., 25 luglio 2006, n. 16895).

Si consideri, inoltre, che, a norma dell’art. 146 del d.p.r. n. 1229/1959:

“1. Le somme riscosse per diritti, indennità di trasferta e percentuale sono amministrate dall’ufficiale giudiziario dirigente, il quale è l’unico responsabile. In caso di mancanza o d’impedimento dell’ufficiale giudiziario dirigente, provvede alla sostituzione il capo dell’ufficio giudiziario.

2. L’ufficiale giudiziario o, dove esiste, l’ufficiale giudiziario dirigente deve detrarre per spese di ufficio il 3 per cento delle somme di cui al c. 1 e, nelle sedi di pretura, il 4 per cento delle stesse. Egli amministra le somme a tal fine detratte sotto il controllo del capo dell’ufficio, al quale deve presentare il rendiconto mensile e quello annuale. Le eventuali eccedenze sono utilizzate nell’anno successivo.

3. Qualora l’importo delle somme di cui ai cc. 1 e 2 sia di notevole entità, il capo dell’ufficio giudiziario può disporre il deposito in conto corrente postale o bancario”.

L’art. 149 del d.p.r. n. 1229/1959 stabilisce, in prosieguo, che:

“[l]’ufficiale giudiziario o, dove esiste, il dirigente, nei primi venti giorni di ogni mese presenta al capo dell’ufficio lo stato relativo ai diritti computabili ai fini dell’art. 148, percepiti nel mese precedente, e, nel caso di cui all’art. 147, il verbale di riparto, richiedendo la liquidazione delle indennità integrative, se dovute [...]”.

In tal senso, l’ufficiale giudiziario dirigente, avendo l’incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha, dunque, il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia che abbia ad oggetto la verifica dei rapporti di dare e avere e il risultato finale di tali rapporti dà luogo ad un “giudizio di conto”, per il quale perciò sussiste la giurisdizione della Corte dei conti.

VI.1. Tale ricostruzione non è contraddetta (come invece assume la ricorrente nella memoria *ex art.* 380-*bis*.1, c.p.c.) dalla giurisprudenza delle sezioni penali di questa Corte in ordine alla configurabilità del delitto di peculato nei confronti di un ufficiale giudiziario che si appropri di somme di danaro a lui versate e delle quali abbia perciò il possesso (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 settembre 2021, n. 33962; 15 novembre 2018,

n. 51758; 10 luglio 2000, n. 9443; 3 marzo 2016, n. 18177; 20 giugno 1991, n. 9534).

VII. Il secondo motivo del ricorso di M.F. è inammissibile.

Il ricorso per cassazione contro le sentenze della Corte dei conti è consentito soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione e pertanto il controllo della Corte di cassazione è circoscritto all’osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione e non si estende ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale.

Non è, dunque, sindacabile dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in punto di giurisdizione la sentenza della Corte dei conti che, come nella specie, ai fini del giudizio di responsabilità erariale, in forza di ragionamento inferenziale abbia ritenuto sussistente la prova del danno, della sua addebitabilità a fatto dell’agente convenuto, nonché dell’elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, essendo stati accertati l’omesso esercizio dei doveri incombenti sull’agente contabile e l’inadempimento dell’obbligo di restituzione del denaro o dei beni in carico, ed essendo peraltro mancata qualsiasi contraria dimostrazione di fatti impeditivi.

La ricorrente sostiene che è stato così erroneamente accertato e quantificato il danno erariale per i contestati ammanchi di cassa, ma tale censura, inerendo alla corretta applicazione delle norme riguardanti la fondatezza della pretesa risarcitoria, attiene al concreto esercizio della “*potestas iudicandi*” della Corte dei conti, ovvero ai limiti interni della giurisdizione contabile (v. Cass., S.U., 11 novembre 2019, n. 29084; 10 ottobre 2002, n. 14473).

VIII. Il ricorso va perciò rigettato.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese del giudizio di cassazione in favore del Procuratore generale presso la Corte dei conti, in ragione della sua qualità di parte solo in senso formale.

Sussistono i presupposti processuali per il versamento – ai sensi dell’art. 13, c. 1-*quater*, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 – da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per l’impugnazione, se dovuto.

P.q.m., la Corte rigetta il ricorso.

Elementi necessari per ricoprire la qualifica di agente contabile. Il particolare caso dell’ufficiale giudiziario dirigente

Le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione con l’ordinanza in commento hanno affrontato la questione se l’ufficiale giudiziario dirigente, avendo l’incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha, dunque, il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile.

L’agente contabile, pur qualificandosi quale soggetto attivo della responsabilità contabile – ovvero

quella particolare responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere solo alcuni pubblici dipendenti, in ragione del maneggio di denaro o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di beni – non ha una sua precisa definizione contenuta all'interno della legislazione contabile sia statale che degli enti pubblici. La disciplina in base alla quale, ancora oggi, viene ricostruita la figura dell'agente contabile, e da cui dottrina e giurisprudenza hanno ricavato una definizione è contenuta nelle norme che prevedono l'obbligo di resa del conto giudiziale: art. 74 r.d. n. 2440/1923 e art. 44 r.d. n. 1214/1934.

Le norme appena citate, quindi, costituiscono il perimetro entro il quale circoscrivere la complessa figura dell'agente contabile. Dall'art. 74, dottrina e giurisprudenza, in particolare, desumono gli elementi c.d. descrittivi, ovvero quelle funzioni che, se poste in essere, qualificano un soggetto come agente contabile, in particolare, rilevano la riscossione delle entrate, l'esecuzione dei pagamenti delle spese, oppure il ricevere somme dovute allo Stato o altre delle quali lo Stato diventa debitore, o più semplicemente, l'aver il maneggio di denaro pubblico. Viceversa, l'art. 44 riconosce alla Corte dei conti la competenza a giudicare sui conti e sulle responsabilità in seguito a tale operato. Il quadro normativo che permette di individuare l'agente contabile risulta essere completo se, oltre alle norme citate, vi si affiancano anche le disposizioni di cui agli artt. 178 e 610 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 827. L'art. 178 del regolamento, secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti, ha valore descrittivo e definitorio delle varie categorie di contabili genericamente indicate nell'art. 74 della legge di contabilità; mentre quanto disposto dall'art. 610 del regolamento afferma l'obbligo generale del rendimento del conto giudiziale.

Sulla scorta delle disposizioni sopra richiamate vengono qualificati contabili dello Stato, in primo luogo, gli agenti incaricati delle riscossioni nonché gli impiegati dipendenti dai vari ministeri ai quali sia stato dato incarico di esigere entrate di qualunque natura e provenienza, e inoltre gli agenti delle amministrazioni incaricati di pagamenti o che ricevono somme dovute allo Stato diventa debitore o hanno maneggio qualsiasi di pubblico denaro. Sono, infine, qualificati agenti contabili tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione, prendono ingerenza negli incarichi anzidetti (1).

Pertanto, in ragione di quanto detto, si è soliti distinguere fra contabili c.d. di diritto, ovvero coloro ai quali hanno l'obbligo strumentale della custodia e della corretta gestione dei valori loro assegnati per ufficio o per contratto, e contabili c.d. di fatto, ovvero coloro che di fatto hanno realizzato la materiale ingerenza

nella gestione dei beni pubblici senza essere normativamente incaricati di detta attività. Per quanto concerne la prima categoria, vi possono essere diverse modalità costitutive del rapporto, infatti, possono aversi contabili per ufficio, per i quali il presupposto oggettivo scaturisce dagli obblighi di servizio e dalle mansioni in cui sono adibiti per effetto del rapporto di pubblico impiego che li lega all'amministrazione; e contabili per contratto o per concessione, per i quali, invece, il rapporto scaturisce da una diversa fonte costitutiva.

Viceversa, si delinea la figura del contabile c.d. di fatto in quel soggetto che – estraneo, dipendente o amministratore – si ingerisce senza legale autorizzazione negli incarichi di pertinenza del contabile e che pone in essere il maneggio senza il consenso e, comunque, al di fuori di ogni affidamento o incarico da parte del contabile di diritto. È, inoltre, necessario che la gestione illegittima si ricollegli allo svolgimento di una attività che si atteggi come cura di un pubblico interesse, in quanto questo tratto rappresenta il presupposto perché l'azione del contabile di fatto si atteggi, per la pubblica amministrazione, operativa di effetti come se imputabile ad un contabile di diritto.

La dottrina, in tal senso, ha elaborato la tesi in forza del quale per aversi la figura del contabile di fatto, non occorre che si debba comprovare l'*animus aliena negotia gerendi*, cioè la volontà di fare ciò che avrebbe dovuto fare un contabile, in quanto il legislatore sembra limitarsi al *factum* e ciò non nel senso che questa possa essere assente ma semplicemente perché essa viene presunta (2).

In questo contesto, si inserisce la pronuncia in esame che, sottoposta al vaglio del giudice nomofilattico, trae origine dal ricorso presentato dalla ricorrente, quale dirigente dell'ufficio U.n.e.p. del Tribunale di Patti. A quest'ultima, con sent. n. 126/2021 della Corte dei conti, Sezione giurisdizione d'appello Siciliana, è stata riconosciuta la qualifica di agente contabile, in conseguenza di maneggio di denaro pubblico è stata condannata, ai sensi del d.p.r. n. 1220/1959, art. 146, per danno erariale conseguente a un ammanco di cassa delle somme destinate al fondo spese dell'ufficio.

Avverso la sentenza emanata dal giudice contabile, la ricorrente ha proposto ricorso per Cassazione deducendo due motivi di ricorso:

a) violazione degli artt. 111 Cost., c. 8; art. 362 c.p.c.; art. 207 d.lgs. n. 174/2016 per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, stante il difetto di qualifica di agente contabile in capo al dirigente U.n.e.p.;

b) violazione degli artt. 111 Cost., c. 8; art. 362 c.p.c.; art. 207 d.lgs. n. 174/2016 per eccesso di potere e violazione di legge sostanziale e processuale, non-

(1) M. Calderara, *La figura dell'agente contabile e la specialità del giudizio di conto*, in questa *Rivista*, 2013, 5-6, 603.

(2) A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci Editore, 2021.

ché per omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

Il primo motivo di ricorso risulta essere infondato. Da quanto precede e in conformità con la costante giurisprudenza della Corte dei conti (cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 15 gennaio 2015, n. 50), l'agente contabile è colui che pone in essere il maneggio o la custodia di denaro e valori di pertinenza dell'erario pubblico, sia che avvenga a seguito di legittima investitura, sia che avvenga in via di mero fatto. Pertanto, la detenzione materiale di somme di denaro aventi natura "pubblica", tale perché funzionali al raggiungimento delle finalità della pubblica amministrazione per il quale il soggetto agisce, vale, così a delineare il tratto essenziale della figura dell'agente contabile, assoggettato alla giurisdizione della Corte dei conti, quale titolare di un rapporto di servizio tipizzato dalla materiale gestione di beni e valori di pertinenza pubblica.

Da siffatto rapporto deriva in capo all'agente contabile un dovere di conservazione di quanto maneggiato nell'assolvimento della funzione e la cui osservanza determina l'insorgere di una responsabilità, cui il soggetto può essere esentato solo dalla prova, il cui onere grava sull'agente stesso, che la sottrazione delle somme detenute non sia a lui imputabile o che si sia verificata per caso fortuito o forza maggiore.

La giurisprudenza, al fine di definire la figura dell'agente contabile, ha altresì chiarito il significato dell'espressione "maneggio" di denaro. Tale termine è da interpretare in senso ampio, ovvero in modo da comprendere non soltanto gli agenti che, in base alle norme organizzative, svolgono attività di riscossione o di esecuzione dei pagamenti, ma anche coloro che abbiano la disponibilità del denaro da qualificarsi pubblico – in ragione della provenienza e/o della destinazione e siano forniti, in sostanza, del potere di disporre senza l'intervento di altro ufficio.

In tale contesto, è la sola immissione nel maneggio dei beni di pertinenza pubblica che rende l'agente responsabile della loro gestione e ciò a prescindere dai motivi che lo hanno indotto ad intraprendere la gestione l'esistenza, o meno, di un formale rapporto di investitura, o ancora, le motivazioni che possono indurre ad accettare l'incarico diventano elementi irrilevanti. Infatti, a sostegno di quanto detto, l'art. 178 r.d. n. 827/1924 ha disposto che *"sotto la denominazione di agenti contabili dell'amministrazione si comprendono, tra gli altri, gli impiegati di qualsiasi amministrazione dello Stato cui sia dato speciale incarico di fare esazioni di entrate di qualunque natura e provenienza, e tutti coloro che, anche senza legale autorizzazione, prendono ingerenza negli incarichi attribuiti agli agenti anzidetti e riscuotono somme di spettanza dello Stato"*.

Nel caso di specie, gli addetti agli uffici notificazioni, esecuzioni e protesti (c.d. U.n.e.p.), sono, del resto, assunti in servizio per il pubblico concorso, nei loro riguardi sono stati estesi le qualifiche ed i profili professionali propri del pubblico impiego e, altresì, ai sensi del d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229, sono da

inquadarsi nella categoria degli impiegati civili dello Stato. Per tale ragione, la ricorrente in qualità di ufficiale giudiziario dirigente, avendo l'incarico di riscuotere e di amministrare denaro di spettanza dello Stato, del quale ha dunque il maneggio, riveste la qualifica di agente contabile, ed ogni controversia che abbia ad oggetto la verifica di tale operato è soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.

Pertanto, ai fini del giudizio sulla responsabilità dei contabili non viene in rilievo un'unica e generale obbligazione di restituzione del denaro o dei valori dello Stato, ma viene in rilievo l'inosservanza, da parte dell'agente contabile, degli obblighi propri del servizio, che abbia determinato o concorso a determinare il danno al cui ristoro l'azione mira.

Il secondo motivo di ricorso è inammissibile in quanto il ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte dei conti è consentito soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione e pertanto il controllo della Corte di cassazione è circoscritto all'osservanza dei soli limiti esterni della giurisdizione non si estende ad asserite violazioni di legge sostanziale o processuale concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale.

In ragione di quanto sin qui detto, l'ordinanza oggetto di disamina conferma quella giurisprudenza maggioritaria (cfr. Cass., S.U., 1 giugno 2010, n. 13330) in forza della quale gli elementi essenziali e sufficienti perché un soggetto rivesta la qualifica di agente contabile, ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità contabile, sono soltanto il carattere pubblico dell'ente per il quale tale soggetto agisca e del denaro oggetto della sua gestione, mentre resta irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi indifferentemente secondo gli schemi generali, previsti e disciplinati dalla legge ovvero discostarsene in tutto o in parte.

SAMANTHA MIRIELLO

976 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 13 gennaio 2023; Pres. Virgilio, Est. Di Marzio, P.M. Basile (concl. diff.); R.G. c. Proc. reg. Siciliana e altri.

Regolamento di giurisdizione.

Giurisdizione e competenza – Anas s.p.a. – Ente pubblico – Conferimento totalità azioni a Ferrovie dello Stato s.p.a. – Irrilevanza – Azione di responsabilità nei confronti di organi e dipendenti – Giurisdizione contabile – Sussiste.

L. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica.

tica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate, art. 7, c. 6; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 12; d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo, art. 49, c. 6.

L'Anas s.p.a., avendo i connotati essenziali di un ente pubblico, non può essere assimilata ad una società per azioni di diritto privato, senza che assuma rilievo, in senso contrario, l'avvenuto conferimento – di valenza esclusivamente formale – della totalità delle azioni a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a.; ne consegue che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità promossa nei confronti dei suoi organi e dipendenti. (1)

(1) L'ordinanza di cui alla massima in epigrafe, pronunciata nell'ambito del giudizio per regolamento preventivo di giurisdizione, ha dichiarato, confermando un indirizzo già in precedenza espresso, la giurisdizione contabile per l'azione di responsabilità per danno erariale, nella specie danno all'immagine, nei confronti di organi e dipendenti di Anas s.p.a.

Nel precedente richiamato nell'ordinanza in commento (Cass., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594, in questa *Rivista*, 2014, 3-4, 479, con nota di richiami), il dubbio circa la permanenza della giurisdizione del giudice contabile per le azioni di responsabilità che vedono coinvolti dipendenti o funzionari di Anas s.p.a. era sorto a seguito della trasformazione *ope legis* (art. 7, d.l. n. 138/2002, convertito dalla l. n. 178/2002) da ente pubblico economico in società per azioni. In tale occasione la Corte di cassazione, sulla base di una serie di indici di natura pubblicistica, definiti come "*peculiarità legali*", da valutare non singolarmente, ma nel loro complesso (costituzione della società mediante atto normativo e non negoziale, approvazione dello statuto e relative modifiche con decreto ministeriale, intestazione delle azioni sociali al Ministero dell'economia e delle finanze ed esercizio dei diritti sociali al predetto ministero di concerto con il Ministero delle infrastrutture e trasporti, attribuzione all'Anas delle entrate derivanti dall'utilizzazione di beni demaniali, l'esercizio di potestà autoritativa ed altri, l'assoggettamento al controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 12 l. 22 marzo 1958, n. 259), aveva ritenuto che la giurisdizione per l'azione di responsabilità continuasse ad appartenere alla Corte dei conti, avendo l'Anas mantenuto i connotati essenziali di un ente pubblico economico.

Un'altra occasione che ha ingenerato il dubbio sulla permanenza della giurisdizione contabile sulla predetta azione è stata quella del trasferimento delle azioni di Anas s.p.a. dal Ministero dell'economia e delle finanze a Ferrovie dello Stato s.p.a. mediante aumento di capitale, disposta dall'art. 49 d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017. La Corte di cassazione, nell'ordinanza in commento, ha evidenziato che il predetto trasferimento ha avuto un rilievo solo formale e che il quadro normativo di riferimento contenente la disciplina della società legale, quale è Anas s.p.a., è rimasto immutato, salvo la soppressione delle disposizioni che attribuivano al Mef il potere di esercitare i diritti sociali e quello relativo alle modifiche dello statuto sociale che dovevano essere effettuate con decreto del Mit, di intesa con il Mef. [B. COSSU]

Ragioni della decisione – 7. A fondamento del ricorso il ricorrente in breve sostiene:

- l'art. 49 d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, ha disposto il trasferimento dal Ministero dell'economia e finanze a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. delle azioni di Anas s.p.a. mediante aumento di capitale di Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. tramite conferimento in natura, di guisa che l'intero capitale sociale di Anas s.p.a. è detenuto da Ferrovie dello Stato italiane s.p.a.;

- queste Sezioni unite, sulla scia della propria precedente giurisprudenza, hanno stabilito che le azioni di responsabilità nei confronti dei dipendenti di società a partecipazione pubblica, facente parte del Gruppo Ferrovie dello Stato, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, e non a quella del giudice contabile, posto che né la capogruppo né la società satellite hanno le caratteristiche delle cosiddette "società legali" o delle società "*in house providing*" e considerato che, comunque, la natura privatistica della *holding* e il collegamento di derivazione infragruppo convergono in una piattaforma che stempera il legame della società controllata con l'ente pubblico, facendo emergere l'autonomia e la specificità aziendale di quest'ultima società, quale sintomatica riprova del regime civilistico cui è assoggettata;

- all'esito del già menzionato trasferimento delle azioni, il principio ora trascritto deve applicarsi anche nei riguardi dell'azione per responsabilità erariale nei confronti di dipendenti di Anas s.p.a.;

- alle stesse conclusioni si perviene in applicazione del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. delle società a partecipazione pubblica.

La stessa tesi è fatta propria da C.R.C., P.G. e T.G.

8. Il procuratore regionale rappresentante il pubblico ministero presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana sostiene che Anas s.p.a. "concessionaria della rete stradale e autostradale di interesse nazionale, è deputata allo svolgimento di attività finalizzate a soddisfare esigenze di interesse generale e rientra nel novero della pubblica amministrazione".

Secondo il pubblico ministero contabile la trasformazione dell'Anas in società per azioni disposta dall'art. 7 d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, avrebbe inciso soltanto sulla fase gestionale del soggetto, lasciandone inalterata la natura pubblica, secondo quanto affermato da queste Sezioni unite, nessuna rilevanza potendosi riconoscere al trasferimento della totalità delle azioni dal Ministero dell'economia e delle finanze a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a., trasferimento che non avrebbe comportato alcuna modifica in ordine alla natura giuridica di Anas s.p.a. quale "società legale", che avrebbe "conservato le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e tutti gli altri provvedimenti amministrativi comunque denominati", essendo stata inoltre attribuita allo stesso Ministero non solo la preventiva autorizzazione di qualsiasi deliberazione o atto avente ad og-

getto il trasferimento od operazioni societarie straordinarie sul capitale di Anas s.p.a., ma anche l'approvazione dello schema di statuto di tale società, tuttora soggetto al controllo della Corte dei conti, il tutto nel quadro della permanente vigenza dell'art. 7 del citato d.l. n. 138/2002.

