

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPAIA - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Domanda alternativa – litisconsorzio necessario processuale - impugnazione

Allorquando sia proposta domanda alternativa contro due diversi convenuti, invocante la responsabilità dell'uno o dell'altro per uno stesso fatto dannoso, il litisconsorzio unitario (o necessario processuale) determinato dalla domanda dell'attore, in presenza di sentenza di rigetto della domanda nei confronti di entrambi i convenuti, può essere sciolto dall'attore, se egli impugna soltanto nei confronti di uno e, dunque, abbandoni la prospettazione della responsabilità alternativa, con conseguente applicabilità dell'art. 332 c.p.c. (salvo il caso che il responsabile destinatario dell'impugnazione avesse svolto domanda nei confronti dell'altro, ipotesi nella quale si applica l'art. 331 c.p.c.). Viceversa, ove l'attore impugni contro entrambi mantenendo l'invocazione della responsabilità alternativa, il litisconsorzio rimane unitario (o necessario processuale) e si applica l'art. 331 c.p.c., onde, se l'impugnazione non risulti notificata ad uno dei responsabili o lo sia in modo nullo si deve ordinare l'integrazione e la rinnovazione nei suoi confronti.

Cassazione civile, sezione terza, ordinanza del 12.5.2014, n. 10243

...omissis...

Considerato quanto segue:

p.1. Il Collegio preliminarmente deve rilevare che si pone un problema di ammissibilità del ricorso nei confronti dell'Azienda ospedaliera "Ospedale aaaaa in quanto la notificazione è stata tentata tempestivamente, cioè entro il termine di cui all'art. 325 c.p.c., decorso dalla notificazione della sentenza impugnata, avvenuta ad istanza della detta Azienda il 15 ottobre 2010 nei confronti dei ricorrenti, ma essa non si è perfezionata perchè il procuratore dell'Azienda, presso il cui domicilio indicato nella sentenza è avvenuto il tentativo di notificazione, è risultato trasferito da quel domicilio, come attesta la relata di notificazione che è del 14 dicembre 2010.

Ora, successivamente a tale tentativo di notificazione i ricorrenti non si sono attivati nel modo indicato come necessario dalle Sezioni Unite della Corte nella sentenza n. 3818 del 2009, cioè non hanno provveduto, all'atto del deposito del ricorso, a richiedere la concessione di un termine perentorio per eseguire la notificazione nel domicilio del difensore, che, trattandosi, come si rileva da riscontro nell'albo degli avvocati presso il Consiglio Nazionale Forense era iscritto presso l'Ordine degli avvocati di Monza e Brianza e, dunque, agiva al di fuori della circoscrizione del Tribunale di iscrizione.

Tale notificazione avrebbe potuto essere autorizzata ancorchè fosse ormai decorso il termine breve ex art. 325 c.p.c., ed avrebbe potuto eseguirsi, equivalendo il trasferimento di domicilio senza indicazione di altro domicilio da parte del difensore dell'Azienda, che risultava iscritto all'Ordine di Monza e Brianza e, dunque, esercente al di fuori del suo circondario, con notificazione presso la cancelleria della Corte d'Appello di Milano, dovendo ritenersi quel difensore domiciliato presso di essa, una volta venuta meno l'elezione di domicilio a suo tempo effettuata.

Il principio di diritto che sembrerebbe venire in rilievo, affermato dalla citata sentenza delle Sezioni Unite è, infatti, il seguente:

"In tema di impugnazione, la notifica presso il procuratore costituito o domiciliatario va effettuata nel domicilio da lui eletto nel giudizio, se esercente l'ufficio in un circondario diverso da quello di assegnazione, o, altrimenti, nel suo domicilio effettivo, previo riscontro, da parte del notificante, delle risultanze dell'albo professionale, dovendosi escludere che tale onere di verifica - attuabile anche per via informatica o telematica - arrechi un significativo pregiudizio temporale o impedisca di fruire, per l'intero, dei termini di impugnazione. Ove, peraltro, la notifica in detti luoghi abbia avuto ugualmente esito negativo per caso fortuito o forza maggiore (per la mancata od intempestiva comunicazione del mutamento del domicilio o per il ritardo della sua annotazione ovvero per la morte del procuratore o, comunque, per altro fatto non imputabile al richiedente attestato dall'ufficiale giudiziario), il procedimento notificatorio, ancora nella fase perfezionativa per il notificante, può essere riattivato e concluso, anche dopo il decorso dei relativi termini, mediante istanza al giudice ad quem, corredata dall'attestazione dell'omessa notifica, di fissazione di un termine perentorio per il completamento della notificazione ovvero, ove la tardiva notifica dell'atto di impugnazione possa comportare la nullità per il mancato rispetto dei termini di comparizione, per la

rinnovazione dell'impugnazione ai sensi dell'art. 164 c.p.c.". Nella motivazione si precisa che l'istanza dev'essere rivolta all'atto della costituzione presso il giudice ad quem e, dunque, a seguito di deposito del ricorso nel procedimento di cassazione.