9. Il Procuratore generale, nel concludere per la dichiarazione della giurisdizione del giudice ordinario, ha richiamato la medesima giurisprudenza invocata dal ricorrente ed altra successiva.

10. Va dichiarata la giurisdizione del giudice contabile.

Con riguardo ad Anas s.p.a. queste S.U., con la sentenza 9 luglio 2014, n. 15594, hanno già avuto modo di chiarire che “si tratta in definitiva di comprendere se la trasformazione dell'Anas in società per azioni disposta dalla legge ne abbia davvero comportato il mutamento della natura giuridica – da ente pubblico economico a società di diritto privato – o se invece non ne abbia intaccato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa, corrispondente a quella della società azionaria, senza per questo incidere sulla reale natura del soggetto”.

Al quesito si è risposto nel senso della permanente natura pubblicistica del soggetto: “Depone in questo senso, anzitutto, la genesi stessa dell'Anas s.p.a., direttamente derivante da un atto normativo e non, come è naturale in società di diritto privato, da un atto negoziale, ancorché posto in essere dalla pubblica amministrazione in forza della capacità di agire *iure privatorum* che ad essa compete. Sotto questo profilo appare quindi lecito adoperare, a tal proposito, la definizione di ‘società legale’: società che, perciò stesso, si pone su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile, ancorché possa mutarne, per espressa previsione di legge, una o più caratteristiche. Non meno indicativa – ed evidentemente correlata al suaccennato carattere legale della società – è la circostanza che il suo statuto e le eventuali successive modificazioni di esso debbano essere approvati con decreto ministeriale, e che sempre con decreto ministeriale sia determinato il capitale sociale, al quale i residui passivi spettanti all'Anas sono conferiti mediante un atto amministrativo del competente ministero (art. 7, cit., cc. 4 e 5). Ma il permanere dei connotati pubblicistici dell'Anas è testimoniato anche da ulteriori significative disposizioni.

Viene qui in evidenza il c. 6 dell'articolo citato, che espressamente attribuisce al Ministero dell'economia e delle finanze le azioni sociali e stabilisce che i relativi diritti debbano essere esercitati di concerto col Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per ciò stesso non solo escludendo radicalmente *ex lege* la possibilità della coesistenza di un azionario privato, ma improntando l'esercizio dei diritti sociali ad un paradigma – quello del concerto interministeriale – palesemente ispirato al modello dell'agire amministrativo, ben più che negoziale. E viene in evi-

denza altresì la disposizione (art. cit., c. 1-*quinquies*) che attribuisce all'Anas medesima le entrate derivanti dall'utilizzazione dei beni demaniali, relativamente ai quali essa esercita i diritti ed i poteri dell'ente proprietario in virtù della concessione attribuitale dalla legge; quella che le conferisce una serie di funzioni di natura pubblica inerenti alle strade statali (i compiti di cui al d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, art. 2, c. 1, lett. da a) a g), nonché l), alle quali è connesso anche l'esercizio di potestà autoritativa (ivi compreso l'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale ed il potere di approvare i progetti dei lavori di costruzione e di emanare gli atti dei procedimenti espropriativi); quella che espressamente sottopone l'Anas s.p.a. al controllo della Corte dei conti con le modalità previste dalla l. 21 marzo 1958, n. 259, art. 12 e l'autorizza ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 7, cit., c. 11); e quella per cui il rapporto di lavoro del personale dipendente in essere al momento della trasformazione resta disciplinato dalle disposizioni proprie dei rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici economici (art. cit., c. 9). Se ciascuna di siffatte peculiarità legali dovesse venir considerata isolatamente, potrebbe non necessariamente – si badi – essere sufficiente a smentire la natura privata di un ente che dalla stessa legge è qualificato come società per azioni ed il cui statuto, per il resto, appare effettivamente modellato secondo lo schema usuale ad una tale forma societaria. Né s'intende certo contestare che detta qualifica di società azionaria sia sempre e comunque irrilevante nella molteplice varietà dei rapporti che all'Anas possono far capo, ai fini dell'individuazione della disciplina giuridica di volta in volta applicabile a tali rapporti. Ma l'insieme e l'intrinseca reciproca connessione delle suaccennate peculiarità legali, trattandosi di verificare la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in tema di azioni di responsabilità esercitabili nei confronti degli organi e dei dipendenti dell'Anas ed avuto riguardo alle finalità di pubblica tutela per le quali il legislatore ha istituito quella speciale giurisdizione, che renderebbero del tutto ingiustificato un regime giuridico diverso da quello applicabile alla responsabilità di organi e dipendenti di un vero e proprio ente pubblico economico, vale a persuadere che, per ragioni specificamente inerenti al regime legale suo proprio (al pari della Rai s.p.a. e dell'Enav s.p.a., analogamente connotate da uno specifico regime legale loro proprio), l'Anas medesima non può essere assimilata ad una società azionaria di diritto privato, avendo essa conservato connotati essenziali di un ente pubblico, a fronte dei quali risulta non decisiva l'adozione del modello organizzativo corrispondente a quello di una società azionaria per gli aspetti non altrimenti disciplinati in chiave pubblicistica”.

Orbene, ritiene il collegio che il trasferimento della totalità del pacchetto azionario di Anas s.p.a. a Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. abbia avuto un rilievo esclusivamente formale, ma non abbia immutato la natura sostanziale di ente pubblico di detta società, dal

momento che la sola modifica apportata al preesistente quadro normativo, così riassunto, dal d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, art. 49, c. 6, è consistito nella ovvia – giacché il legislatore ha appunto inteso trasferire le azioni di Anas s.p.a. a Ferrovie dello Stato s.p.a. – soppressione del sesto comma dell’art. 7, d.l. 8 luglio 2002, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2002, n. 178, il quale stabiliva che: “Le azioni sono attribuite al Ministero dell’economia e delle finanze, che esercita i diritti dell’azionista di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti”, ed altresì nella mera modificazione del terzo periodo del quarto comma dello stesso art. 7, che più non richiede l’adozione di un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di intesa con il Ministro dell’economia e delle finanze, per le modifiche dello statuto di Anas s.p.a.. Al di là di tali interventi il quadro è rimasto immutato: sicché deve mantenersi per ferma l’affermazione a suo tempo effettuata in relazione alla natura sostanzialmente pubblica di Anas s.p.a.

Del resto, la stessa decisione invocata del ricorrente, concernente Ferrovie dello Stato s.p.a., manifesta il medesimo convincimento in ordine ad Anas s.p.a.: “La cornice generale tratteggiata va ulteriormente completata avuto riguardo al riconoscimento di ipotesi particolari, in cui lo speciale statuto legale di talune società partecipate che svolgono attività amministrativa in forma privatistica consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici e giustifica, quindi, la giurisdizione della Corte dei conti. L’affermazione, ricorrente nelle pronunce relative allo statuto legale peculiare di Rai s.p.a. [...], Enav s.p.a. [...] e Anas s.p.a. [...], poggia su plurimi e specifici indici” (Cass., S.U., 27 dicembre 2017, n. 30978).

Né può ritenersi che la soluzione già affermata debba essere ripensata in ragione della promulgazione del t.u. delle società pubbliche, art. 12 in particolare, dal momento che queste Sezioni unite hanno già osservato che: “l’ampia formulazione della rubrica dell’art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate) ed il mancato richiamo nel c. 2 alla, come visto delimitata, vicenda del danno erariale risalente a condotte degli amministratori e dipendenti delle società *in house* di cui al c. 1, non lasciano spazio ad una interpretazione [...] sostanzialmente abrogatrice della regola generale in tema di casi e limiti della responsabilità contabile ai sensi della l. 14 gennaio 1994, n. 20” (Cass., S.U., 18 maggio 2022, n. 15979).

11. Non occorre provvedere sulle spese, stante la qualità di parte in senso meramente formale del Procuratore della Corte dei conti.

P.q.m., dichiara la giurisdizione della Corte dei conti.

2370 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 25 gennaio 2023; Pres. Virgilio, Rel. Giusti, P.M. Basile; M.G. c. Proc. gen. Corte dei conti e altri. *Cassa Corte conti, Sez. app. reg. Siciliana, 31 dicembre 2021, n. 228.*

Giurisdizione e competenza – Magistrato amministrativo – Ritardo nel deposito delle sentenze – Azione di responsabilità amministrativa – Danno da disservizio – Giurisdizione della Corte dei conti – Esclusione.

Cost., artt. 3, 103, 108; c.p.c., artt. 1, 360, c. 1, 362, c. 1, n. 1; c.g.c., art. 1; l. 27 aprile 1982, n. 186, ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali, art. 32; l. 13 aprile 1988, n. 117, risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati, artt. 2, 3, 13; l. 14 gennaio 1994, n. 20, disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, art. 1; d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell’art. 1, c. 1, lett. f), l. 25 luglio 2005, n. 150, art. 2, lett. q.

Non sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nella controversia avente ad oggetto l’azione di risarcimento del danno da disservizio cagionato da un magistrato amministrativo per il ritardo nel deposito dei provvedimenti giudiziari, essendo la valutazione di tale condotta rimessa all’organo di governo autonomo, nell’ambito del relativo potere disciplinare. (1)

Ragioni della decisione – 1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia, in relazione agli artt. 362, c. 1, e 360, c. 1, n. 1), c.p.c., la violazione degli artt. 3, 103 e 108 Cost., dell’art. 1, c.p.c., l. 13 aprile 1988, n. 117 (in particolare, degli artt. 2, 3 e 13), nonché delle norme che regolano il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati speciali, derivanti dal combinato disposto del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 (in particolare, dell’art. 2, lett. q), e della l. 27 aprile 1982, n. 186 (in particolare, dell’art. 32), per avere la sentenza impugnata ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei conti in materia di risarcimento dei danni da disservizio, consistente nel sistematico ritardo nel deposito delle sentenze, che la Sezione giurisdizionale d’appello per la Regione Siciliana ha ritenuto essere stato cagionato dal prof. Mineo, componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, nell’esercizio delle proprie

(1) Segue la nota di V. Zuccari, *La responsabilità dei magistrati per danno da disservizio: limiti al sindacato della Corte dei conti.*

funzioni giudiziarie. Ad avviso del ricorrente, la materia della responsabilità dei magistrati sarebbe integralmente disciplinata dalla l. n. 117/1988, come modificata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18. In particolare, il Mineo sostiene che in base a tale normativa, concernente la responsabilità dei magistrati anche per i casi di “denegata giustizia”, in cui andrebbe ricompreso il tardivo deposito dei provvedimenti, spetta al Presidente del Consiglio dei ministri l’esercizio dell’azione di rivalsa nei confronti del magistrato, da proporsi dinanzi al giudice civile, per i danni subiti dallo Stato, che abbia dovuto risarcire il cittadino cui sia stato riconosciuto il relativo diritto. Secondo il ricorrente, la previsione dell’esercizio dell’azione di rivalsa, da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, dinanzi al giudice ordinario troverebbe fondamento nell’art. 108 Cost., secondo cui le norme riguardanti ogni magistratura vanno stabilite con legge, la quale deve anche assicurare l’indipendenza dei giudici delle magistrature speciali.

2. Con il secondo motivo, prospettato in via subordinata rispetto al precedente mezzo, il ricorrente chiede disporsi il rinvio della causa alla Corte costituzionale, per la risoluzione della questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 103 e 108 Cost., con riferimento all’art. 1 c.g.c., nella parte in cui dovesse essere interpretato nel senso di non escludere la giurisdizione contabile nella materia oggetto del presente giudizio, essendo essa attribuita al giudice ordinario nell’ambito del procedimento speciale istituito e disciplinato dalla l. n. 117/1988, o per illegittimità costituzionale della medesima l. n. 117/1988, nella parte in cui dovesse essere interpretata nel senso di non escludere la giurisdizione contabile in materia di danno cagionato dal magistrato all’amministrazione di appartenenza, nell’ipotesi di denegata giustizia.

3. Con il terzo motivo, sollevato in via di ultima subordinata, il ricorrente censura la violazione della norma, in tesi, attributiva della giurisdizione contabile (artt. 2, c. 3-*bis*, 13, c. 2-*bis*, l. n. 117/1988), essendo essa stata applicata retroattivamente dal giudice a quo, nonostante si tratti di disposizioni di carattere innovativo.

4. Il primo motivo pone la questione se ricada nella giurisdizione della Corte dei conti l’azione, proposta dalla Procura regionale contabile nei confronti di un ex magistrato amministrativo, di responsabilità per danno erariale da disservizio in pregiudizio dell’amministrazione di appartenenza (il Consiglio di Stato), per avere egli, nell’ambito dello svolgimento delle funzioni giurisdizionali, quale componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, violato l’obbligo di tempestivo deposito delle sentenze.

5. La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale d’appello per la Regione Siciliana, ha ritenuto di essere munita della giurisdizione. L’iniziativa promossa dal procuratore regionale rientrerebbe nell’ambito della giurisdizione in materia di responsabilità ammini-

strativa per danno erariale, istituzionalmente attribuita alla Corte dei conti, qui inteso come danno al corretto ed efficiente esercizio della funzione giurisdizionale. Il danno erariale, di natura diretta, consisterebbe nell’aver, il magistrato, omesso di adempiere puntualmente al dovere di tempestivo deposito dei provvedimenti giudiziari, arrecando disservizio all’amministrazione di appartenenza e lesione del sinallagma che giustificava la corresponsione della retribuzione nella misura prestabilita.

La sentenza d’appello, condividendo il ragionamento seguito dal giudice di primo grado, ha osservato che, per un magistrato che esercita la funzione giudicante, il rispetto dei termini previsti dalla legge per il deposito dei provvedimenti costituisce elemento essenziale della prestazione lavorativa, contribuendo a connotare, in termini quantitativi e qualitativi, il servizio giustizia. La Sezione d’appello ha quindi sottolineato che, in caso di mancata od inesatta effettuazione della prestazione lavorativa da parte di un dipendente pubblico, si verifica, ove le inadempienze siano gravi e reiterate, una notevole alterazione del sinallagma contrattuale, di talché la retribuzione corrisposta al medesimo viene ad essere, almeno in parte, priva di valida causa giustificativa, in quanto dalle risorse finanziarie impiegate a tal fine l’amministrazione non ricava le utilità preventivate, patendo, anzi, per effetto delle inadempienze del dipendente negligente, negative ripercussioni, in termini di minore efficienza sotto il profilo funzionale e di minore efficacia, sotto i profili della qualità e della quantità, dei servizi resi alla collettività.

6. Il collegio osserva preliminarmente che la ricostruzione, attraverso la legislazione ed il sistema, dell’ambito della giurisdizione contabile in materia di danni arrecati all’erario e l’individuazione dei soggetti sottoponibili al giudizio di responsabilità amministrativa competono, innanzitutto, alla Corte dei conti in sede di verifica della propria competenza giurisdizionale e poi, eventualmente, alla Corte di cassazione su ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione (art. 41 c.p.c.) ovvero, come nella specie, su ricorso avverso la decisione della Corte dei conti per motivi inerenti alla giurisdizione (artt. 111, c. 8, Cost., 362 c.p.c. e 207 c.g.c.).

7. Quando è posta una questione di giurisdizione, questa Corte ha la possibilità – esattamente come per qualunque altra questione processuale – di riscontrare direttamente gli atti di causa per individuare il giudice munito di giurisdizione; al riguardo, le Sezioni Unite non devono limitare la propria cognizione all’esame della sufficienza e logicità della motivazione con cui il giudice a quo abbia vagliato la questione di giurisdizione, essendo investite del potere di esaminare direttamente gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda, onde stabilire se, in effetti, la suddetta questione sia stata correttamente decisa o meno (tra le tante, Cass., S.U., 16 settembre 2021, n. 25042).

8. La responsabilità amministrativo-contabile è la responsabilità patrimoniale in cui incorrono i pubblici funzionari che, in presenza di un rapporto di impiego, per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi di servizio, abbiano causato un danno economico alla pubblica amministrazione.

Essa costituisce parte integrante di un sistema volto ad ottenere dai funzionari pubblici comportamenti coerenti con il buon andamento.

La responsabilità amministrativo-contabile del pubblico dipendente non differisce strutturalmente dall'ordinaria responsabilità civile (art. 2043 c.c.), se non per la particolare qualificazione del soggetto autore del danno (pubblico dipendente o soggetto legato alla pubblica amministrazione da rapporto di servizio), per la natura del soggetto danneggiato (ente pubblico e assimilati) e per la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

La responsabilità si configura non solo a fronte di danni diretti subiti dall'amministrazione, ma anche quando il danno sia stato subito indirettamente dall'amministrazione chiamata innanzi al giudice, ordinario o amministrativo, a risarcire, ai sensi dell'art. 28 Cost., il terzo danneggiato.

Tale responsabilità trova la sua unitaria e fondamentale disciplina nella l. 14 gennaio 1994, n. 20, come modificata dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639. In base ad essa, "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali".

L'illecito erariale si connota per la "combinazione di elementi restitutori e di deterrenza" (Corte cost. n. 371/1998).

La conformazione della responsabilità amministrativa risente dell'opera di progressiva specificazione, precisazione e tipizzazione degli obblighi di servizio nonché di un sempre più diffuso utilizzo di qualificazioni legali tipiche, nelle quali le violazioni delle regole giuscontabili sono direttamente qualificate dal legislatore come fonte di responsabilità amministrativa, erariale o contabile. Così, ad esempio, nelle pubbliche amministrazioni incluse nell'elenco adottato dall'Istituto nazionale di statistica (Istat), il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica, e la violazione di tale obbligo di accertamento comporta, per espressa previsione, responsabilità amministrativa (art. 9, c. 1, lett. a, n. 2, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 3 agosto 2009, n. 102). Analogamente, la legge 6 novembre 2012, n. 190, nell'aggiungere il c. 7-bis all'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, inquadra

tra le ipotesi di responsabilità erariale l'omesso versamento del compenso percepito dal dipendente pubblico per attività extraistituzionale non autorizzata.

L'evoluzione del sistema è frutto anche dell'elaborazione, ad opera della giurisprudenza della Corte dei conti, di figure di responsabilità amministrativa in cui il nesso tra il pregiudizio e le casse erariali è meno immediato che nelle ipotesi tradizionali, dandosi rilievo alla lesione di interessi pubblici generali riferibili indistintamente alla collettività amministrata.

Nella sua struttura essenziale e tradizionale, la sfera della responsabilità amministrativa risulta perimetrata a quelle fattispecie in cui il danno, quale diretta o indiretta conseguenza dell'atto o del comportamento del pubblico dipendente, si materializza in un indebito esborso di denaro pubblico o nella mancata percezione di somme spettanti all'amministrazione. La giurisprudenza contabile ha progressivamente ampliato la nozione di danno pubblico, sino a ricomprendervi la compromissione di interessi pubblici di carattere generale connessi all'equilibrio economico e finanziario dello Stato.

In quest'ambito si colloca la particolare figura di responsabilità amministrativa che viene in rilievo nella presente vicenda: il danno da disservizio.

Tale figura ricomprende varie tipologie di illecito caratterizzate dalla diminuzione di rendimento dell'azione amministrativa eziologicamente connessa alla lesione dell'agire amministrativo nei suoi valori fondamentali, tra cui il buon andamento e l'imparzialità: dall'inosservanza dei doveri del pubblico dipendente deriva la diminuzione di efficienza dell'apparato pubblico per la mancata o ridotta prestazione del servizio o per la cattiva qualità dello stesso.

Il danno da disservizio presuppone una distorsione dell'azione pubblica rispetto al fine cui l'azione stessa deve essere indirizzata. Il danno si verifica quando il pubblico servizio è "desostanziato", per l'utenza, delle sue intrinseche qualità. Si è di fronte a un pregiudizio sofferto dalla collettività in ragione dell'esercizio sviato della funzione amministrativa. Il danno da disservizio si accredita come figura di sintesi di una serie di condotte colpevolmente disfunzionali che incidono sulla qualità del servizio, oltre che sulla sua materiale esecuzione (Corte conti, Sez. III centr. app., 26 settembre 2017, n. 479).

Il diritto vivente vi ha fatto rientrare ipotesi contrassegnate da uno sviamento della funzione o da una rilevante alterazione della prestazione: l'illecita cancellazione in cambio di denaro, da parte di un funzionario dell'Agenzia fiscale, di alcuni carichi fiscali pendenti per omessi versamenti di imposte dovute (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 23 febbraio 2009, n. 74); l'assenteismo nel settore della scuola (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 21 marzo 2008, n. 209); la mancata resa del servizio o della prestazione, ricondotta allo schema dell'*aliud pro alio*, da parte di un segretario scolastico, in fattispecie di irregolare gestione del bilancio della scuola, con sfondamenti di capitoli e senza deliberazioni degli organi

collegiali competenti, con fatture inevase, con emissioni di mandati senza la firma del preside e con omesso invio al provveditorato agli studi del conto consuntivo relativo all'esercizio finanziario (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 29 novembre 2001, n. 511); l'esercizio distorto di potestà pubbliche e l'asservimento del servizio da parte di un finanziere condannato per collusione in contrabbando (Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 7 gennaio 2008, n. 2); l'utilizzo improprio di beni strumentali della pubblica amministrazione, consistente nella connessione alla rete internet per navigare su siti proibiti, con conseguente trasmissione di virus alla rete locale (Corte conti, Sez. giur. reg. Basilicata, 22 marzo 2006, n. 83); l'intenzionale discriminazione, da parte del pubblico funzionario, dell'ordine delle pratiche da seguire, frutto di un comportamento delittuoso, con l'assicurazione di un canale preferenziale ed accelerato ad alcuni imprenditori e professionisti (Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 31 luglio 2015, n. 139); le "anticipazioni" sui temi concorsuali ai candidati da parte di un commissario (Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 22 marzo 2022, n. 12).

Ne emerge un quadro che concorre a delineare il perimetro del danno da disservizio dell'amministrazione, e quindi anche il limite della tutela risarcitoria avviata su queste basi.

9. Ai sensi dell'art. 103, c. 2, Cost., la Corte dei conti "ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge".

L'art. 1 c.g.c., approvato con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, prevede che la Corte dei conti "ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi di contabilità pubblica".

Come ha rilevato la Corte costituzionale (sent. n. 29/1995), la prassi giurisprudenziale e le leggi di attuazione della Costituzione hanno esaltato, della Corte dei conti, il ruolo complessivo di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e, in particolare, della corretta gestione delle risorse collettive, quale "organo posto a tutela degli interessi obiettivi della pubblica amministrazione".

La Corte dei conti è il giudice naturale della responsabilità per danno erariale dei soggetti legati alle pubbliche amministrazioni da un rapporto di impiego o di servizio.

La giurisprudenza costituzionale ha altresì precisato che la giurisdizione "nelle materie di contabilità pubblica", come prevista dalla Costituzione e alla stregua della sua conformazione storica, è dotata non di una "assoluta", ma solo di una tendenziale generalità (sent. n. 102/1977, nonché sent. n. 33/1968), in quanto essa è suscettibile di espansione in via interpretativa, quando sussistano i presupposti soggettivi e oggettivi della responsabilità per danno erariale, ma ciò solo "in carenza di regolamentazione specifica da parte del legislatore che potrebbe anche prevedere la giurisdizione ed attribuirla ad un giudice diverso" (sent. n. 641/1987).

Come ha sottolineato la Corte costituzionale nella sentenza n. 385 del 1996, "appartiene [...] alla discrezionalità del legislatore, che deve essere circoscritta all'apprezzamento ragionevole dei motivi di carattere ordinamentale e, particolarmente, di quelli riconducibili agli equilibri costituzionali, la definizione concreta della materia di contabilità pubblica, da attribuire alla giurisdizione della Corte dei conti".

10. Nel sistema costituzionale non vi è potere senza responsabilità.

Nei confronti dei magistrati, siano essi ordinari o appartenenti a una magistratura speciale, possono essere fatte valere diversi tipi di responsabilità.

La Corte costituzionale (sent. n. 385/1996, cit.), nel dichiarare l'inammissibilità del conflitto di attribuzione proposto da un giudice istruttore a seguito di un atto di citazione relativo a danni erariali prodotti nella liquidazione di perizie d'ufficio, ha chiarito che sussiste "la conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme".

Gli artt. 101, 102, 104 e 108 Cost. "non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione". "Le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell'indipendenza e dell'insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione".

Il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è soggetto alla legge: alla Costituzione innanzitutto, che sancisce, ad un tempo, il principio di indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28) al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione (Corte cost. sent. n. 18/1989).

11. La giurisprudenza di questa Corte regolatrice ha ritenuto configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato, con le conseguenze in punto di giurisdizione, e si è interrogata anche sui rapporti tra la responsabilità amministrativa e la disciplina della responsabilità civile del magistrato per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

11.1. L'ordinanza delle Sezioni Unite 24 marzo 2006, n. 6582, ha fatto rientrare nella giurisdizione della Corte dei conti una controversia nella quale l'azione di responsabilità per danno erariale era stata avviata nei confronti di un giudice addetto alla sezione misure di prevenzione, già condannato in sede penale per avere commesso, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, una serie di reati che avevano causato direttamente allo Stato un danno patrimoniale (derivante dalla mancata applicazione di misure di prevenzione di carattere personale e patrimoniale, con conseguente

mancato incameramento di cauzioni e di beni destinati alla confisca) e all'immagine (in termini di pregiudizio del prestigio e del decoro dell'istituzione pubblica).

L'assimilazione della posizione del magistrato a quella degli altri funzionari pubblici è motivata sul rilievo che l'intero sistema della l. n. 117/1988 (come risulta anche dalla sua intestazione) mira a disciplinare, ponendo limiti e condizioni a garanzia dell'indipendente e imparziale esercizio delle funzioni giurisdizionali, la sola responsabilità civile del magistrato; mentre l'esigenza di una disciplina speciale viene meno in presenza di un fatto di reato commesso nell'esercizio delle funzioni, come dimostra l'art. 13, secondo comma, di tale legge che, in tema di responsabilità civile per fatti costituenti reato, "espressamente richiama le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti (operando, quindi, quanto meno a questi effetti, un'equiparazione dei magistrati ai pubblici dipendenti)". In sostanza, "in mancanza di una diversa previsione [...], non c'è alcuna ragione per escludere la responsabilità amministrativa dei magistrati in presenza di un fatto costituente reato": "nella complessiva ricostruzione del sistema", "la commissione nell'esercizio delle funzioni di un fatto costituente reato fa venir meno l'esigenza di una speciale e più favorevole disciplina della responsabilità dei magistrati".

11.2. La sentenza delle Sezioni Unite 27 maggio 2009, n. 12248, a sua volta, ha corretto l'impostazione del giudice a quo, secondo cui l'attività giudiziaria svolta da un magistrato, salvo il caso di commissione di reato, sarebbe sempre e comunque insindacabile in sede contabile e, quindi, in assoluto sottratta alla giurisdizione della Corte dei conti, e ha riconosciuto la conciliabilità in linea di principio della indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità del suo esercizio. Cionondimeno, poste di fronte ad una controversia promossa dal procuratore regionale della Corte dei conti, nei confronti di un magistrato ordinario, per il danno colposamente arrecato all'amministrazione a seguito del ritardato dissequestro di due autoveicoli affidati in custodia giudiziale, le Sezioni Unite hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, e non della Corte dei conti, non essendo configurabile alcuna ipotesi di reato e trattandosi di danno causato – alla luce della l. n. 117/1988 – nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

11.3. Si è, poi, riconosciuta la sussistenza della giurisdizione contabile in una fattispecie relativa a un magistrato venuto meno al dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento di incarichi extralavorativi e del conseguente obbligo di riversare all'Amministrazione i compensi per essi ricevuti (Cass., S.U., 2 novembre 2011, n. 22688). Questa Corte ha motivato sulla premessa che è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa di un soggetto che, legato all'amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, causi un danno con azioni od omissioni con-

nesse alla violazione non soltanto dei doveri tipici delle funzioni concretamente svolte, ma anche di quelli ad esse strumentali, attenendo al merito e, dunque, ai limiti interni della *potestas iudicandi*, ogni questione concernente il tipo e l'ammontare del danno stesso diverso da quello all'immagine.

12. Esplicite disposizioni di legge confermano la sottoposizione anche dei magistrati alla giurisdizione della Corte dei conti.

L'art. 172 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, approvato con il d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, prevede (con una disposizione di cui la Corte costituzionale, nell'ord. n. 273/2006, ha escluso il carattere innovativo) che "i magistrati e i funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa".

A sua volta, l'art. 5, c. 4, l. 24 marzo 2001, n. 89, in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo, dispone che il decreto di accoglimento della domanda di equa riparazione, di chi ha subito un danno per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole del processo, venga comunicato al Procuratore contabile, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, oltre che ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici interessati dal procedimento.

In caso di responsabilità civile per fatti costituenti reato, l'art. 13 della l. n. 117/1988 prevede che "all'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti".

13. Da tali coordinate, legislative e giurisprudenziali, possono trarsi i seguenti corollari.

L'art. 7 della l. n. 117/1988 – che attribuisce al giudice ordinario la cognizione dell'azione di rivalsa che il Presidente del Consiglio dei ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile – non esclude la possibilità che si instaurino, dinanzi alla Corte dei conti, altri giudizi, secondo la disciplina di diritto comune della responsabilità amministrativa, nei confronti del magistrato che abbia ingiustamente arrecato danni erariali allo Stato. Difatti, il citato art. 7 devolve alla giurisdizione ordinaria l'azione di rivalsa per il danno patrimoniale indiretto arrecato dal magistrato allo Stato che ha risarcito in

sede civile il terzo danneggiato nell'esercizio di funzioni giurisdizionali, sicché in tutte le restanti ipotesi di danno erariale si riepande la generale giurisdizione contabile.

Se ne ha conferma nella trama della stessa l. n. 117/1988, che distingue tra azione di rivalsa, riservata allo Stato e da proporre davanti alla giurisdizione ordinaria, e azione di regresso in caso di reato, da esercitare secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

In altri termini, la l. n. 117/1988 non esaurisce in sé ogni forma di responsabilità perché, nella sua regolazione, attiene all'ambito di quella civile. Con la clausola di salvezza del giudizio di responsabilità contabile di cui al d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, contenuta nell'art. 2, c. 3-*bis*, l. n. 117/1988, inserito dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, il legislatore della responsabilità civile dello Stato verso terzi indica che quella disciplina non esaurisce la responsabilità del magistrato per danni all'erario.

Spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, secondo le norme generali, conoscere dei danni arrecati allo Stato, inteso nel senso dell'amministrazione della giustizia, o ad altra amministrazione o ente pubblico, essendo tale responsabilità fondata sull'ordinario presupposto del rapporto funzionale e di servizio che lega il magistrato all'amministrazione pubblica e della violazione (commessa con dolo o colpa grave) di doveri inerenti a quel rapporto.

Dinanzi alla Corte dei conti il magistrato può essere chiamato a rispondere, innanzitutto, per i danni causati nell'esercizio di funzioni amministrative: si pensi al caso di un uso non istituzionale di beni dell'ufficio o alla mancata segnalazione alla Procura contabile, da parte dei vertici di un ufficio giudiziario, di fatti dannosi per l'erario prodotti da magistrati o dal personale amministrativo.

Dinanzi alla Corte dei conti il magistrato può essere chiamato a rispondere anche del danno scaturito dall'esercizio di funzioni giudiziarie, fermi restando l'insindacabilità nel merito dei provvedimenti giudiziari e il limite della indipendenza funzionale. Anche all'interno della funzione giudiziaria propriamente detta, del resto, sono previste numerose incombenze, per lo più di disposizione di beni e di risorse pubbliche, suscettibili di produrre immediati effetti patrimonialmente valutabili sugli oneri legati alla gestione pubblica della funzione giudiziaria: così, ad esempio, in caso di liquidazione di elevati compensi, non conformi a legge, a periti o consulenti. A questa ipotesi va ricondotto quanto stabilito dal citato art. 172 del testo unico in materia di spese di giustizia.

È un danno direttamente causato allo Stato, del quale il magistrato può essere chiamato a rispondere dinanzi alla Corte dei conti, anche quello all'immagine della pubblica amministrazione per delitti commessi in danno della stessa nell'esercizio delle funzioni (art. 51 c.g.c.).

14. Con riguardo alla fattispecie che viene in rilievo nella presente vicenda, preme rilevare che la legge prende in considerazione sotto più profili le ricadute negative derivanti dal ritardo, da parte del giudice, nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali.

14.1. In primo luogo, attribuendo alla Corte dei conti il giudizio di rivalsa verso il magistrato per i danni risarciti dallo Stato in caso di irragionevole durata dei processi, ai sensi della citata l. n. 89/2001.

Poiché tra le cause della irragionevole durata può esservi il comportamento del magistrato, è stabilito, all'art. 5 di detta legge, che il decreto con cui è accolta la domanda di equa riparazione dei danni debba essere comunicato, a cura della cancelleria, anche al Procuratore contabile, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità.

Mentre la l. n. 89/2001 pone un obbligo risarcitorio a carico dello Stato connesso tendenzialmente all'oggettiva violazione del principio di ragionevole durata del processo, nel giudizio di rivalsa dinanzi alla Corte dei conti rileva il dolo o la colpa grave dell'autore del ritardo, dovendosi fare applicazione delle regole sostanziali e processuali che disciplinano la responsabilità amministrativa. Pertanto, potrà essere escluso ogni profilo di responsabilità, guardandosi alle plurime funzioni esercitate dal singolo magistrato o considerandosi il complessivo carico di lavoro. In altri termini, in ragione dell'autonomia del processo contabile rispetto al procedimento giudiziario che ha dato luogo all'equa riparazione, la Corte dei conti è chiamata a valutare senza automatismi il comportamento dei soggetti innanzi ad essa convenuti e l'imputabilità ai medesimi del danno erariale derivante dall'equa riparazione.

L'art. 5 della l. n. 89/2001 esplicita, dunque, un'ipotesi di danno arrecato all'erario che ha erogato l'indennizzo per il ritardo. Dal ritardo può derivare, secondo autonoma valutazione della Corte dei conti, una fonte di responsabilità amministrativa.

14.2. In secondo luogo, prevedendo una apposita figura di illecito disciplinare.

Il magistrato è tenuto ad esercitare le funzioni attribuitegli con diligenza e laboriosità.

Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. q), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, costituisce illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni "il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni".

Tale disposizione "presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto".

Alla stregua della citata disposizione normativa, risulta passibile di sanzione disciplinare il reiterato, grave ed ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni. Pertanto – come ha chiarito la giurisprudenza di queste Sezioni Unite (tra le tante, Cass., S.U., 7 ottobre 2019, n. 25020) – i ritardi rilevano disciplinarmente là dove

siano una diretta conseguenza della mancanza di laboriosità. È imprescindibile, al riguardo, una valutazione complessiva del carico di lavoro dell'ufficio e degli sforzi profusi per l'abbattimento dell'arretrato. Il notevole carico di lavoro del quale risulti gravato il magistrato è idoneo ad assumere rilievo quale causa di giustificazione per il ritardo ultrannuale nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali ove, tenuto conto degli standard di operosità e laboriosità mediamente sostenuti dagli altri magistrati dell'ufficio, a parità di condizioni di lavoro vi sia una considerevole sproporzione del carico, a danno del magistrato incolpato, così da rendere inesigibile l'apprestamento di una diversa organizzazione.

Ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 109/2006, la disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati "non si applica ai magistrati amministrativi". In relazione alla responsabilità disciplinare dei giudici amministrativi, quello contenuto nell'art. 32 della l. 27 aprile 1982, n. 186, si interpreta come un rinvio fisso: perciò, continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, nella parte in cui definiscono l'illecito disciplinare (art. 18) (Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 2015, n. 5572). Occorre dare atto, tuttavia, che la tipizzazione contenuta nell'art. 2, c. 1, lett. q), d.lgs. n. 109/2006 è destinata a spiegare effetto, per i magistrati amministrativi, in via di "autovincolo" dell'organo di governo autonomo: nel Plenum del 15 gennaio 2016, infatti, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa ha stabilito che "ai sensi dell'art. 18 del r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, integra l'illecito disciplinare, da parte del magistrato amministrativo, il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni".

14.3. In terzo luogo, prevedendo la responsabilità civile del magistrato, ai sensi della l. n. 117/1988, in caso di diniego di giustizia.

Costituisce diniego di giustizia anche il ritardo, oltre che il rifiuto o l'omissione, del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte abbia presentato istanza per ottenere il provvedimento e siano decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria (art. 3).

Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali (art. 2).

Anche nel caso di diniego di giustizia, il Presidente del Consiglio dei ministri ha l'obbligo di esercitare, dinanzi al giudice ordinario, l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale (art. 7).

14.4. Rimane ferma la responsabilità del magistrato per fatti costituenti reato (art. 13 l. n. 117/1988) nell'ipotesi in cui il ritardo trasmodi in un rifiuto di atti d'ufficio.

La giurisprudenza penale di questa Corte (Cass. Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 8870) ha chiarito che l'inosservanza, anche ripetuta e grave, da parte del magistrato, dei termini di deposito delle sentenze non integra, di per sé sola, il reato di rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di giustizia *ex art. 328, c. 1, c.p.*, se non sussista una indifferibilità dell'atto omesso, la quale non può essere desunta dall'esigenza di regolare andamento dell'attività giudiziaria, ma presuppone che il ritardo determini un pericolo concreto di pregiudizio per le parti interessate, derivante dalla mancata definizione dell'assetto regolativo degli interessi coinvolti nel procedimento.

In questa prospettiva, il ritardo, in specie quando consistente, non costituisce un dato irrilevante e neutro, ma deve essere valutato nella concretezza della situazione, in modo da verificare se in rapporto ad essa lo stesso, per il suo protrarsi, possa influire sull'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto e se dunque l'ulteriore ritardo possa assumere il significato di vero e proprio rifiuto di un atto divenuto indifferibile.

In tale quadro possono assumere concreta rilevanza le specifiche sollecitazioni rivolte al giudice, affinché provveda al deposito del provvedimento.

Le stesse possono peraltro provenire da organi sovraordinati o preposti al controllo e al coordinamento dell'attività giudiziaria ovvero direttamente da soggetti coinvolti nell'attività giudiziaria.

La manifestazione di un legittimo interesse, ove ulteriormente qualificata dalla richiesta del provvedimento, può dare luogo alla figura del diniego di giustizia e, in presenza di una diffida, al reato di cui all'art. 328, c. 2.

Ma ove la sollecitazione sia specificamente qualificata dalla rappresentazione dell'urgenza, correlata all'esigenza di compiuta attuazione del diritto positivo, che potrebbe essere altrimenti pregiudicata, in quanto si determinino o possano determinarsi conseguenze non fisiologiche in relazione allo sviluppo del procedimento o alla posizione delle parti interessate, esposte a pregiudizi dipendenti dalla mancata definizione dell'assetto degli interessi coinvolti nel procedimento, essa potrebbe valere non solo a dar conto dell'indifferibilità dell'atto, ma anche a consentire di valutare la protratta inerzia come elemento rappresentativo del rifiuto, che integra l'ipotesi delittuosa di cui al primo comma dell'art. 328 c.p.

15. La responsabilità amministrativo-contabile dei magistrati presenta, accanto ad aspetti di sostanziale sovrapponibilità con quelli riguardanti le altre categorie di funzionari pubblici soggetti al giudizio della Corte dei conti, alcuni profili di specificità.

Il comune aspetto di fondo, dipendente dal fatto che ambedue le categorie interessate sono legate da un rapporto di impiego pubblico con lo Stato e svolgono attività in nome e per conto dello Stato medesimo, non impedisce di considerare le peculiarità derivanti dallo

status e dai compiti dei magistrati rispetto a quelli degli altri funzionari pubblici.

I profili di specificità sono dovuti alla particolarità della funzione giudiziaria e al rapporto con l'autonomia e l'indipendenza, intese come precondizioni essenziali per l'esercizio di una attività indirizzata alla tutela dei diritti individuali.