p.2. Nella memoria dei ricorrenti si è, tuttavia, prospettato, ma la relativa questione è da porsi d'ufficio da parte di questo Collegio, che il giudizio sarebbe in questa sede riconducibile all'ambito delle cause c.d. inscindibili ex art. 331 c.p.c., onde si tratta di valutare se tale assunto sia condivisibile.

Invero, ove l'assunto fosse esatto, si dovrebbe considerare che, allorquando l'impugnazione sia svolta con riferimento ad un cumulo processuale soggettivo riconducibile alla nozione di causa inscindibile (ma non diversamente dovrebbe opinarsi per il caso di cumulo riconducibile al nesso di dipendenza), e dunque all'ambito dell'art. 331 c.p.c., la constatazione che la notificazione nei confronti di una delle parti intimiate sia stata nulla o finanche inesistente, come nel caso di specie, o che addirittura non sia stata nemmeno tentata, se del caso in quanto neppure si sia indicata come parte contro cui l'impugnazione sia stata proposta una di quelle nei confronti della quale sia stata pronunciata la sentenza impugnata, impone sempre e comunque al giudice dell'impugnazione di far luogo all'applicazione dell'art. 331 c.p.c., e, dunque, di ordinare l'integrazione del contraddittorio nei riguardi della parte pretermessa in ragione della patologia verificatasi in uno dei detti sensi.

Ne segue che, quando ricorra siffatta eventualità, la giurisprudenza di cui al ricordato precedente delle Sezioni Unite non può trovare applicazione, perchè si porrebbe in contrasto con la logica dell'art. 331 c.p.c..

E, pertanto, di fronte alla constatazione che la notificazione dell'impugnazione ad una parte non è andata a buon fine per non essersi potuta realizzare in quanto eseguita in un domicilio non più riferibile al difensore, l'inerzia della parte notificante nel procedere secondo quanto indicato dalle Sezioni Unite e, dunque, nel richiedere, dopo tempestiva costituzione, un termine per il rinnovo della notificazione nonostante la scadenza del termine di impugnazione, non può sanzionarsi con la declaratoria della inammissibilità dell'impugnazione nei confronti della parte nei cui riguardi la notificazione non si è perfezionata, dovendo invece (ancorchè nulla precluda alla parte notificante di attivarsi nel modo indicato dalle Sezioni Unite) in ogni caso prevalere la norma dell'art. 331 c.p.c., che impedisce che il processo possa svolgersi senza il contraddittorio di quella parte ed affida al potere-dovere officioso del giudice dell'impugnazione di ordinare l'integrazione del contraddittorio.

p.3. Il Collegio ritiene che nella specie, in relazione al cumulo di cause siccome si era conservato in sede di giudizio di appello ed all'atteggiarsi dell'esercizio del diritto di impugnazione nel ricorso principale, ricorra nella fattispecie un nesso di inscindibilità ai sensi dell'art. 331 c.p.c., di modo che deve di tale norma farsi applicazione e ordinarsi la notificazione del ricorso nei confronti dell'Ospedale aaa

p.3.1. Queste le ragioni.

Va considerato che, come emerge dagli atti (ed anche dalle conclusioni riportate dalla sentenza impugnata), i ricorrenti, in primo grado, avevano agito contro il Centro Odontoiatrico Monzese e l'Azienda Ospedaliera invocando, in relazione al pregiudizio sofferto in via diretta o indiretta, una responsabilità dei convenuti, sia in via solidale sia in via alternativa.

p.3.2. Ora, allorquando vengono proposte domande contro più convenuti in via

solidale, salvo il caso che fra i coobbligati vengano svolte domande di regresso riguardo alla distribuzione della responsabilità fra loro, il litisconsorzio in sede di gravame resta di norma facoltativo e, dunque, le cause sono scindibili, a meno che non sia stato chiesto l'accertamento del modo di essere del rapporto determinativo della solidarietà.