L'elemento unificante della funzione giudiziaria risiede nella particolare posizione di indipendenza degli organi giudiziari nel sistema politico-istituzionale: amministrativamente incardinato nell'organizzazione del potere pubblico, dello Stato-persona, il magistrato ha una sua collocazione ordinamentale con regole peculiari quanto a carriera e a garanzie di indipendenza dal potere politico.

16. Ai fini della soluzione della questione che il ricorso solleva, il collegio ritiene rilevante la considerazione che la pluralità di gravi ritardi, da parte di un magistrato, nel deposito dei provvedimenti dà luogo ad una figura di illecito disciplinare, rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura: la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, per i magistrati ordinari; il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, per i giudici amministrativi.

Non v'è dubbio che depositare le sentenze nei termini di legge, tenendo conto dei carichi esigibili secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza, e svolgere tutti i compiti dell'ufficio con laboriosità e diligenza costituiscono dovere primario di ogni giudice.

L'osservanza da parte del magistrato dei doveri inerenti al suo status è parte integrante del modo di essere dell'imparzialità e dell'indipendenza della giurisdizione.

La figura del magistrato è legata non solo ad un'idea comune di probità personale, di imparzialità, di estraneità agli interessi che si agitano nella controversia, di indipendenza, ma anche di diligenza, di operosità e di laboriosità per l'efficiente esercizio della funzione giudiziaria, attraverso il quale il potere si fa servizio pubblico per gli utenti e per la comunità.

C'è un legame diretto tra la disciplina del magistrato e la tutela generale e complessiva dell'ordinamento.

Il rispetto della deontologia professionale del magistrato *interest rei publicae* ed oltrepassa la barriera dell'ordine interno del corpo.

La negligenza fonte di disservizio, punita con sanzioni disciplinari, non ha un rilievo interno, ma fuoriesce dai confini dell'istituzione, per attingere la generalità dell'ordinamento, al cui livello necessariamente si pongono le questioni che investono il modo di esercizio dell'attività giurisdizionale, destinataria principale dell'istanza di garanzia dei diritti dei cittadini.

La responsabilità disciplinare dei magistrati non può essere qualificata quale mera responsabilità verso l'ordine di appartenenza, perché è l'intero ordinamento costituzionale ad essere interessato al rispetto delle regole disciplinari da parte dei magistrati. Come inse-

gna la Corte costituzionale (sent. n. 497/2000), il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge.

Si tratta di beni i quali, affidati alle cure di ciascun organo di governo autonomo, non riguardano soltanto la magistratura, ordinaria o amministrativa, riduttivamente intesa come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti e degli interessi legittimi dei cittadini.

La responsabilità disciplinare, per sua vocazione, tende a oltrepassare la ristretta cerchia di un corpo professionale organizzato. Il suo fondamento non può ricercarsi, come per gli altri funzionari pubblici, nel rapporto di supremazia speciale della pubblica amministrazione verso i propri dipendenti.

Il procedimento disciplinare è anche una garanzia: mira a far emergere situazioni idonee ad escludere che i ritardi siano dovuti ad un'effettiva violazione dei doveri del magistrato (quali, indicativamente, il numero di udienze tenute nell'arco temporale considerato, l'impegno straordinario in processi di eccezionale importanza, il numero dei processi dei quali il magistrato è assegnatario ove sproporzionato in eccesso rispetto a quelli attribuiti ad altri magistrati).

17. Con la sentenza in questa sede impugnata, la Sezione giurisdizionale d'appello per la Regione Siciliana della Corte dei conti ha condannato il giudice amministrativo a risarcire un danno erariale da disservizio.

Il predetto magistrato è incorso – secondo l'apprezzamento svolto dalla Corte dei conti a conferma dell'impostazione dell'atto di promovimento della Procura erariale – in gravi e sistematiche inadempienze e, proprio in ragione di ciò, il servizio giustizia reso dal Consiglio di giustizia amministrativa non ha conseguito i migliori standard di efficienza e di efficacia che avrebbero potuto essere altrimenti raggiunti.

La Sezione giurisdizionale d'appello della Corte dei conti ha evidenziato anche gli "indicatori di performance" della prestazione resa nel periodo considerato, dandosi cura di precisare che il prof. Mineo: "aveva fatto parte dei collegi giudicanti in misura maggiore rispetto agli altri magistrati in servizio nel c.g.a."; "aveva la migliore percentuale di presenze in tutti i collegi del c.g.a. (giudicanti e consultivi), circostanza che, soprattutto nel periodo in cui il numero dei magistrati laici effettivamente in servizio era diminuito, aveva consentito la celebrazione di tutte le udienze programmate"; "aveva redatto più ordinanze cautelari rispetto agli altri colleghi"; "era in seconda posizione per numero di sentenze pubblicate"; "era in seconda posizione con riferimento alla percentuale di sentenze depositate rispetto al totale di quelle prodotte dal c.g.a."; "soltanto in relazione ai tempi di deposito del-

le sentenze era in posizione assai peggiore rispetto agli altri colleghi, che, comunque, anch'essi avevano fatto registrare rilevanti ritardi in proposito”.

La Sezione giurisdizionale d'appello ha quindi determinato il risarcimento del danno, in via equitativa, in un importo pari al 20 per cento delle risorse finanziarie che risultano essere state stanziare ed utilizzate dall'amministrazione del Consiglio di Stato per retribuire il magistrato nell'arco temporale considerato.

18. La responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio è stata, quindi, ipotizzata e riscontrata sussistente in una fattispecie di espletamento, da parte dell'odierno ricorrente, della funzione giurisdizionale con standard qualitativi inferiori a quanto dovuto in relazione al rispetto dei termini per il deposito dei provvedimenti. Dinanzi alla Corte dei conti non è stata esercitata un'azione di risarcimento del danno erariale frutto di una condotta del magistrato derivante da reato.

Né è stata esercitata un'azione di rivalsa per danni risarciti dallo Stato a terzi per l'irragionevole durata del processo in base alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed alla l. n. 89/2001.

L'iniziativa erariale neppure è stata promossa a seguito di una condanna dello Stato al risarcimento dei danni per diniego di giustizia.

La responsabilità amministrativo-contabile è stata ravvisata per un danno che si assume direttamente arrecato in un caso di negligente attività lavorativa del magistrato, il quale, pur avendo una produttività ragguardevole, ha depositato con sistematico ritardo (di circa 200 giorni) le sentenze e i provvedimenti di sua competenza, provocando disservizio all'amministrazione di appartenenza, che non ha potuto conseguire i migliori standard di efficienza e di efficacia.

19. In tal modo, la Sezione giurisdizionale d'appello ha esteso il perimetro della responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio fino a ricomprendervi un'ipotesi di ordinaria violazione del dovere di diligenza del magistrato integrante una figura di illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni, come tale rimessa alla valutazione dell'organo di governo autonomo della magistratura amministrativa; e ha finito, così, con il giudicare di una domanda che fuoriesce dall'ambito della cognizione della Corte dei conti.

La condotta neghittosa per la quale il prof. Mineo è stato convenuto in giudizio non ricade nell'ambito della materia della contabilità pubblica, ma trova la sua esclusiva risposta da parte dell'ordinamento nel sistema disciplinare, deputato ad accertare se i ritardi ascritti all'incolpato raggiungano quel livello di censurabilità tale da legittimare l'irrogazione, da parte dell'organo di autogoverno della magistratura amministrativa, di una sanzione disciplinare.

20. Invero, il danno da disservizio è – come ha messo in luce un'autorevole dottrina – un danno di

“chiusura”, che ha il suo tratto unificante nell'espletamento di una attività della pubblica amministrazione in modo inefficiente, con standard qualitativi inferiori al dovuto e conseguente non pieno soddisfacimento dell'utenza. L'alterazione delle tempistiche procedurali può essere una delle cause del disservizio: i tempi della pubblica amministrazione sono un bene della vita.

La valutazione di condotte del magistrato, ordinario o amministrativo, in violazione del dovere di diligenza e di laboriosità è devoluta all'organo di governo autonomo, secondo quanto prescrivono la Costituzione e le norme sull'ordinamento giudiziario.

Il mancato rispetto, da parte del magistrato, dei tempi processuali rinviene la sua reazione nella sanzione disciplinare, la quale, anche per la particolare iniziativa nel promovimento, evoca una responsabilità verso l'intero ordinamento: una responsabilità mediante la quale si tutela il principio di buon andamento, riferibile pure agli organi dell'amministrazione della giustizia, e trovano un presidio i valori che si compendiano nel giusto processo, caratteristica essenziale della funzione giurisdizionale.

La responsabilità disciplinare del magistrato è tale, per sua natura, da assorbire, là dove l'inefficienza del servizio giustizia dipenda dal mero ritardo nel deposito, le ragioni che stanno alla base della elaborazione giurisprudenziale giuscontabile del danno da disservizio.

Non ci può essere spazio, allora, per la perseguibilità, dinanzi al giudice contabile, di una responsabilità per danno diretto erariale da disservizio derivante dalla inosservanza, quantunque reiterata, grave e ingiustificata, dei termini di deposito dei provvedimenti giurisdizionali. Il rispetto dei canoni costituzionali cui deve improntarsi l'agire funzionale del giudice è assicurato dalla predisposizione, e dal concreto funzionamento, di un apparato disciplinare affidato a un organo che, per la composizione elettiva e per la presenza anche di membri laici, non costituisce un'entità separata, ma esprime il collegamento della magistratura con il complessivo ordinamento costituzionale dello Stato.

21. Le funzioni della Corte dei conti, pur se tra loro differenti, sono coerenti con l'alta funzione di organo posto al servizio dello Stato comunità, quale garante imparziale della corretta gestione delle risorse pubbliche, anche sotto il profilo del buon andamento, e degli equilibri di bilancio. Il concetto di risorse collettive è alla base della capacità espansiva dell'ambito cognitivo della Corte dei conti in tema di responsabilità: un ampliamento che si giustifica in considerazione dell'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione e della trasformazione del danno erariale, che comprende non solo il deterioramento o la perdita di beni o denaro, ma anche la lesione di uno specifico interesse o di un valore della comunità di cui la pubblica amministrazione si fa portatrice ed interprete in veste di ente esponenziale. Il legislatore asseconda questa tendenza, di volta in volta affidando alla responsabilità amministrativa, con norme di settore,

obiettivi di prevenzione speciale e generale dei fenomeni di devianza economico-finanziaria.

22. In questo contesto, la responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio non può essere in via interpretativa estesa fino a comprendere ipotesi legate al mero ritardo nel deposito dei provvedimenti da parte del magistrato.

Spetta, infatti, alla responsabilità disciplinare affidata all'organo di governo autonomo reagire a condotte violative dei doveri funzionali del magistrato che abbiano determinato, per il mancato rispetto dei termini di deposito dei provvedimenti, un livello della funzione giurisdizionale qualitativamente non adeguato alle attese dell'utenza. Saremmo, altrimenti, di fronte ad una pluralità di giudizi, o di procedimenti, di responsabilità distinti unicamente sotto il profilo della sanzione e non anche quanto ai relativi presupposti.

In altri termini, la responsabilità disciplinare per il ritardo (reiterato, grave e ingiustificato) attinge all'interesse, in tutte le sue componenti, all'osservanza dei doveri funzionali, laddove la responsabilità erariale per lo stesso fatto in tanto è consentita in quanto la condotta del magistrato si ponga "oltre" la fattispecie di rilievo disciplinare.

23. Perché si abbia, accanto alla responsabilità disciplinare, responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio, occorre un *quid pluris* rispetto al mero ritardo: (a) un danno aggiuntivo di carattere patrimoniale, derivante dalla condanna dello Stato al pagamento dell'indennizzo a titolo di equa riparazione per irragionevole durata o il risarcimento per diniego di giustizia; oppure (b) il mancato collegamento tra il potere esercitato ed il fine istituzionale che l'ordinamento attribuisce ad esso, configurabile ogniqualvolta il ritardo si traduca in un rifiuto o in una omissione di atti d'ufficio, penalmente rilevante, o sia espressione di un radicale, mancato svolgimento della prestazione lavorativa, con conseguente rottura del rapporto sinallagmatico per ciò che attiene alla retribuzione del magistrato "assenteista dalla funzione".

24. È questo, del resto, l'approdo al quale è pervenuta la giurisprudenza della Corte dei conti nel delineare i contorni della responsabilità erariale da disservizio a carico di un magistrato.

24.1. Con specifico riferimento alla responsabilità per danno erariale da disservizio provocato da un magistrato ordinario – già dichiarato decaduto dall'appartenenza all'ordine giudiziario, ai sensi dell'art. 11 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 – è emblematica, nella giurisprudenza contabile, la sent. n. 10 giugno 2016, n. 95 della Sezione giurisdizionale Lombardia.

Le condotte dannose non si esaurivano nel mancato rispetto dei termini per il deposito dei provvedimenti da parte del giudice civile, ma riguardavano: l'assenza ingiustificata dal servizio del magistrato; i gravi e sistematici ritardi nel deposito di moltissime sentenze e ordinanze; la caotica gestione dei fascicoli d'ufficio, non restituiti e addirittura persi, o accatastati

in ufficio nonostante ripetuti solleciti; l'omessa risposta a plurimi tentativi vani di contatti telefonici; l'omesso recupero del lavoro accumulato, nonostante l'esonero concessogli per circa due mesi dalle udienze e da nuove assegnazioni per agevolarlo nello smaltimento dell'enorme arretrato.

Preme sottolineare la vicenda, di assoluta, e ingiustificata, assenza dal servizio, che ha occasionato la decisione del giudice contabile.

La vicenda dimostra che la responsabilità amministrativa per danno erariale da disservizio non si attegga quale mera conseguenza di violazioni del dovere di tempestivo deposito.

Occorre una condotta che si traduca in un *aliud pro alio*, in una profonda e significativa alterazione dei contenuti propri della prestazione che il magistrato avrebbe dovuto assicurare all'amministrazione. Soltanto nei casi più gravi ed eclatanti è configurabile un'ipotesi anche di responsabilità amministrativa diretta per danno all'erario, capace di radicare la giurisdizione della Corte dei conti: casi nei quali il ritardo sistematico è l'effetto di un sostanziale rifiuto di espletamento dell'attività lavorativa, con una radicale violazione dei doveri che costituiscono il nucleo fondante della funzione giurisdizionale e che sono direttamente correlati al perseguimento dei fini di cui all'art. 97 Cost., tanto da rendere la stessa percezione della retribuzione fonte, sia pure in parte, di un ingiustificato arricchimento per il magistrato e di un danno diretto per l'erario, che ha remunerato energie lavorative distolte dalle normali attribuzioni a fronte di una sostanziale assenza ingiustificata dalla funzione.

24.2. Significativo nella stessa direzione è anche un altro caso in tema di responsabilità amministrativa di un magistrato per danno da disservizio, venuto all'esame di queste Sezioni Unite.

Esso avvalorava la ricostruzione, da parte del diritto vivente del giudice contabile, nel senso della configurabilità del danno da disservizio anche quando il pregiudizio al normale andamento del servizio giustizia deriva da un esercizio illecito e penalmente rilevante della funzione.

La sentenza 11 aprile 2018, n. 22083, delle Sezioni Unite ha esaminato il caso di un magistrato ordinario – nel frattempo rimosso dall'ordine giudiziario con sanzione disciplinare irrogata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura – che era stato condannato dalla Corte dei conti perché, quale giudice delegato, aveva disposto la vendita senza incanto di un immobile acquisito all'attivo fallimentare nell'intento di favorirne l'acquisto da parte di soggetti predeterminati, con sviamento di pubbliche risorse dalle finalità proprie della procedura fallimentare e pregiudizio, oltre che per il ceto creditorio, anche per l'amministrazione, in termini di mancato conseguimento delle utilità normalmente ritraibili da un corretto svolgimento della procedura fallimentare, sia sotto il profilo della mancata utilità collettiva, sia sotto quello del disutile costo del servizio svolto.

Investite di un ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale contro la pronuncia del giudice contabile, le Sezioni Unite, con la citata sentenza, lo hanno dichiarato inammissibile, dopo aver rilevato che era lo stesso ricorrente “a riconoscere che, sulla scorta dei molteplici addebiti che gli erano stati in origine mossi, la Corte dei conti aveva competenza giurisdizionale a decidere della sua responsabilità contabile e dunque a valutare se dalla commissione di quei fatti fosse derivato un pregiudizio all’amministrazione della giustizia”, e dopo aver sottolineato che il ricorrente non aveva contestato “neppure l’astratta configurabilità del c.d. danno erariale da disservizio”, essendosi doluto soltanto di un *error in procedendo* del giudice contabile per non avere questi rispettato il principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c.

25. La responsabilità erariale per danno da disservizio non deriva dal ritardo di per sé, neppure quando reiterato, grave e ingiustificato.

Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni è sanzionato disciplinarmente, e la responsabilità disciplinare serve, da sola, a tutelare il corretto esercizio della funzione e, con essa, il prestigio e il decoro del magistrato e il prestigio dell’istituzione giudiziaria.

Quando il ritardo assume il significato di un comportamento non solo deontologicamente rilevante, ma anche illecito, risolvendosi in un reato o essendo l’effetto di un sostanziale mancato svolgimento della prestazione lavorativa, allora la protratta inerzia consente la configurazione di un danno erariale diretto da violazione del sinallagma lavoro-retribuzione patito dall’amministrazione.

26. Conclusivamente, il mero ritardo, da parte di un magistrato amministrativo, nel deposito dei provvedimenti non integra, di per sé, responsabilità amministrativa per danno da disservizio, essendo rimessa la valutazione di tale condotta all’organo disciplinare di governo autonomo, con conseguente difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

27. Ritenendo configurabile la responsabilità amministrativa del magistrato convenuto, e quindi ammissibile la tutela risarcitoria, al di là dei confini della stessa derivanti dal sistema elaborato dal diritto vivente, la Sezione giurisdizionale d’appello della Corte dei conti per la Regione Siciliana ha finito con il creare una nuova fattispecie di responsabilità erariale destinata a investire il medesimo interesse tutelato con l’azione disciplinare officiosa, così superando i limiti esterni della giurisdizione spettante alla Corte dei conti in materia di contabilità pubblica.

28. Il primo motivo di ricorso è, dunque, fondato, nei termini di cui in motivazione, derivandone l’assorbimento dell’esame dei restanti motivi.

Va dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

La sentenza impugnata è cassata senza rinvio.

Non vi è luogo a pronuncia sulle spese, stante la qualità di parte soltanto in senso formale del Procuratore generale della Corte dei conti.

P.q.m., accoglie, nei termini di cui in motivazione, il primo motivo di ricorso, assorbiti il secondo ed il terzo motivo; dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei conti; cassa senza rinvio la sentenza impugnata.

La responsabilità dei magistrati per danno da disservizio: limiti al sindacato della Corte dei conti

Sommario: 1. *Premessa*. – 2. *Quadro legislativo di riferimento: la responsabilità amministrativo-contabile e relativa assimilazione dei magistrati al concetto di dipendente pubblico. Indipendenza della magistratura e profili di responsabilità*. – 3. *Il residuale ambito della giurisdizione contabile nei confronti dei magistrati* – 4. *Danno erariale da disservizio* – 5. *La soluzione adottata dalle S.U.: la responsabilità disciplinare dei magistrati* – 6. *Considerazioni conclusive: la responsabilità disciplinare dei magistrati speciali e ne bis in idem*.

1. Premessa

La sentenza in epigrafe affronta la questione della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in merito all’azione di responsabilità per danno erariale da disservizio esperita avverso un magistrato amministrativo per aver quest’ultimo, nello svolgimento delle sue funzioni istituzionali, violato l’obbligo di tempestivo deposito delle sentenze.

La pronuncia in oggetto offre l’occasione di analizzare lo stretto rapporto tra la disciplina della responsabilità amministrativo-contabile e quella della responsabilità dei magistrati, che interseca inevitabilmente il concetto di danno erariale – nelle diverse accezioni offerte dal legislatore e dagli interpreti – tra cui quella di danno da disservizio – sino ad arrivare a configurare, nonché a delimitare, il concetto di responsabilità disciplinare.

2. Quadro legislativo di riferimento: la responsabilità amministrativo-contabile e relativa assimilazione dei magistrati al concetto di dipendente pubblico. Indipendenza della magistratura e profili di responsabilità

Come noto, la responsabilità amministrativo-contabile è una responsabilità patrimoniale configurabile in capo ai pubblici funzionari che, per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi derivanti dal rapporto di pubblico impiego, causino un danno economico alla casse dell’erario. Detta responsabilità trova la sua disciplina nella l. n. 20/1994 (come modificato dal d.l. n. 543/1996, convertito dalla l. n. 639/1996). Ulteriori modifiche alla normativa di base sono state apportate successivamente, spesso con l’intento di delineare più marcatamente i confini della responsabilità amministrativa attraverso un lavoro di specificazione,

precisazione e tipizzazione degli obblighi di servizio, nonché per mezzo di qualificazioni legali tipiche, nelle quali le violazioni delle regole giuscontabili sono direttamente qualificate dal legislatore come fonte di responsabilità amministrativa, erariale o contabile. L'attuale assetto è derivazione inoltre dell'elaborazione giurisprudenziale. In particolare, la Corte dei conti nel tempo ha ampliato le fattispecie rilevanti a quelle figure di responsabilità amministrativa in cui il nesso tra il pregiudizio ed erario risultava meno immediato, dando evidenza di lesioni di interessi pubblici generali, idonei ad ampliare la nozione di danno pubblico, sino a ricomprendervi la compromissione di interessi pubblici di carattere generale connessi all'equilibrio economico e finanziario dello Stato.

Ciò premesso, è indiscussa la generale applicazione della responsabilità amministrativo-contabile a tutti i dipendenti pubblici, a prescindere dalla privatizzazione avvenuta del pubblico impiego; invero, anche per il personale non incluso nella privatizzazione, tra cui quello magistratuale, è applicabile la disciplina di cui alla l. n. 20/1994, sulla scorta della portata generale della stessa normativa, nonché del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 che, all'art. 23, fa salva l'applicazione della sopravvenuta disciplina contabile anche agli appartenenti alla magistratura.

La responsabilità amministrativo-contabile dei magistrati presenta, accanto ad aspetti di sostanziale sovrapposibilità rispetto ai funzionari, alcune specificità; se ambedue le categorie svolgono attività in nome e per conto dello Stato e hanno con quest'ultimo un rapporto di impiego pubblico, i profili di diversità sono dovuti alla particolare funzione svolta dai magistrati, caratterizzata dall'autonomia e l'indipendenza come sanciti dal dettato costituzionale. Circa la conciliabilità tra la particolare autonomia/indipendenza garantita ai magistrati dalla Costituzione e l'azione di responsabilità amministrativo-contabile in capo agli stessi, si è espressa la Corte costituzionale con la pronuncia miliare n. 385/996 (1); secondo la Consulta, gli artt. 101, 102, 104 e 108 Cost. *“non valgono ad assicurare al giudice uno status di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione”*. *“Le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell'indipendenza e dell'insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione (2)”*. Tale conclusione

(1) Corte cost. 5 novembre 1996, n. 385, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Corte costituzionale*, n. 66, in questa *Rivista*, 1996, 6, 248; in senso conforme, v. anche Corte cost. 19 gennaio 1989, n. 18, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Astensione, ricusazione e responsabilità del giudice*, n. 66, in *Foro it.*, 1989, I, 305, con nota di L. Scotti, A. Pizzorusso, e in questa *Rivista*, 1989, 1, 220.

(2) Corte cost. 5 novembre 1996, n. 385, cit.

favorevole ad una piena giurisdizione contabile sui magistrati è stata poi confermata anche dalle Sezioni unite della Cassazione (3). Invero, nei confronti dei magistrati ordinari e speciali sono molteplici le forme di responsabilità che possono essere fatte valere, senza andare a violare l'indipendenza e l'imparzialità a questi garantita dal dettato costituzionale.

3. *Il residuale ambito della giurisdizione contabile nei confronti dei magistrati*

Appurata pertanto la possibile assoggettabilità della magistratura al giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti, la questione oggetto di analisi attiene ai profili di compatibilità della responsabilità ex l. n. 20/1994 per i magistrati rispetto al portato normativo di cui alla l. n. 117/1988 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), dopo la novella della l. n. 18/2015. Quest'ultima ha infatti statuito che, a seguito di una condanna dello Stato a risarcire il terzo per danni arrecati dal magistrato, il conseguente giudizio di rivalsa dello Stato nei confronti del suddetto magistrato è attribuito alla cognizione del giudice ordinario (artt. 7 e 8 l. n. 117/1988).

Si è posto quindi il problema circa la possibile proponibilità di una concorrente azione di rivalsa innanzi alla Corte dei conti nei confronti del magistrato autore di un danno erariale, convenuto altresì nel giudizio di rivalsa di fronte al giudice ordinario. Dopo vari arresti giurisprudenziali, la giurisprudenza ha ritenuto che, pur sussistendo la compatibilità dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio (sia civile, che penale, ma anche amministrativa), l'attribuzione alla Corte dei conti – da parte dell'art. 103, c. 2 Cost., – della giurisdizione in materia di contabilità pubblica non ha carattere assoluto, ma solo generale; pertanto, l'attribuzione della giurisdizione in relazione alle fattispecie di responsabilità amministrativa richiede una valutazione del legislatore ordinario. Di conseguenza, in virtù di quanto disposto dalla l. n. 117/1988, l'attività giudiziaria svolta da un magistrato è insindacabile in sede di rivalsa giuscontabile poiché devoluta, invece, alla giurisdizione ordinaria.

Tuttavia, se la l. n. 117/1988 così come novellata nel 2015, devolve al giudice ordinario i giudizi di rivalsa per danno patrimoniale indiretto, non esclude che per le restanti ipotesi si possa rispendere la giurisdizione della Corte dei conti. In assenza di una puntuale disciplina, sulla questione si è espressa, a volte in modo altalenante (4), la Cassazione, confermando

(3) Cass., S.U., 27 maggio 2009, n. 12248, in *Foro it.*, 2010, I, 962, con nota di G. D'Auria, e in questa *Rivista*, 2009, 3, 214.

(4) In senso conforme alla massima, v. Cass., S.U., ord. 24 marzo 2006, n. 6582, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Responsabilità contabile e amministrativa*, n. 567, in *Foro it.*, 2006, I, 3282, e in questa *Rivista*, 2006, 2, 249, che ammette la cognizione del giudice contabile in materia di responsabilità amministrativa

per tali ipotesi residuali la competenza del giudice contabile.

Tale corollario viene confermato anche dai giudici di legittimità della pronuncia in commento: la circostanza che l'art. 7 della l. n. 117/1988 devolva alla giurisdizione ordinaria l'azione di rivalsa indiretto non esclude la possibilità che si instaurino dinanzi alla Corte dei conti altri giudizi, secondo la disciplina del diritto comune della responsabilità amministrativa, nei confronti del magistrato che abbia arrecato ingiustamente danni erariali allo Stato. In tutte le restanti ipotesi in cui sussiste un danno erariale, ben si può riespandere la generale giurisdizione contabile. A parere dei giudici, questa conclusione è suffragata anche dalla presenza di una clausola di salvezza di cui all'art. 2, c. 3-bis, l. n. 117/1988 (inserito dalla l. n. 18/2015) con cui il legislatore ha specificato che la responsabilità civile verso terzi non esaurisce i profili di responsabilità in capo al magistrato nel caso di danno all'erario.

Senza alcuna pretesa di esaustività, sono ipotizzabili altri casi in cui, sempre in via residuale, può ritenersi sussistente la giurisdizione contabile; si fa riferimento, in primo luogo, all'ipotesi di danno diretto arrecato dal magistrato alla propria o ad altra amministrazione (poiché la l. n. 117/1988 attribuisce al giudice ordinario la cognizione dei soli danni patrimoniali indiretti) e, in secondo luogo, alle azioni di rivalsa in caso di danno patrimoniale indiretto frutto di condotte del magistrato configuranti reato (5).

4. Danno erariale da disservizio

Premessa, quindi, la configurabilità in astratto della giurisdizione della Corte dei conti nella materia de qua, i giudici di legittimità approfondiscono l'esame della questione prendendo in considerazione la tipologia di danno erariale concretamente contestata nella vicenda, ossia la particolare figura di danno da disservizio (6). In via preliminare si osserva che il danno da disservizio viene considerato dagli interpreti una categoria aperta, oggetto di differente qualificazione da parte della stessa giurisprudenza contabile, tanto da essere una "categoria descrittiva di vari fenomeni patologici (7)", a conferma dell'atipicità che caratterizza gli illeciti contabili. Il danno da disservizio si atteggia quale danno di chiusura, che si presta a tutelare valori di difficile apprezzamento economico. Tra gli elementi caratterizzanti la fattispecie si evidenzia

l'inefficienza nell'espletamento di un'attività propria della pubblica amministrazione, secondo standard qualitativi inferiori a quanto richiesto che comporta, pertanto, un'insoddisfazione dei terzi. Rientra nella categoria anche l'ipotesi di danno che non si traduca in un disservizio, ma in un'assenza totale del servizio, c.d. *aliud pro alio*. In sintesi, si vanno a ricomprendere nella macrocategoria "disservizio" differenti tipologie di illecito, in linea di massima tutte caratterizzate dalla diminuzione di rendimento dell'azione amministrativa (8).

Questa l'interpretazione anche della pronuncia in epigrafe, ove il danno da disservizio si configura come una distorsione dell'azione pubblica rispetto al fine cui l'azione stessa deve essere indirizzata. L'eterogeneità della categoria ha portato la giurisprudenza contabile a tentare di tipizzare alcune ipotesi, molto spesso legate a condotte penalmente rilevanti (in particolare, in presenza di fatti corruttivi o concusivi) (9).

Nella pronuncia qui in commento a venire in rilievo è la figura del danno da disservizio concretizzantesi nel ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali. Si pone anche in questo caso la questione se tale tipo di danno sia idoneo a radicare la cognizione del giudice contabile. Sul punto, i giudici ritengono, in estratto configurabile la giurisdizione della Corte dei conti per il giudizio di rivalsa avente ad oggetto i danni risarciti dallo Stato in caso di irragionevole durata del processo *ex l. n. 89/2001*, con una precisazione: nel giudizio di rivalsa a differenza dell'azione risarcitoria di titolarità dello Stato, il giudice contabile è chiamato a svolgere una valutazione ulteriore circa l'elemento soggettivo che deve connotare la condotta (dolo o colpa grave). Viene, in sintesi, riaffermato il principio di indipendenza del processo contabile rispetto a quello ordinario di equa riparazione, ove però la Corte dei conti deve valutare senza automatismi il comportamento del magistrato alla luce del contesto specifico (e.g. le plurime funzioni esercitate dal magistrato, il carico di lavoro, la carenza di organico). Residua naturalmente la summenzionata responsabilità civile *ex l. n. 117/1988* ai sensi dell'art. 3 che prevede il ritardo tra le fattispecie di diniego di giustizia; di talché, chi ha subito il danno *ex art. 3* può agire *ex art.*

(8) V., *ex multis*, Corte conti, Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 12 agosto 2022, n. 142.

(9) Circa la configurabilità del danno da disservizio, in cui le condotte esaminate possiedono altresì rilevanza penale, da ultimo v. Corte conti, Sez. giur. reg. Umbria, 21 marzo 2022, n. 12, in questa *Rivista*, 2022, 2, 228; Sez. giur. reg. Lombardia, 1 febbraio 2022, n. 21; Sez. giur. reg. Piemonte, 16 giugno 2021, n. 203; Sez. I centr. app., 18 febbraio 2021, n. 35, *ibidem*, 1, 151; Sez. giur. reg. Toscana, 22 maggio 2019, n. 214; Sez. giur. reg. Veneto, 30 agosto 2017, n. 76 e 6 luglio 2017, n. 76; a prescindere da profili prettamente penalistici della condotta esaminata dai giudici contabili, v. invece Corte conti, Sez. II centr. app. 28 ottobre 2021, n. 379; Sez. giur. reg. Lazio, 12 agosto 2021, n. 657; Sez. I centr. app., 13 aprile 2021, n. 126; Sez. app. reg. Siciliana, 18 marzo 2021, n. 50.

dei magistrati in presenza di un fatto costituente reato; v. anche Cass., S.U., ord. 2 novembre 2011, n. 22688, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Responsabilità contabile e amministrativa*, n. 59.

(5) In questo caso, è la stessa l. n. 117/1988, all'art. 13, c. 2, a devolvere alla Corte dei conti l'azione di "recupero".

(6) Per un approfondimento v. M. Nunziata, *Il danno da disservizio*, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, Milano, 2022, 251 ss.

(7) V. V. Tenore, *La nuova Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 2022.

2 contro lo Stato per il risarcimento dei danni (patrimoniali e non). Ed è in questa ipotesi – nel caso in cui venga riconosciuto al terzo il risarcimento – che riemerge l’obbligo del presidente del Consiglio dei ministri di esercitare innanzi al giudice ordinaria l’azione di rivalsa nei confronti del magistrato (10).

5. La soluzione adottata dalle S.U.: la responsabilità disciplinare dei magistrati

Ciò premesso, nel caso sottoposto all’attenzione del Sezioni Unite non emerge un’azione di rivalsa per danni risarciti dallo Stato a terzi, né un’azione risarcitoria per fatti derivanti da reato. Nel caso in oggetto la responsabilità amministrativo-contabile nasce da un danno da negligente attività lavorativa, dovuta al disservizio da ritardo nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali. Di talché, la Corte adita ha ritenuto che tali condotte (i.e. deposito in ritardo dei provvedimenti) diano luogo alla figura dell’illecito disciplinare, di competenza dell’organo di valutazione autonomo (per i magistrati ordinari, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, per quelli amministrativi, il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa).

Si rileva, quindi, un’altra differenza rispetto ai pubblici funzionari: la responsabilità disciplinare dei magistrati non può essere qualificata come mera responsabilità verso l’ordine di appartenenza poiché posta a garanzia di una generalità di soggetti, i consociati, per le puntali funzioni che la magistratura stessa è chiamata a svolgere a presidio di diritti e interessi legittimi. A differenza dei pubblici funzionari, la responsabilità disciplinare dei giudici non trova mero fondamento nel rapporto di superiorità dell’amministrazione di appartenenza, bensì si pone quale garanzia dell’intero sistema, con particolare riferimento – nel caso di specie – al principio del giusto processo.

Le argomentazioni della Corte di cassazione si spingono oltre, andando a delineare le circostanze, non ricorrenti nel caso *de quo*, in cui il “ritardo” possiede un *quid pluris* rispetto al mero illecito disciplinare. Affinché, unitamente alla responsabilità disciplinare, si abbia un danno erariale da disservizio devono essere presenti, alternativamente, altri due elementi: o un danno aggiuntivo di carattere patrimoniale derivante dalla condanna dello Stato (o per il pagamento dell’indennizzo per equa riparazione per irragionevole durata del processo o risarcimento per diniego di giustizia), o l’assenza di un nesso tra il potere esercitato e il fine per il quale quel potere era stato attribuito, che evidenzia rilevanza penale (11) o sia espressione di un

(10) Sulla responsabilità per fatti costituenti reati del magistrato nell’ipotesi di ritardo nel deposito dei provvedimenti, v. da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 8870.

(11) Sul punto, circa la piena compatibilità e cumulabilità tra sanzione penale e sanzione contabile (con conseguente mancata violazione del principio del *ne bis in idem*, quando per gli stessi fatti oggetto di un giudizio penale venga incardinato

mancato totale svolgimento dell’attività lavorativa. Tale scelta interpretativa appare suffragata tanto dalla giurisprudenza contabile (v. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 10 giugno 2016, n. 95 in questa *Rivista*, 2016, 3, 252) quanto da quella ordinaria di legittimità (v. Cass., S.U., 11 settembre 2018, n. 22083). In coerenza con tale impostazione le Sezioni unite della Cassazione pervengono alla conclusione che l’interpretazione adottata dai giudici contabili nei primi due gradi abbia illegittimamente esteso il perimetro delle responsabilità amministrativo-contabile per danno da disservizio ad una fattispecie di mera responsabilità disciplinare, andando a creare una fattispecie di responsabilità erariale – che investe il medesimo interesse tutelato con i mezzi disciplinari – con evidente superamento dei limiti giurisdizionali spettanti alla Corte nelle materie di contabilità pubblica.

6. Considerazioni conclusive: la responsabilità disciplinare dei magistrati speciali e ne bis in idem

La sentenza in commento ha il pregio di svolgere una ricognizione circa temi apparentemente distanti ma in realtà interdipendenti tra loro: la responsabilità dei magistrati, il concetto di danno da disservizio e il perimetro di competenza dei giudici contabili.

Seppur accennato nel corpo dell’ordinanza, questa offre uno spunto di riflessione sulla responsabilità disciplinare degli appartenenti alle diverse magistrature. Invero, con riferimento all’azione disciplinare, si evidenzia una carenza nel dettato normativo, o meglio un vero gap legislativo tra magistrati ordinari e speciali (sia amministrativi che contabili). Infatti, il portatore legislativo sull’azione disciplinare nelle magistrature speciali è assai scarno rispetto a quello che connota la magistratura ordinaria, disciplinata dal d.lgs. n. 109/2006 che all’art. 30 esclude esplicitamente l’applicazione del relativo regime alle magistrature speciali. Nel silenzio del legislatore, le carenze normative (anche rispetto alla l. n. 186/1982 e l. n. 117/1988) sono state oggetto di interventi da parte degli organi di autogoverno (Consigli di presidenza del Tar-CdS e della Corte dei conti) (12).

Sul punto, è auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Un’ultima considerazione – a prescindere dagli approdi della pronuncia in epigrafe che ha escluso la giurisdizione contabile nel caso *de quo* – riguarda il possibile cumulo di sanzioni amministrativo-contabile con sanzioni penali o anche disciplinari. Una problematica che, a prescindere dalle singole casistiche analizzate, non possiede una soluzione univoca; è infatti

un giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti) v. Corte Edu, Sez. II, 13 maggio 2014, caso n. 20148/09, *Rigolio c. Italia*, in <www.rivistacorteconti.it>, 1/luglio 2014, recepita dal giudice nazionale con Sez. riun. giur., 18 giugno 2015, n. 28, in questa *Rivista*, 2015, 3-4, 278.

(12) Sul punto cfr. V. Tenore, *Sulla necessità di una riforma del regime disciplinare nelle magistrature speciali*, in questa *Rivista*, 2022, 4, 22.

evidente come la configurabilità di più responsabilità ponga un problema di *ne bis in idem*, qualora le stesse presentino – sotto il profilo sostanziale – natura penale, alla luce dei criteri definiti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (13); dall'altro canto, come confermato anche nella pronuncia in epigrafe, tale cumulo sembrerebbe giustificato sull'assunto che “reazioni ordinamentali diverse trovino fondamento in presupposti differenti (14)”; Sul punto, i giudici di legittimità in questa pronuncia sembrano confermare tale concetto di autonomia funzionale dei diversi giudizi, sempre nel rispetto del principio di legalità e preso atto delle peculiarità di ogni singola fattispecie.

VITTORIA ZUCCARI

4835 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 16 febbraio 2023; Pres. (f.f.) Virgilio, Rel. Scarpa, P.M. Mistri (concl. conf.); *Omissis*.
Cassa con rinvio App. Roma, 21 marzo 2016, n. 1883.

Processo civile – Prove – Principio di non dispersione – Documenti – Produzione in giudizio – Modalità cartacea o telematica – Differenza – Insussistenza – Fonte di conoscenza – Fatto storico.

C.c., art. 2697; c.p.c., artt. 115, 345.

Processo civile – Giudizio di appello – Contumacia – Fascicolo di parte ritirato e non restituito – Prova documentale ritualmente prodotta in primo grado – Valutazione.

C.p.c., artt. 115, 345; c.p.c., art. 76 disp. att.

Processo civile – Giudizio di appello – Atto di appello o comparsa di costituzione – Fatto rappresentato nel documento cartaceo prodotto in primo grado – Valutazione.

C.p.c., artt. 115, 345.

Il principio di non dispersione della prova, operante anche per i documenti, prodotti in giudizio sia con modalità cartacea, sia telematica, comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice nei diversi gradi di giudizio.

Nell'ipotesi in cui la parte interessata ne faccia specifica richiesta nei propri scritti difensivi e non sia più disponibile nel fascicolo di parte (perché ritirato e non restituito o in caso di contumacia nel giudizio di secondo grado), la prova documentale, ritualmente prodotta in primo grado e su cui si fondano le domande o le eccezioni riproposte in sede di appello, è valutata dal giudice mediante il deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp.