Nella specie risulta, peraltro, dalle conclusioni che si leggono sulla sentenza di primo grado, presente nel fascicolo d'ufficio della Corte territoriale, che l'Azienda Ospedaliera aveva concluso in via subordinata alla richiesta di rigetto della domanda e per il caso di riconoscimento della responsabilità solidale, per la condanna del Centro Odontoiatrico in via di regresso previo accertamento delle diverse responsabilità nella causazione del danno.

Ne segue che, in relazione alla proposizione di tale domanda di regresso si era determinato un profilo di esistenza di dipendenza di cause che, una volta pronunciata la sentenza in primo grado con il rigetto della domanda dei danneggiati e qui ricorrenti, rendeva l'impugnazione in appello riconducibile per ciò solo all'ambito dell'art. 331 c.p.c..

Tuttavia, va considerato che in sede di costituzione in appello, come emerge dalla comparsa di risposta di detta Azienda, Essa non ripropose, a norma dell'art. 346 c.p.c., la domanda di regresso, che dunque risultò abbandonata.

Ne segue che in sede di ricorso per cassazione la posizione dell'Azienda non appare riconducibile all'art. 331 c.p.c., sotto tale profilo, ma ciò riguarda, peraltro, il profilo dell'azione dei ricorrenti diretta ad invocare la responsabilità solidale.

p.3.3. Riguardo alla prospettazione alternativa della domanda nei loro riguardi, va innanzitutto considerato che l'alternatività della proposizione della domanda ha riguardato la prospettazione di una responsabilità del Centro Odontoiatrico e dell'Azienda Ospedaliera in relazione alla successione fra l'intervento curativo dell'uno e quello dell'altro in relazione ad un evento dannoso finale rappresentato dalla malattia e dallo stato di invalidità permanente di M.F..

Si è trattato, quindi, di invocazione di una responsabilità alternativa per condotte distinte in relazione agli stessi danni conseguenza e l'alternatività della domanda ha avuto il significato di postulare l'affermazione, in dipendenza delle rispettive condotte, della responsabilità di uno dei due soggetti in relazione allo stesso fatto dannoso complessivo.

Ora, poichè l'appello ha confermato il rigetto nei confronti sia del Centro che dell'Ospedale, si potrebbe pensare che la controversia non sia caratterizzata da inscindibilità per incompatibilità e, quindi, dipendenza reciproca delle due responsabilità, come sarebbe stato invece se la domanda fosse stata accolta nei confronti di uno di detti soggetti nel presupposto della infondatezza nei confronti dell'altro ed avesse avuto luogo l'impugnazione del convenuto riconosciuto unico responsabile: in questo caso si sarebbe avuto, come opina anche autorevole dottrina, nesso di inscindibilità, perchè la postulazione della erroneità della sentenza, avendo essa affermato la responsabilità di uno dei pretesi danneggiati nel presupposto dell'esclusione della responsabilità dell'altro, necessariamente implicava il coinvolgimento del preteso responsabile mandato assolto dalla responsabilità.

Va tuttavia considerato il caso della sentenza di rigetto di domanda alternativa contro due o più convenuti, in sede di esercizio del diritto di impugnazione può dare luogo a due distinte situazioni.

p.3.4. Occorre tenere conto, innanzitutto, che, quando viene invocata una

responsabilità alternativa di due distinti soggetti rispetto ad uno stesso fatto dannoso, il litisconsorzio che si determina, se nel momento iniziale, cioè della introduzione della lite, è certamente riconducibile all'ambito dell'art. 103, perchè è l'attore che sceglie di prospettare la domanda invocando la responsabilità alternativa in relazione all'accadimento concreto che la occasiona, una volta che il litisconsorzio si sia instaurato si connota, quoad svolgimento, come litisconsorzio processuale necessario o unitario, perchè l'accertamento alternativo necessariamente coinvolge la posizione processuale dei due convenuti attribuendo ed esigendo un grado di massimo coordinamento nell'attività processuale, in non diversa guisa delle fattispecie di litisconsorzio necessario iniziale ex art. 102 c.p.c..