(13) Si fa riferimento ai tre criteri – la qualificazione giuridica della misura, la natura della misura e la natura e il grado di severità della “sanzione” – sanciti nel noto caso *Engel c. Paesi Bassi*, v. Corte Edu, 8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Olanda*, in *Foro it.*, 1977, IV, 1.

(14) Cfr. V. Tenore, *La nuova Corte dei conti*, cit., 121 ss.

att. c.p.c., oppure apprezzandone il contenuto trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo, ovvero, mediante l'ordine alla parte interessata di produrla in copia o in originale.

Qualora la parte interessata abbia allegato nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione il fatto rappresentato dal documento cartaceo prodotto in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte non lo abbia offerto in comunicazione nel giudizio di secondo grado, il giudice può ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini allegati nell'atto difensivo. (1)

Ragioni della decisione – 1. L'unico motivo del ricorso di *Omissis* denuncia la violazione degli artt. 342 c.p.c., 2697 c.c. e 115 c.p.c. I ricorrenti principali assumono che, alla stregua dei principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 delle Sezioni unite, era l'appellante *Omissis* s.r.l. onerata di dimostrare la fondatezza del proprio gravame e di produrre perciò i documenti occorrenti per la decisione.

L'unico motivo del ricorso incidentale della *Omissis* s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 96 c.p.c. e la conseguente contraddittoria motivazione, esponendo che la domanda risarcitoria per responsabilità aggravata meritava accoglimento in quanto si è in presenza di un “abuso del processo” da parte degli attori.

2. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022, pronunciata dalla seconda Sezione civile, ha premesso che la questione delle conseguenze della mancata disponibilità da parte del giudice d'appello dei documenti posti a base della decisione di primo grado è propria delle sole prove precostituite, giacché i restanti atti di istruzione sono inseriti nel fascicolo d'ufficio (art. 168, c. 2, c.p.c.). I documenti, viceversa, sono inseriti in una sezione separata del fascicolo di parte (art. 74, c. 1, disp. att. c.p.c.), il quale può essere ritirato (secondo le modalità indicate dall'art. 169 c.p.c. – e cioè con autorizzazione del giudice o comunque al momento della rimessione della causa in decisione – e dall'art. 77 disp. att. c.p.c.). Le parti o i loro difensori possono peraltro esaminare i documenti inseriti nei fascicoli delle altre parti e farsene rilasciare copia (art. 76 disp. att. c.p.c.).

2.1. La seconda Sezione civile richiama i principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 di queste Sezioni unite.

La sentenza 23 dicembre 2005, n. 28498, in particolare, considerava che, a seguito del processo legislativo di evoluzione dell'appello, lo stesso non rappresenta più, come nel sistema del codice di rito del 1865, il “mezzo” per “passare da uno all'altro esame della causa” e non può quindi limitarsi, al fine di ottenere la riforma, ad una denuncia generica

(1) Segue la nota di B. Cossu, *Il principio di non “dispersione” della prova documentale nei gradi del processo civile.*

dell'ingiustizia dei capi appellati della sentenza di primo grado, dovendo piuttosto puntualizzarsi all'interno dei capi di sentenza destinati ad essere confermati o riformati, ma "comunque" sostituiti dalla sentenza di secondo grado. Nel rinnovato contesto sistematico, l'onere probatorio dell'appellante non deve, perciò, essere individuato "con esclusivo e retrospettivo riferimento alla posizione da lui assunta nel giudizio di primo grado, con la conseguenza che se in quel giudizio l'appellante aveva assunto la qualità di convenuto, il suo onere probatorio rimarrebbe integro, anche nella successiva fase di gravame, quanto a tutti i fatti impeditivi o estintivi del diritto fatto valere dall'attore". Al contrario, affermava la sentenza n. 28498/2005, "essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è chiesto per ottenere la riforma del capo decisivo appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione deve essere, in base ai principi, respinto, con conseguente conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale". Dovendosi conciliare tale interpretazione con la disciplina che regola il ritiro del fascicolo di parte e con il principio di "acquisizione" delle prove, le Sezioni unite raccomandarono di non intendere "con eccessiva larghezza" la facoltà offerta dagli artt. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c., in quanto "la mancata restituzione del fascicolo, in violazione dei doveri di lealtà e di probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., potrebbe porre la controparte nell'impossibilità di fornire quelle prove che in precedenza, alla stregua delle risultanze desumibili dal fascicolo avversario, dovevano ritenersi superflue". Ciò giustificherebbe la "imposizione, a carico della parte che nel corso del processo chieda il ritiro del proprio fascicolo, dell'onere di depositare copia dei documenti probatori che in esso siano inseriti", così da "far salva la piena attuazione del principio di acquisizione delle prove".

La sentenza 8 febbraio 2013, n. 3033, ritenne, anche per "ragioni di continuità dell'applicazione giurisprudenziale e di affidabilità della funzione nomofilattica", di mantenere fermo il principio enunciato nella sentenza n. 28498/2005, alla luce altresì della fisiologia del giudizio di appello risultante dal sopravvenuto intervento riformatore operato dal d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012. Costituendo il processo d'appello "una seconda e solo eventuale fase" del giudizio di merito, il ruolo dell'appellante sarebbe quello di "parte processualmente attrice (quale che sia stata la sua posizione nel giudizio di primo grado, che l'ha vista totalmente o parzialmente soccombente)", perciò tenuta "ad approntare ogni mezzo processuale posto a sua disposizione dall'ordinamento (così, dunque e segnatamente, ad avvalersi della facoltà prevista dall'art. 76 disp. att. c.p.c. di ottenere dalla cancelleria copia dei documenti prodotti dalle altre parti) ed indipendentemente dalla, più o meno prevedibile, condotta processuale della

controparte, al fine di dimostrare l'ingiustizia o l'invalidità della sentenza impugnata". Se, quindi, "l'appellante assuma che l'errore del primo giudice si annidi nell'interpretazione o valutazione di un documento, il cui preciso contenuto testuale non risulti dalla sentenza impugnata, ovvero, pacificamente, dagli atti delle parti", sarebbe suo onere "metterlo a disposizione del giudice di appello, perché possa procedere al richiesto riesame anche nei casi in cui lo stesso sia stato in precedenza prodotto dalla controparte, risultata vincitrice in primo grado". Secondo tale ricostruzione, troverebbero così applicazione i criteri di riparto dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., "ma non nella tradizionale ottica sostanziale, bensì sotto il profilo processuale, in virtù del quale è l'appellante, in quanto attore nell'invocata *revisio*, a dover dimostrare il fondamento della propria domanda, deducendo l'ingiustizia o invalidità della decisione assunta dal primo giudice, onde superare la presunzione di legittimità che l'assiste".

La sentenza n. 3033/2013 precisava altresì che, quando si assume che la prova, una volta entrata nel processo, vi permane e può essere utilizzata anche dalla parte diversa da quella che l'ha prodotta, il principio cosiddetto "di immanenza della prova" va inteso con riferimento non al documento materialmente incorporante la prova, bensì all'efficacia spiegata dal mezzo istruttorio, virtualmente a disposizione di ciascuna delle parti, delle quali, tuttavia, quella che ne invochi una diversa valutazione da parte del giudice del grado successivo non è esonerata dall'attivarsi perché lo stesso possa concretamente procedere a richiesto riesame. Di tal che, per quanto riguarda le prove documentali, materializzate nelle produzioni di parte, nei casi in cui il giudice di appello, per l'inerzia della parte interessata e tenuta alla relativa allegazione, non sia stato in grado di riesaminarle, le stesse, ancorché non materialmente più presenti in atti (per la contumacia dell'appellato o per l'insindacabile scelta del medesimo di non più produrle), continuano tuttavia a spiegare la loro efficacia, nel senso loro attribuito nella sentenza emessa dal primo giudice, la cui presunzione di legittimità non risulta superata per fatto ascrivibile all'appellante. Questi, rimasto inerte, pur disponendo di un adeguato mezzo processuale (la richiesta di cui all'art. 76 disp. att. c.p.c.) per prevenire la sopra esposta situazione di carenza documentale, deve, pertanto, considerarsi soccombente, in virtù del principio *actore non probante, reus absolvitur*.

2.2. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 della seconda Sezione civile segnala, poi, che i due precedenti del 2005 e del 2013 sono stati oggetto "di critiche accese da parte della maggioritaria dottrina", che così riassume:

"- seguendo le Sezioni unite, la sentenza di primo grado determinerebbe una presunzione legale relativa circa l'esistenza del fatto accertato, presunzione che potrebbe essere superata solo attraverso la prova contraria della parte appellante, indipendentemente dai criteri di riparto dell'onere della prova in primo grado,

dando una valenza processuale al principio di cui all'art. 2697 c.c., invece tradizionalmente volto a disciplinare l'onere sostanziale della prova;

- l'appello (specie quello per motivi di merito), nonostante le evoluzioni subite, continua ad essere espressione dello schema teorico del gravame, non degli atti di impugnazione, come d'altro canto riconoscono le stesse sezioni unite;

- oggetto del giudizio è quindi il rapporto sostanziale controverso, devoluto al giudice superiore attraverso i motivi specifici di impugnazione, che non costituiscono l'oggetto del giudizio di appello, ma sono il mezzo tramite il quale si individua la parte del rapporto sostanziale devoluta al giudice superiore, nonché le questioni di fatto e di diritto tramite il cui riesame il giudice d'appello conoscerà il rapporto sostanziale;

- le Sezioni unite scambiano la distinzione tra appello come *novum iudicium* e appello come *revisio prioris instantiae* con la distinzione tra appello come gravame, avente pur sempre ad oggetto il rapporto sostanziale controverso, e appello come impugnazione, avente ad oggetto i motivi specifici di impugnazione;

- problemi suscitati superati ove il legislatore disponesse che i documenti prodotti dalle parti debbano essere inseriti nel fascicolo d'ufficio e non nel fascicolo di parte”.

2.3. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 registra che le sezioni semplici, dopo alcune iniziali pronunce discordi, hanno condiviso i principi di diritto enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 di queste Sezioni unite. Vengono tuttavia specialmente rimarcate nell'ordinanza di rimessione Cass., Sez. lav., 22 gennaio 2013, n. 1462, e Cass., Sez. 1, 19 giugno 2019, n. 16506.

La sentenza n. 1462/2013 si distinguerebbe per aver chiarito che l'interpretazione dettata dalla pronuncia del 2005 delle Sezioni unite non avrebbe implicato “una sorta di inversione dell'onere della prova nel giudizio di appello” né una sorta di presunzione legale relativa circa l'esistenza dei fatti accertati in prime cure, ma semplicemente l'onere dell'appellante di attivarsi ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c. per farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti e ciò al fine di conferire specificità ai motivi d'appello *ex art. 342 c.p.c.* La stessa sentenza n. 1462/2013 aggiunse che “l'appellante ha anche la possibilità di chiedere *ex art. 210 c.p.c.* che il giudice ordini all'appellato non costituito l'esibizione dei documenti già contenuti nella produzione ritirata”, a ciò non ostando il divieto di nuovi mezzi di prova in appello, “poiché in siffatta evenienza non di prove nuove si tratta, bensì di prove già acquisite agli atti di causa e ad essa immanenti, rispetto alle quali l'iniziativa dell'appellante è meramente recuperatoria”.

La sentenza n. 16506/2019 viene invece menzionata nell'ordinanza interlocutoria “in un'ottica di superamento della distinzione tra fascicolo di parte e fascicolo d'ufficio”, per aver essa affermato che “i fascicoli di parte che sono presenti in quello di ufficio costi-

tuiscono parte integrante di esso, ai sensi dell'art. 72, c. 2, disp. att. c.p.c., fintanto che rimangono ivi depositati, perché non ritirati, ai sensi dell'art. 77 disp. att. c.p.c.”, con la conseguenza che “qualora venga richiesta la trasmissione del fascicolo d'ufficio *ex art. 126 disp. att. c.p.c.*, la trasmissione dovrà riguardare il fascicolo d'ufficio, unitamente a quelli di parte ove non ritirati”.

2.4. L'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 passa da ultimo ad interrogarsi sulle ripercussioni che per le questioni in esame possono derivare dalla introduzione del cosiddetto “processo civile telematico”, nel quale si ha soltanto un unico fascicolo digitale.

I riferimenti normativi sulla disciplina del fascicolo informatico e, per quel che qui più rileva, del deposito con modalità telematiche dei documenti nel processo civile, sono contenuti nell'art. 12 del d.p.r. 13 febbraio 2001, n. 123, nell'art. 9 del d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, nell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179/2012, convertito dalla l. n. 221/2012, e, da ultimo, negli artt. 87 e 196-*quater* disp. att. c.p.c., inseriti dal d.lgs. n. 149/2022, secondo il regime transitorio dettato dall'art. 35 dello stesso decreto. L'introduzione del fascicolo informatico, sulla base di tali disposizioni, non ha comunque eliminato l'obbligo di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo, né la possibilità che il giudice autorizzi o ordini il deposito di copia cartacea dei documenti per ragioni specifiche. I documenti informatici da raccogliere nel fascicolo informatico del processo sono privi di elementi attivi e hanno i formati previsti dalle specifiche tecniche stabilite, vengono trasmessi da parte dei soggetti abilitati e degli utenti mediante indirizzo di posta elettronica certificata e si intendono depositati nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna.

Osserva la seconda Sezione civile che, con la formazione del fascicolo informatico, il quale raccoglie tutti i documenti, si dovrebbe avere l'accantonamento della distinzione tra il fascicolo d'ufficio e il fascicolo di parte presente nelle norme del codice di rito e delle sue disposizioni di attuazione, neppure essendo contemplata la possibilità di ritiro delle produzioni documentali, le quali vengono, pertanto, telematicamente apprese dal giudice di appello con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento processuale dell'appellato.

2.4.1. Si consideri, incidentalmente, che l'inserimento e la conservazione nel fascicolo d'ufficio dei documenti prodotti dalle parti sono, peraltro, già previsti dall'art. 320, c. 5, c.p.c. per il procedimento davanti al giudice di pace.

2.5. Poiché l'articolato regime normativo di progressiva introduzione del deposito con modalità telematiche dei documenti nel processo civile e le relative discipline transitorie rendono frequente che all'interno del medesimo giudizio tuttora pendente si abbiano documenti prodotti in formato informatico ed in formato cartaceo, ovvero soltanto in formato cartaceo, l'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 auspica un

ripensamento dell'orientamento segnato dalle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013.

La seconda Sezione civile suggerisce non di abbandonare il criterio secondo cui l'appellante è tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, ma di valorizzare quanto affermato almeno nella pronuncia del 2005, “circa la necessità, a tutela dell'interesse al corretto esercizio dell'attività giurisdizionale e del principio di acquisizione delle prove, di subordinare il ritiro del fascicolo di parte al deposito dei documenti probatori in esso inseriti”, ricavando tale precetto dalla previsione dell'art. 77 disp. att. c.p.c.; o, altrimenti, riconoscendo al giudice d'appello la facoltà di ordinare alla parte il deposito dei documenti che ritenga necessari al fine della decisione, sul modello di quanto, ad esempio, consentito dall'art. 123-*bis* disp. att. c.p.c. per l'impugnazione proposta contro una sentenza non definitiva.

2.6. In conclusione, l'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 rimette alle Sezioni unite di pronunciare su tali questioni:

a) - se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.;

b) - se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria con le pronunce delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, secondo cui l'appellante “subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice d'appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare”;

c) - se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel cosiddetto fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte.

3. Il Pubblico ministero, nelle conclusioni scritte motivate, osserva che “in relazione alla fattispecie concreta, i quesiti rimessi alle Sezioni unite appaiono privi di rilevanza in sé, per quanto riguarda il processo telematico, che non è quello messo in atto nel processo a quo”, e che comunque l'impugnata sentenza non ha osservato i principi affermati nelle pronunce delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, essendosi posta “in pieno contrasto con il principio di presunzione di legittimità della decisione di prime cure e con quello di acquisizione probatoria”. Il Pubblico ministero ha perciò concluso chiedendo di accogliere il ricorso principale, con assorbimento del ricorso incidentale, e di affermare i seguenti principi di diritto:

“il fascicolo cartaceo deve considerarsi fattispecie diversa da quella del fascicolo informatico e la disciplina che regola il deposito, l'accesso ed il ritiro del primo, in quanto basata sul presupposto della materialità dello stesso, risulta incompatibile con quella dettata in relazione al secondo che, all'opposto, si fonda sulla sua dematerializzazione, conseguendone che, in tema di processo civile telematico, l'adozione del fascicolo informatico, che, da un lato raccoglie in forma dematerializzata gli atti e i documenti da chiunque formati nel processo, e dall'altro è sempre accessibile dalle parti e dal giudice, che possono in qualunque momento estrarne copia informatica, ha comportato in via generale l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c., salvo restando, comunque, l'obbligo per le cancellerie di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo, ai sensi dell'art. 12, c. 3, d.p.r. n. 123/2001, ed ai sensi dell'art. 9, c. 3, d.m. n. 44/2011, e dell'art. 22, c. 5, del codice dell'amministrazione digitale;

in base al principio di acquisizione probatoria, il giudice di appello, alla cui cancelleria non siano stati trasferiti i fascicoli di parte formati in modalità cartacea nel precedente grado del giudizio, non potrà decidere assumendo come non prodotti i mezzi istruttori in essi contenuti e che siano stati ammessi in primo grado; tuttavia, qualora, in ragione della mancata disponibilità dei medesimi, egli dovesse ritenere di non poter valutare la fondatezza dei motivi di gravame, considerando che l'appello è un giudizio revisionale finalizzato alla riforma della decisione di primo grado ed essendo quest'ultima sostenuta da una presunzione di legittimità, dovrà confermare la sentenza di prime cure”.

Nella memoria presentata ai sensi dell'art. 378 c.p.c., la controricorrente *Omissis* s.r.l. evidenzia la non pertinenza delle questioni sollevate nell'ordinanza di remissione alle Sezioni unite, giacché il proprio appello non era fondato sui documenti esibiti *ex adverso*, né lamentava alcun errore del primo giudice nell'interpretazione e valutazione degli stessi, in quanto sia il decreto prefettizio sia la relazione del geometra *Omissis* erano “irrelevanti ai fini della decisione”.

4. Va premesso che, ad avviso di queste Sezioni unite, nonostante l'inapplicabilità nel giudizio in esame della disciplina attinente al fascicolo informatico, non può pervenirsi a diverse conclusioni in ordine all'attuale operatività del principio dispositivo e del principio di “acquisizione probatoria”, come correlati ai meccanismi di produzione e di ritiro dei documenti.

Le questioni sollevate nell'ordinanza interlocutoria della seconda sezione civile coinvolgono le esigenze, proprie del sistema delle prove, attinenti ai poteri della parte, nonché le garanzie della tutela del contraddittorio e del diritto di difesa (allorché, conseguentemente alla produzione avversaria, sorge l'interesse dei contendenti ad avvalersi di una prova contraria, ovvero anche dello stesso documento esibito dalla controparte), e la conformazione legislativa del bilanciamento

di tali esigenze e garanzie non potrebbe intendersi ragionevolmente differenziata, sulla base di inconvenienti di fatto, a seconda che i documenti siano stati prodotti con modalità telematiche o, piuttosto, in formato cartaceo, sicché l'impossibilità tecnica di procedere nel processo telematico al ritiro del singolo documento o dell'intero fascicolo finisca in concreto per modulare con diversa intensità rispetto al processo cartaceo l'effettività, appunto, del principio dispositivo e del principio di acquisizione.

4.1. Ai quesiti posti dall'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 occorre, allora, dar risposta non pervenendo necessariamente all'esito interpretativo di intendere abrogata tacitamente la distinzione codicistica tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte (il cui impianto rimane, del resto, confermato anche dopo la riforma introdotta con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, equiparandosi, nel novellato art. 36 disp. att. c.p.c., la tenuta e conservazione del fascicolo informatico alla tenuta e conservazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo e continuandosi a prevedere, con gli artt. 165 e 166 c.p.c. e 74 disp. att. c.p.c., che i documenti offerti in comunicazione siano contenuti nel fascicolo di parte, nonostante il modificato art. 87 disp. att. c.p.c. faccia rinvio all'art. 196-*quater* per le modalità di produzione dei documenti), né "superando" le sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, quanto piuttosto ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti, che già tali sentenze contemplavano, idonei a consentire al giudice d'appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto, in funzione di una concezione del processo che "fa leva sul valore della giustizia della decisione" (Cass., S.U., 7 maggio 2013, n. 10531).

5. Queste Sezioni unite, ancora con la sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, nell'escludere la "novità", agli effetti dell'art. 345, c. 3, c.p.c., dei documenti posti a sostegno della domanda di decreto ingiuntivo, non prodotti nel giudizio di opposizione e poi allegati all'atto di appello, hanno avuto occasione di riaffermare che "i principi costituzionali del giusto processo e della sua ragionevole durata implicano [...] che le prove acquisite al processo lo siano in via definitiva. Tali prove non devono essere disperse. Ciò vale anche per i documenti: una volta prodotti ed acquisiti ritualmente al processo, devono essere conservati alla cognizione del giudice". La sentenza n. 14475/2015 elaborò, pertanto, il principio "di non dispersione della prova", precisando, nella specie, che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la parte opposta non è libera di ritirare i documenti su cui era fondata l'intimazione di pagamento, dovendo esservi autorizzata a norma dell'art. 169 c.p.c., e che il "giudice nel decidere dovrà disporre di tutto il materiale probatorio".

5.1. L'acquisizione della prova documentale "precostituita" come fonte di informazione del giudizio avviene per il tramite delle regole sulla produzione e

sull'inserimento nei fascicoli processuali, le quali sono essenzialmente finalizzate a garantire il diritto di difesa ed il contraddittorio in favore della controparte. Il diritto al giusto processo impone di verificare che il procedimento di acquisizione delle prove sia stato complessivamente equo (Cedu, *Elsholz c. Germania* [GC], 13 luglio 2000, n. 25735/94, par. 66; *Devinar c. Slovenia*, 22 maggio 2018, n. 28621/15, par. 45; *Bliücher c. Repubblica ceca*, 11 gennaio 2005, n. 58580/00, par. 65).

Il documento ritualmente prodotto fornisce, così, una rappresentazione immediata e permanente del fatto di causa, in quanto il diritto delle parti al procedimento istruttorio di fissazione dei fatti controversi non implica poi una loro volontà costitutiva dell'effetto probatorio del materiale raccolto.

La teorizzazione del descritto principio di "non dispersione (o di acquisizione) della prova" porta, dunque, a considerare che, una volta prodotto in una fase o in un grado di un processo unitario un documento, lo stesso, in quanto "conosciuto" e perciò definitivamente acquisito alla causa, se sia successivamente ritirato e poi ancora allegato, dalla stessa parte che se ne fosse originariamente avvalsa o da altra parte, non può considerarsi "nuovo", né in primo grado, agli effetti delle preclusioni istruttorie, né in appello, ai sensi dell'art. 345, c. 3, c.p.c., né nel giudizio in cassazione, con riguardo al divieto di cui all'art. 372 c.p.c.

Se l'acquisizione della valenza probatoria del documento esibito (ovvero la sua natura di fonte di conoscenza per il giudice e di fissazione formale della verità legale circa l'esistenza o l'inesistenza dei fatti controversi) non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, essa neppure può dipendere dalle successive scelte processuali della parte che lo abbia inizialmente prodotto.

Il fatto storico rappresentato dal documento prodotto si ha per dimostrato, essendo stato ultimato il procedimento strumentale che assicura l'acquisizione processuale della fonte di conoscenza, e ciò pone fuori causa l'art. 2697 c.c.: questa norma onera la parte di dimostrare gli accadimenti che concretizzano la fattispecie astratta di legge, dalla cui applicazione essa voglia ricavare effetti per sé favorevoli, ed offre al giudice una via d'uscita ove di tali accadimenti da assumere in sentenza sia mancata la prova.

5.2. La definitività dell'acquisizione processuale del documento prodotto, inteso come fonte di conoscenza del fatto, nel passaggio dal giudizio di primo grado al giudizio d'appello, perché possa poi influire altresì sull'attività logica del giudice dell'impugnazione e sul risultato decisionale che discende da questa attività, deve trovare un coordinamento con la regola della formazione progressiva della cosa giudicata e con l'effetto devolutivo dell'impugnazione di merito. Affinché il fatto dimostrato dal documento prodotto in primo grado possa essere compreso nell'attività logica del giudice dell'appello e nella sentenza che ne deriva, esso non va, dunque, nuovamente "provato" dalla parte che ne

invochi il riesame, quanto allegato, e cioè dedotto in un enunciato descrittivo contenuto all'interno di un atto difensivo.

6. A proposito del riesame della controversia di cui è ritualmente investito il giudice di secondo grado, l'evoluzione giurisprudenziale è ferma ai principi dettati nella sentenza di queste Sezioni unite 16 novembre 2017, n. 27199, secondo cui gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo risultante dal d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, restando tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, che l'atto di gravame debba rivestire particolari forme sacramentali o contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado.

Sempre nell'ottica di delimitare l'ambito della devoluzione al giudice di appello rispetto al *thema probandum* e al *thema decidendum* del giudizio di primo grado, la sentenza di queste Sezioni unite 21 marzo 2019, n. 7940, ha affermato che le parti, nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia (al di fuori delle ipotesi di domande e di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale), a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite, con il primo atto difensivo e comunque non oltre la prima udienza.

6.1. Quanto chiarito dalle sentenze n. 27199/2017 e n. 7940/2019 conferma che l'ambito della cognizione del giudice d'appello è definito dai motivi di impugnazione formulati e dalle domande ed eccezioni riproposte, e non consiste, perciò (salvo che per le questioni rilevabili d'ufficio), in una rinnovata pronuncia sulla domanda giudiziale e sulla intera situazione sostanziale oggetto del giudizio di primo grado.

Combinando gli effetti dell'acquisizione probatoria dei documenti prodotti e dei limiti devolutivi dell'impugnazione segnati dagli artt. 342 e 346 c.p.c., restano validi i principi più volte enunciati nella giurisprudenza di questa Corte secondo cui il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichi le rispettive deduzioni (Cass., Sez. I, 29 gennaio 2019, n. 2461; Cass., Sez. III, 7 aprile 2009, n. 8377; Cass., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20287; Cass., Sez. I, 24 dicembre 2004, n. 23976; Cass., Sez. lav., 6 luglio 2004, n. 12351; Cass.,

Sez. I, 29 maggio 2003, n. 8599; Cass., Sez. III, 6 aprile 2001, n. 5149; Cass., Sez. II, 16 agosto 1990, n. 8304).

6.2. Affinché il giudice di appello possa procedere all'autonomo e diretto esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondate, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c., semmai, come sosteneva la sentenza n. 28498/2005, sulla base dell'ordine in tal senso imposto dal giudice all'atto del ritiro effettuato avvalendosi della facoltà di cui agli artt. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.

Il giudice di appello può inoltre porre a fondamento della propria decisione il documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo.

Dovendosi negare, inoltre, che la permanente portata dimostrativa nel giudizio di appello di uno o di determinati documenti acquisiti in primo grado discenda dalla scelta delle parti di volersi avvalere del relativo effetto probatorio, può ritenersi consentito al giudice di secondo grado, eventualmente aperto un preventivo contraddittorio, di ordinare la produzione dei medesimi documenti, in copia o in originale, se lo ritiene necessario, a modello di quanto del resto stabilito dall'art. 123-bis disp. att. c.p.c. per l'impugnazione di sentenza non definitiva, valutando la mancata esibizione, senza giustificato motivo, come comportamento contrario al dovere di lealtà e probità.

Allorché, poi, la parte interessata abbia ottemperato all'onere processuale a suo carico di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del documento cartaceo prodotto in primo grado (e dunque del relativo fatto secondario dedotto in funzione di prova), del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte neppure abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, sarà quest'ultima a subire le conseguenze di tale comportamento processuale, potendo il giudice, il quale ha comunque il dovere di ricomporre il contenuto di una rappresentazione già stabilmente acquisita al processo, ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo.

7. Possono pertanto enunciarsi i seguenti principi di diritto. Il principio di "non dispersione (o di acquisizione) della prova", operante anche per i documenti – prodotti sia con modalità telematiche che in formato cartaceo –, comporta che il fatto storico in essi rappresentato si ha per dimostrato nel processo, costituendo fonte di conoscenza per il giudice e spiegando

un'efficacia che non si esaurisce nel singolo grado di giudizio, né può dipendere dalle successive scelte difensive della parte che li abbia inizialmente offerti in comunicazione.

Il giudice d'appello ha il potere-dovere di esaminare un documento ritualmente prodotto in primo grado nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza nei propri scritti difensivi, mediante richiamo di esso nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto del documento acquisito giustifichi le rispettive deduzioni.

Affinché il giudice di appello possa procedere all'autonomo e diretto esame del documento già prodotto in formato cartaceo nel giudizio di primo grado, onde dare risposta ai motivi di impugnazione o alle domande ed eccezioni riproposte su di esso fondati, il documento può essere sottoposto alla sua attenzione, ove non più disponibile nel fascicolo della parte che lo aveva offerto in comunicazione (perché ritirato e non restituito, o perché questa è rimasta contumace in secondo grado), mediante deposito della copia rilasciata alle altre parti a norma dell'art. 76 disp. att. c.p.c. Il giudice di appello può inoltre porre a fondamento della propria decisione il documento prodotto in formato cartaceo non rinvenibile nei fascicoli di parte apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo, ovvero, se lo ritiene necessario, può ordinare alla parte interessata di produrre, in copia o in originale, determinati documenti acquisiti in primo grado.

Allorché la parte abbia ottemperato all'onere processuale di compiere nell'atto di appello o nella comparsa di costituzione una puntuale allegazione del fatto rappresentato dal documento cartaceo prodotto in primo grado, del quale invochi il riesame in sede di gravame, e la controparte neppure abbia provveduto ad offrire in comunicazione lo stesso nel giudizio di secondo grado, sarà quest'ultima a subire le conseguenze di tale comportamento processuale, potendo il giudice, il quale ha comunque il dovere di ricomporre il contenuto di una rappresentazione già stabilmente acquisita al processo, ritenere provato il fatto storico rappresentato dal documento nei termini specificamente allegati nell'atto difensivo.

8. Alla stregua del sistema delineato da tali principi, che peraltro sviluppano i principi già dettati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, il ricorso proposto da *Omissis* risulta evidentemente fondato.

8.1. La Corte di Roma, con la sentenza impugnata, ha accolto l'appello spiegato dalla *Omissis* s.r.l., rigettando la domanda degli attori (volta ad accertare la proprietà demaniale o la destinazione al pubblico transito del tratto di via *Omissis*, nonché ad ordinare alla convenuta di rimuovere il cancello e la catena ivi apposti), in quanto gli appellati non avevano prodotto nel giudizio di gravame i documenti su cui il Tribunale aveva fondato la propria pronuncia, ovvero "il de-

creto prefettizio del 16 gennaio 1952 e la relazione del geometra *Omissis*, nonché gli altri documenti richiamati dagli appellati" nelle loro difese, che "la parte aveva l'onere di depositare".

Questa motivazione rivela la pertinenza delle questioni affrontate nell'ordinanza interlocutoria n. 14534/2022 della seconda Sezione civile.

8.2. Così ragionando, la Corte d'appello di Roma: ha in sostanza ritenuto che oggetto dell'impugnazione fosse la domanda giudiziale proposta dagli attori, vittoriosi in primo grado, e non le censure formulate dalla soccombente *Omissis* s.r.l., le quali imponevano comunque il riesame dei documenti posti a fondamento della decisione del Tribunale, considerando al contrario sufficienti le mere difese opposte dall'appellante ai fatti, principali e secondari, costituenti le ragioni dell'avversa pretesa accolta nella sentenza gravata; non ha quindi considerato che i fatti storici dimostrati dai documenti prodotti in primo grado ed acquisiti come fonti di conoscenza erano stati apprezzati nella pronuncia impugnata, la cui presunzione di legittimità non può dirsi superata dalla mancata allegazione del fascicolo delle parti appellate che li conteneva; non ha adempiuto al proprio dovere di ricomporre altrimenti il contenuto della rappresentazione dei fatti già stabilmente acquisita al processo, sulla base di quanto comunque risulti da provvedimenti o atti del processo.

9. Rimane assorbito dall'accoglimento del ricorso principale il ricorso incidentale della *Omissis* s.r.l., attenendo esso alla configurabilità della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. degli attori, e dunque a statuizione che, per il suo carattere accessorio, viene comunque travolta dalla disposta cassazione della sentenza impugnata.

10. Conseguono l'accoglimento del ricorso principale, l'assorbimento del ricorso incidentale e la cassazione della sentenza impugnata in ragione della censura accolta, con rinvio dalla causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi ai principi di diritto enunciati e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

P.q.m., la Corte accoglie il ricorso principale, dichiara assorbito il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e rinvia la causa alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, anche per la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

Il principio di non "dispersione" della prova documentale nei gradi del processo civile

Sommario: 1. *Il caso*. – 2. *L'ordinanza di rimessione e le questioni di diritto*. – 3. *La soluzione delle Sezioni unite*.

1. Il caso

I condomini di un'immobile chiesero al Tribunale civile di accertare che il tratto di strada sul quale il

condominio aveva un accesso secondario, utilizzato sino a quando la parte convenuta ne aveva precluso l'uso, è una via aperta al transito, essendo un bene demaniale del comune, di disporre la rimozione del cancello e della catena e di ogni altro mezzo idoneo a diminuirne la fruizione del libero passaggio, e, in subordine, di accertare l'esistenza di una servitù di passaggio. Il giudice di primo grado accolse la domanda attorea, condannando la parte convenuta a rimuovere la catena e il cancello, evidenziando che la parte di strada contesa, essendo stata espropriata, era stata acquisita al patrimonio del comune. La parte convenuta impugnò la decisione, contestando l'individuazione del tratto di strada oggetto di lite, oltre che la riconducibilità di tale area alla presunzione di demanialità prevista dall'art. 22 l. n. 2248/1865, allegato F. La Corte di appello accolse il gravame sulla base della considerazione che gli appellati non avevano prodotto nel giudizio di gravame il fascicolo di primo grado, nel quale erano verosimilmente contenuti i documenti in forza del quale era stata accolta dal giudice di primo grado la domanda proposta. Ricorrono per cassazione i condomini, deducendo che sarebbe stato onere dell'appellante dimostrare la fondatezza del gravame e produrre i documenti occorrenti per la decisione.

2. L'ordinanza di rimessione e le questioni di diritto

La seconda Sezione della Corte di cassazione, investita della questione, con ordinanza interlocutoria n. 14534 del 9 maggio 2022 (1), ha evidenziato che la questione di massima di particolare rilevanza rimessa al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite riguarda le conseguenze della mancata disponibilità da parte del giudice di appello delle prove documentali poste dal giudice di primo grado a fondamento della propria decisione, non riprodotte in appello.

Nell'ordinanza interlocutoria la seconda Sezione ha precisato che la questione proposta non riguarda le prove che si formano nel processo, trattandosi di atti di istruzione che vengono inseriti dal cancelliere nel fascicolo d'ufficio (art. 168, c. 2, c.p.c.), quanto piut-

(1) Con la predetta ordinanza la seconda Sezione ha rimesso gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite della questione di massima ritenuta di particolare importanza, chiedendo di valutare quale incidenza abbia sui principi enunciati nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013 l'introduzione del fascicolo telematico del processo e se tale eventuale incidenza non giustifichi l'opportunità di superare anche per i documenti analogici la conclusione secondo cui grava sull'appellante l'onere di produrre o ripristinare in appello i documenti già prodotti in primo grado, subendo, egli, altrimenti, le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte. In dottrina, la sentenza n. 3033/2013 è stata annotata da P. Pirruccio, *Una soluzione frutto di creazione pretoria che non rispetta il dovere di lealtà e probità*, in *Guida dir.*, 2013, 10, 58; R. Poli, *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato o valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1186; G. Travaglino, *La produzione di documenti in appello*, in *Corriere merito*, 2013, 639.

tosto delle prove precostituite che sono inserite nel fascicolo di parte per il quale è previsto sia il ritiro (art. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.) sia la possibilità per la controparte, oltre che di esaminare gli atti ed i documenti inseriti, anche di “*farsene rilasciare copia dal cancelliere, osservare le leggi sul bollo*” (art. 76 disp. att. c.p.c.). La seconda Sezione ha, inoltre, fatto presente che le Sezioni unite sono già intervenute nel 2005 e nel 2013 sulla predetta questione, affermando che “*è onere dell'appellante, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale, produrre o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi, anche avvalendosi della facoltà, ex art. 76 disp. att. c.p.c. di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti, perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello, per cui egli subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte (sia questa costituita o sia invece rimasta contumace) quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha avuto la possibilità di esaminare*”.

La ragione per la quale la seconda Sezione ha ritenuto di dover rimettere gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite è stata individuata nelle novità derivanti dall'introduzione del processo civile telematico. In particolare, è stato messo in evidenza come il fascicolo informatico, tenuto conto dell'art. 11 delle specifiche tecniche previste dall'art. 34, c. 1, d.m. giustizia n. 44/2011, “*raccoglie i documenti (atti, allegati, ricevute di posta elettronica certificata) da chiunque formati, nonché le copie informatiche dei documenti; raccoglie, altresì le copie informatiche dei medesimi atti quando siano stati depositati su supporto cartaceo*”. La distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte previsto nel codice di rito e nelle disposizioni di attuazione, ad avviso della sezione remittente, dovrebbe ritenersi superata, con la conseguenza che “*non essendo contemplata la possibilità di ritiro dei documenti informatici, questi vengono telematicamente appresi – con piena attuazione del principio di immanenza delle prove – dal giudice di secondo grado con l'acquisizione dell'unico fascicolo e indipendentemente dal comportamento dell'appellato*”.

La seconda Sezione, dopo aver rilevato il mancato superamento del sistema cartaceo e la circostanza che in molti giudizi di primo grado vi è una modalità mista (cartacea e telematica) di deposito delle prove precostituite, ha posto le seguenti questioni: “*- se l'adozione del processo telematico, che prevede la creazione di un unico fascicolo e non contempla l'ipotesi del ritiro dei documenti in esso contenuti, comporti l'abbandono della distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte di cui agli artt. 168 e 169 c.p.c., artt. 72, 73, 74, 75, 76 e 77 disp. att. c.p.c.; - se ciò determini il superamento della posizione interpretativa, fatta propria da questa Corte con le pronunzia*

delle Sezioni unite n. 28498/2005 e n. 3033/2013, secondo cui l'appellante subisce le conseguenze della mancata restituzione del fascicolo dell'altra parte, quando questo contenga documenti a lui favorevoli che non ha avuto cura di produrre in copia e che il giudice di appello non ha quindi avuto la possibilità di esaminare; - se tale superamento valga solo per le cause ove i documenti sono contenuti nel c.d. fascicolo informatico ovvero se – al fine di evitare irragionevoli differenze di trattamento – valga anche per cause ove i documenti siano ancora presenti in formato cartaceo nel fascicolo di parte”.

3. La soluzione delle Sezioni unite

Le Sezioni unite hanno, in primo luogo, chiarito che nell'ambito del sistema delle prove, nel quale sono temperate diverse esigenze, quali i poteri delle parti, le garanzie di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, l'operatività del principio dispositivo e di acquisizione probatoria non può trovare una diversa soluzione interpretativa a seconda delle modalità (telematica o cartacea) di produzione dei documenti.

Hanno, altresì, premesso che, nel dare risposta ai quesiti interpretativi posti nell'ordinanza interlocutoria, non si deve necessariamente pervenire a ritenere tacitamente abrogata la distinzione tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte, né ritenere superati i principi espressi nelle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, “quanto piuttosto ampliando, nel nuovo quadro di sistema delineatosi, gli effetti del principio di acquisizione delle prove documentali e gli strumenti, che già tali sentenze contemplavano, idonei a consentire al giudice di appello la ricostruzione della portata dimostrativa di tali prove, indipendentemente dalla natura informatica o cartacea del supporto”.

Richiamando il principio di non dispersione della prova (2) secondo il quale tutti i documenti ritualmente acquisiti al processo devono essere conservati alla cognizione del giudice, le Sezioni unite hanno evidenziato che: 1) le prove documentali, essendo prove preconstituite, vengono acquisite al processo mediante le regole sulla produzione e sull'inserimento nei fascicoli processuali al fine di garantire il diritto di difesa e il contraddittorio in favore della controparte; 2) il documento ritualmente prodotto fornisce una rappresentazione immediata e permanente del fatto di causa; 3) una volta prodotto in una fase o in un grado del processo, il documento deve ritenersi definitivamente acquisito, anche se successivamente ritirato e poi nuovamente allegato e non può considerarsi nuovo, né in primo grado, agli effetti delle preclusioni istruttorie, né in appello, né nel giudizio in cassazione.

Al fine di temperare le conseguenze sopraindicate del principio di non dispersione della prova con la

regola della formazione progressiva della cosa giudicata e con l'effetto devolutivo dell'impugnazione di merito, le Sezioni unite hanno precisato che il fatto dimostrato dal documento prodotto in primo grado non va “nuovamente provato dalla parte che ne invochi il riesame, quanto allegato, e cioè dedotto in un enunciato descrittivo contenuto all'interno di un atto difensivo”.

Nella sentenza in commento le Sezioni unite hanno, altresì, ricordato che, tenuto conto della natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello e dell'interpretazione giurisprudenziale di tale principio, il giudice deve esaminare i documenti ritualmente prodotti in primo grado nel caso in cui la parte interessata lo richieda nei propri scritti difensivi, “mediante il richiamo di essi nella parte argomentativa dei motivi formulati o delle domande ed eccezioni riproposte, illustrando le ragioni, trascurate dal primo giudice, per le quali il contenuto dei documenti acquisiti giustifichi le rispettive deduzioni”.

Dopo la ricostruzione dei principi giurisprudenziali già elaborati in materia di prove documentali ed il richiamo alla disciplina del giudizio di appello di cui agli artt. 342 e 434 c.p.c., confermando quanto in premessa le Sezioni unite avevano affermato in relazione al rapporto tra fascicolo d'ufficio e fascicolo di parte e all'individuazione di una soluzione interpretativa in continuità con i precedenti giurisprudenziali di cui alle sentenze n. 28498/2005 e n. 3033/2013, sono state indicate le diverse modalità con le quali la prova documentale, ritualmente prodotta nel giudizio di primo grado, deve essere sottoposta alle valutazioni del giudice di appello.

Se il documento non è contenuto nel fascicolo di parte, perché ritirato e non restituito, o in caso di contumacia in secondo grado, le possibilità sono le seguenti: a) deposito della copia rilasciata alle altre parti ai sensi dell'art. 76 disp. att. c.p.c.; b) apprezzamento del contenuto del documento non rinvenibile nei fascicoli di parte, apprezzandone il contenuto che sia trascritto o indicato nella decisione impugnata, o in altro provvedimento o atto del processo; c) ordine del giudice di appello di produrre i documenti in copia o in originale.

Le Sezioni unite hanno, infine, precisato che se la parte interessata abbia allegato nell'atto di appello o nella memoria di costituzione il fatto storico contenuto nel documento prodotto nel giudizio di primo grado che la controparte non ha però offerto in comunicazione nel successivo grado di giudizio, il giudice può ritenere provato il fatto storico nei termini rappresentati nell'atto difensivo.

BENEDETTA COSSU

(2) Si tratta di un principio elaborato dalle Sezioni unite nella sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, nel quale è stata esclusa la “novità” dei documenti posti a fondamento della domanda per decreto ingiuntivo, non prodotti nel giudizio di opposizione, poi allegati all'atto di appello.

1936 – Corte di cassazione, Sezione III civile; sentenza 23 gennaio 2023; Pres. Travaglino, Rel. Rossetti, P.M. Troncone (concl. conf.); *Omissis* s.p.a. c. M.C. Cassa con rinvio App. Milano, 23 aprile 2019, n. 1792.

Sanità pubblica – Consenso informato – Responsabilità della struttura sanitaria – Informazione trattamento sanitario alternativo – Omissione – Danno alla salute – Onere della prova – Nesso causale – Presunzioni.

Cost., artt. 2, 13, 32; l. 22 dicembre 2017, n. 219, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, art. 1.

Deve essere cassata la sentenza con cui il giudice di merito ha condannato la struttura sanitaria a risarcire il paziente a seguito di omessa informazione da parte del chirurgo dell'esistenza di una tecnica alternativa che avrebbe evitato gli esiti negativi e permanenti, tuttavia imprevedibili, in concreto verificatisi in conseguenza dell'intervento eseguito diligentemente dal chirurgo, atteso che, per affermare che l'omessa informazione fu causa materiale dell'evento di danno, la Corte d'appello avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e il danno patito con un giudizio controfattuale (in motivazione, si precisa che occorre rimettere al giudizio di rinvio affinché si accerti, con giudizio di probabilità logica, se possa ritenersi plausibile che una esaustiva informazione del paziente lo avrebbe indotto a rifiutare la tecnica proposta dal chirurgo e a pretendere che l'intervento avvenisse con la tecnica alternativa). (1)

Ragioni della decisione – 1. Premessa. Preliminarmente questa Corte osserva che la morte della parte non produce effetti sul giudizio di legittimità. Il principio dell'impulso officioso nel processo di cassazione impedisce infatti l'applicazione in questa sede delle regole sulla interruzione del processo.

2. Il primo motivo di ricorso

Col primo motivo la società ricorrente prospetta congiuntamente sia il vizio di violazione di legge, in relazione agli artt. 115, 116, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., sia di omesso esame di un fatto decisivo ex art. 360, n. 5, c.p.c.

Al di là di tali riferimenti normativi, non del tutto pertinenti rispetto al contenuto della censura, nella illustrazione del motivo è prospettata una tesi così riassumibile:

a) la Corte d'appello ha accertato che sulla necessità per il paziente di sottoporsi all'intervento si era formato il giudicato, poiché nessuna delle parti aveva

impugnato la relativa statuizione del tribunale ritenne necessario l'intervento;

b) la Corte d'appello ha ammesso che l'intervento di rimozione dell'aneurisma fu eseguito diligentemente, e ha ravvisato la colpa del chirurgo non già nell'imperita esecuzione della rimozione dell'aneurisma, ma nel non avere informato il paziente che esisteva un'altra tecnica operatoria (*Evar* invece che *Open*);

c) il non avere informato il paziente di questa alternativa non poteva ritenersi "causa" del danno, perché la scelta e l'esecuzione della tecnica *Open* non fu di per sé colposa. Infatti, il paziente, anche se fosse stato informato, non l'avrebbe scelta, dal momento che il chirurgo cui si era rivolto era un esperto della tecnica *Open*.

2.2. Il controricorrente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso ex 348-ter, c. 5, c.p.c. L'eccezione è infondata: infatti il motivo solo nominalmente invoca una censura di omesso esame di fatti decisivi, ma nella sostanza lamenta:

- la violazione dell'art. 1176 c.c., per avere la Corte d'appello condannato l'ospedale al risarcimento, senza averne accertato una condotta colposa;

- l'irrelevanza causale della condotta di omessa informazione, in quanto il rischio verificatosi dipese da una patologia congenita ignorata dallo stesso paziente. Se anche il paziente fosse stato informato non avrebbe avuto alcun motivo per scegliere la tecnica *Evar*.

2.3. Nel merito, la censura è fondata.

La sentenza impugnata ha infatti violato i principi stabiliti da questa Corte in materia di nesso causale tra condotta colposa ed evento di danno (e cioè la c.d. "causalità materiale").

La Corte d'appello, infatti:

- ha ritenuto che si era formato il giudicato interno sulla correttezza della tecnica chirurgica prescelta;

- ha ammesso che le complicanze seguite all'intervento erano "imprevedibili";

- ha ritenuto tuttavia che il medico fosse lo stesso in colpa, per non avere prospettato al paziente l'esistenza d'una tecnica operatoria alternativa.

2.4. La Corte d'appello, così ragionando, ha mostrato dunque di ritenere che l'unica condotta colposa ascrivibile al medico fosse l'omessa informazione del paziente sulle alternative terapeutiche.

Se l'omessa informazione fu l'unica condotta colposa tenuta dal medico, per condannare la struttura sanitaria al risarcimento del danno sarebbe stato necessario accertare l'esistenza d'un valido nesso di causa tra la suddetta omissione e il danno.

Per affermare che l'omessa informazione fu causa materiale dell'evento di danno la Corte d'appello avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e l'evento di danno con un giudizio controfattuale: vale a dire ipotizzando cosa sarebbe accaduto se il medico avesse compiuto l'azione che invece mancò.

(1) Segue la nota di C. Orsini, *Consenso informato e omessa informazione: impossibilità di configurare un danno alla salute risarcibile in re ipsa e necessità della causalità materiale, quale punto fermo nel paradigma della responsabilità medica.*

Nel caso specifico, dunque, il giudice di merito avrebbe dovuto accertare, con giudizio di probabilità logica, quali scelte avrebbe compiuto il paziente, se fosse stato correttamente informato della possibilità di scegliere tra tecnica “*Open*” e tecnica “*Evar*”.

2.5. La Corte d’appello ha tuttavia omissa tale giudizio, limitandosi ad affermare che la tecnica *Evar* avrebbe evitato l’evento, e che di conseguenza la condotta omissiva del medico fu causa del danno.

In questo modo è mancato nella sentenza impugnata l’accertamento della causalità della colpa, ossia dello specifico nesso causale tra la violazione della regola cautelare e l’evento dannoso.

La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio, affinché il giudice di rinvio accerti con giudizio controfattuale se possa ritenersi plausibile, in base al criterio della preponderanza dell’evidenza, che una esaustiva informazione del paziente avrebbe indotto quest’ultimo a pretendere che l’intervento avvenisse con tecnica “*Evar*”.

3. Secondo motivo

Col secondo motivo la società ricorrente lamenta, ai sensi dell’art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione degli artt. 1176, 1218, 1225, c.c.

Nella illustrazione del motivo è sviluppata una tesi così riassumibile:

- la Corte d’appello ha accertato in punto di fatto che le complicanze seguite all’intervento non furono dovute ad una erronea esecuzione di quest’ultimo da parte del chirurgo, ma furono dovute alle pregresse condizioni di salute del paziente;

- ha altresì accertato in punto di fatto che le suddette complicanze non erano prevedibili da parte del chirurgo, né evitabili;

- la Corte d’appello, pertanto, accogliendo la domanda del paziente, ha addebitato alla struttura sanitaria la responsabilità di un evento dannoso non prevedibile né evitabile.

3.1. Il motivo resta assorbito dall’accoglimento del primo motivo.

4. Terzo motivo

Col terzo motivo la società ricorrente lamenta la violazione degli artt. 40, 41 e 45, c.p.

Nella illustrazione del motivo si sostiene che:

- l’intervento di rimozione dell’aneurisma dell’aorta addominale fu eseguito correttamente, come accertato dalla stessa Corte d’appello;

- le complicanze insorte dopo l’intervento non erano dovute ad un’imperita esecuzione di quest’ultimo;

- la Corte d’appello aveva pertanto violato le norme sulla causalità materiale, per avere ritenuto sussistente il nesso tra l’intervento e il danno, nonostante avesse accertato che quest’ultimo era inevitabile e non prevedibile.

4.1. Anche questo motivo resta assorbito dall’accoglimento del primo.

5. In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso, restano assorbiti gli altri. La sentenza impugnata è cassata con rinvio alla Corte d’appello di Milano, che in diversa composizione accerterà se ed in che misura sussista il nesso di causa tra il fatto colposo del medico (l’omessa informazione al paziente sull’alternativa operatoria) e l’evento di danno (le complicanze postoperatorie e la conseguente fibrosi delle anse intestinali).

P.q.m., la Corte di cassazione, accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti gli altri. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d’appello di Milano, in diversa composizione, che dovrà provvedere alla liquidazione delle spese anche del presente giudizio di legittimità.

Consenso informato e omessa informazione: impossibilità di configurare un danno alla salute risarcibile *in re ipsa* e necessità della causalità materiale, quale punto fermo nel paradigma della responsabilità medica

Nella sentenza in epigrafe la Corte di cassazione affronta il tema del consenso informato con riferimento al rapporto di causalità tra un particolare fatto omissivo, ovvero la mancata rappresentazione al paziente di possibili alternative terapeutiche rispetto al trattamento praticato dal sanitario, e l’evento dannoso.

Il giudice di legittimità si è pronunciato sul ricorso promosso avverso la sentenza resa dalla Corte d’appello di Milano con cui una struttura sanitaria veniva condannata al risarcimento del danno sofferto da un paziente in conseguenza dell’esecuzione di un intervento chirurgico di rimozione dell’aneurisma all’aorta addominale, eseguito con una particolare tecnica (c.d. *Open*) per la quale il chirurgo aveva optato, senza informare il paziente dell’esistenza di una seconda tecnica (endovascolare c.d. *Evar*) meno obsoleta.

Il giudice di merito si era pronunciato in favore della condanna, confermando gli esiti del giudizio di primo grado, dopo aver, tuttavia, accertato che l’intervento era stato eseguito diligentemente dal sanitario, nella piena osservanza delle regole dell’*ars medica*, e ravvisando la colpa del chirurgo non già nell’imperita rimozione dell’aneurisma ma nel non aver informato il paziente che esisteva una tecnica chirurgica alternativa.

La Corte d’appello ammetteva, altresì, che il danno permanente riportato dal paziente era stato il risultato di complicanze imprevedibili, che però non si sarebbero manifestate se l’intervento chirurgico fosse stato eseguito con la tecnica endovascolare.

La Corte di cassazione rileva che, stando agli esiti ai quali è giunto il giudice di merito, l’omessa informazione fu l’unica colpa imputabile al sanitario, e, pertanto, la condanna della struttura sanitaria al risarcimento del danno alla salute riportato dal paziente,

come disposta e motivata, difetta dei principi stabiliti dalla Corte stessa in materia di nesso causale tra condotta ed evento.

La massima si pone nel solco di una giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di cassazione laddove enuncia che l'omessa o lacunosa informazione del paziente può essere ritenuta causa dell'evento di danno alla salute solo dopo che sia stata accertata la sussistenza di uno degli elementi costitutivi del diritto del danneggiato al risarcimento: la causalità materiale tra la condotta colposa, data dalla violazione della regola cautelare, e l'evento dannoso (cfr. Cass., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7516, in *Foro it.*, 2018, I, 2401; 11 novembre 2019, n. 28985, in *Guida dir.*, 2019, 32, 49).

La regola cautelare cui fare riferimento, come noto, è prevista dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219, che disciplina la materia dell'informativa preventiva ai trattamenti sanitari e, in particolare, dall'art. 1 rubricato, per l'appunto, "consenso informato".

Tale articolo, nel ribadire i principi di diritto richiamati dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e sanciti, altresì, dalla Carta di Nizza, a tutela del diritto alla libertà di autodeterminazione, prevede l'obbligo dei sanitari di acquisire dal paziente un consenso informato e libero in merito alle sue condizioni di salute, alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici, alle possibili alternative e alle conseguenze di un eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.

L'art. 1 della l. n. 219 cit., al c. 9, stabilisce che alla medesima regola cautelare soggiace la struttura sanitaria, che è tenuta a garantire l'attuazione dei principi richiamati dalla legge stessa.

La Corte di cassazione precisa, altresì, nella sentenza oggetto di disamina, che per poter accertare l'idoneità causale della condotta omissiva del sanitario rispetto all'evento di danno il giudice di merito avrebbe dovuto ricostruire il nesso di condizionamento tra l'omessa informazione e il danno alla salute patito con un giudizio controfattuale: ossia accertando, con giudizio di probabilità logica, quali scelte avrebbe compiuto il paziente se fosse stato correttamente informato della possibilità di scegliere tra le due tecniche di intervento.

Come noto, negli illeciti omissivi, per l'accertamento della causalità materiale, si applica un principio fondamentale in base al quale è necessario procedere ad una indagine controfattuale e chiedersi quale sarebbe stato, presumibilmente, il corso degli eventi se fosse stato realizzato il comportamento della cui omissione si tratta.

Tale regola, come confermato dalla Corte di cassazione, si applica anche alle ipotesi di omessa o lacunosa informazione del sanitario nei confronti del paziente.

In tal caso il giudizio controfattuale è funzionale a determinare, con giudizio di probabilità logica, quale

sarebbe stata la scelta del paziente se correttamente informato.

Pertanto, la massima rappresenta l'occasione per la Corte di cassazione per ribadire quanto già affermato in altre sentenze, ovvero che l'omessa o lacunosa informazione imputabile al sanitario, pur costituendo illecito civile, in quanto viola la regola cautelare posta a tutela del diritto alla libera autodeterminazione, non fa sorgere con un perfetto automatismo il diritto del paziente al risarcimento del danno alla salute conseguente al trattamento terapeutico del sanitario, anche quando quest'ultimo abbia agito con diligenza.

Al riguardo la Corte di cassazione ha affermato che "la riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che quel consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario riguardo alla unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente" (così Cass., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847).

Tale diritto è richiamato dal citato art. 1, c. 1, l. n. 219/2017, che configura il consenso informato al trattamento sanitario come espressione della libertà di autodeterminazione del singolo, ancorata ai principi fondamentali previsti dagli articoli della Costituzione ivi richiamati, e come punto di incontro costante fra la stessa libertà e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico in un tempo dilatato di comunicazione fra medico e paziente che, ai sensi dell'art. 1, c. 8, costituisce tempo di cura.

Secondo un principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, il danno all'autodeterminazione è da ritenersi autonomo e indipendente rispetto al danno alla salute.

A riguardo la Corte di cassazione ha affermato che: "l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente [...]. Trattasi di due distinti diritti.

Il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (cfr. Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438) e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente (v. Cass., 6 giugno 2014, n. 12830) [...].

Il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute (art. 32, c. 2, Cost.).

L'autonoma rilevanza della condotta di adempimento della dovuta prestazione medica ne impone pertanto l'autonoma valutazione rispetto alla vicenda dell'acquisizione del consenso informato" (Cass, Sez.

III, ord. 25 giugno 2021, in questa *Rivista*, 2021, 4, 218, con nota di A.M. Quaglini).

Tuttavia, la Corte di cassazione ha precisato, anche in recenti sentenze (v. Cass., Sez. III, 5 settembre 2022, n. 26104), che, sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire un adeguato consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico, non è possibile escludere ogni interferenza tra i due illeciti nella produzione del medesimo danno, e ciò in ragione del fatto che il rapporto tra medico e paziente è dotato di una sua peculiare complessità, in quanto si articola in obbligazioni plurime e tra di loro connesse e strumentali al perseguimento della tutela alla salute del soggetto.

È invece possibile che il consenso informato si inserisca tra i fattori causali che concorrono a determinare il pregiudizio alla salute.

Pertanto, l'omessa informativa imputabile al sanitario è di per sé dotata di un'astratta capacità plurioffensiva idonea a ledere non solo il diritto all'autodeterminazione ma anche il diritto alla salute (cfr. Cass., Sez. III, 11 novembre 2009, n. 28985, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 478).

Proprio sul presupposto del riconoscimento di una plurioffensività dell'omissione informativa nel rapporto tra medico e paziente, la Corte di cassazione può concludere, nella sentenza in commento, disponendo rinvio alla Corte d'appello di Milano affinché accerti, se e in che misura, sussista un nesso causale tra l'omessa informazione del paziente sull'alternativa terapeutica e il danno alla salute.

Così facendo la Cassazione nega la possibilità di configurare un danno alla salute risarcibile *in re ipsa* per la mera omessa informazione.

La sentenza di cui si tratta costituisce, ancora una volta, l'occasione per ribadire che, in materia di consenso informato, gli interventi della giurisprudenza hanno assunto una fondamentale funzione di sistemazione e di chiarificazione su tematiche delicate come quelle prese in esame.

L'attenzione degli interpreti è sempre più spesso richiamata da casi giurisprudenziali nei quali emerge, con particolare evidenza, l'uso del consenso informato come espediente nelle mani del paziente per mettere in discussione gli interventi dei sanitari, con il rischio imminente di sfociare in un "relativismo terapeutico" (v. Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 72).

Sul punto è possibile considerare il ruolo sempre più incisivo e determinante che ha assunto la giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione nel delimitare e distinguere le ipotesi di pretesa legittima da quelle di abuso.

Funzionale a tracciare tale distinguo è spesso il richiamo che la Corte fa ai giudici di merito rispetto alla necessità dell'accertamento di un nesso causale tra l'omessa e lacunosa informativa e il danno alla salute lamentato.

Tale costante richiamo ha consentito al giudice nomofilattico, come nel caso in disamina, di reinserire il consenso informato all'interno del rapporto complesso medico-paziente e di sanzionare l'omissione dell'obbligo informativo per il danno alla salute solo dopo averla valutata secondo il paradigma della responsabilità.

CRISTINA ORSINI

* * *