Ciò è vero perchè la domanda originariamente introdotta, postulando l'alternatività delle responsabilità, determina, dal punto di vista della domanda attorea, un nesso di interrelazione fra le posizioni nel processo dei convenuti.

p.3.5. Una volta sopravvenuta la sentenza, poichè la fattispecie di litisconsorzio ha natura processuale e non sostanziale e, dunque, non riguarda un caso in cui è per il modo di essere della situazione sostanziale dedotta in giudizio (o per legge) che la pronuncia deve coinvolgere tutte le parti, assume rilievo, per stabilire se il litisconsorzio in sede di impugnazione resti inscindibile, sia il contenuto della pronuncia, sia il soggetto che la impugna.

p.3.6. Nel caso di rigetto della domanda nei confronti di entrambi i responsabili, essendo soccombente il danneggiato, il soggetto che impugna sarà lui ed è palese che, in non diversa guisa di come risultava all'atto della instaurazione del processo in primo grado, gli spetterà la possibilità di esercitare la domanda con l'atto di impugnazione reiterando la rivendicazione della responsabilità di entrambi i pretesi responsabili oppure di esercitarla, se del caso all'esito delle risultanze del grado precedente, soltanto nei confronti di uno di essi.

Ove il danneggiato compia tale scelta e, dunque, impugni nei confronti di uno solo dei responsabili, essa è rituale e segna lo scioglimento del litisconsorzio legittimamente, perchè non determina alcuna situazione di possibile contrasto fra la parte della decisione impugnata, là dove essa ha escluso la responsabilità di uno dei convenuti, che passa in giudicato, e l'eventuale decisione sull'impugnazione che riconosca la responsabilità dell'altro, atteso che le due statuizioni possono coesistere.

L'operare del principio della domanda in sede di esercizio dell'impugnazione determina in questo caso legittimante lo scioglimento del litisconsorzio processuale.

p.3.7. Può semmai verificarsi che, in ragione dell'essere stata proposta domanda da uno dei responsabili contro l'altro, l'esistenza di tale domanda, creando nesso di dipendenza fra le posizioni dei due pretesi responsabili, comporti che il litisconsorzio non possa essere sciolto dal danneggiato, che, dunque, pur non intendendo rivolgere e non rivolgendo l'impugnazione nei confronti di uno dei due ma solo dell'altro, necessariamente deve notificare l'impugnazione anche al primo, in modo da assicurare all'altro contro cui impugna la possibilità di poter perseguire la domanda rivolta contro il corresponsabile: in tal caso ricorrerà la fattispecie dell'art. 331 c.p.c. (si vedano già Cass. n. 2360 del 1965 e n. 2769 del 1967 e, quindi, Cass. n. 3114 del 1999, seguita da altre conformi; adde Cass. n. 15734 del 2004), a meno che si ritenga utilizzabile l'art. 334 c.p.c., da parte del responsabile contro cui

si impugna, come opinano recenti dottrine.

p.3.8. Diverso è il caso in cui il danneggiato che abbia visto rigettata la domanda nei confronti di entrambi i responsabili intenda proporre l'impugnazione e la proponga nei confronti di tutti e due:

in questa ipotesi, come gli è consentito, egli ha inteso legittimamente mantenere il cumulo processuale e, riproponendo l'esercizio del diritto di impugnazione il carattere unitario del litisconsorzio, tale modo di proposizione dell'impugnazione rende la stessa, in quanto ha mantenuto l'unitarietà del litisconsorzio e la sua necessari età processuale per l'atteggiarsi della domanda in giudizio, riconducibile al concetto di causa inscindibile.

Ne segue che, non diversamente da come, ove l'impugnazione fosse rivolta contro tutti e due i responsabili e la notificazione fosse stata eseguita nei confronti di uno solo, il giudice dell'impugnazione dovrebbe, in ragione dell'atteggiarsi della domanda di impugnazione contro entrambi e dell'unitarietà della postulazione di tutela richiesta, applicare l'art. 331 c.p.c., si deve ritenere che, in presenza di nullità della notificazione o di mancato perfezionamento e, quindi inesistenza, di essa, come nel caso di tentativo di esecuzione non riuscito per mancato accertamento della persistenza del domicilio eletto, il giudice dell'impugnazione debba applicare sempre quella norma.

Il principio di diritto che viene in rilievo è il seguente:

"allorquando sia proposta domanda alternativa contro due diversi convenuti, invocante la responsabilità dell'uno o dell'altro per uno stesso fatto dannoso, il litisconsorzio unitario (o necessario processuale) determinato dalla domanda dell'attore, in presenza di sentenza di rigetto della domanda nei confronti di entrambi i convenuti, può essere sciolto dall'attore, se egli impugna soltanto nei confronti di uno e, dunque, abbandoni la prospettazione della responsabilità alternativa, con conseguente applicabilità dell'art. 332 c.p.c. (salvo il caso che il responsabile destinatario dell'impugnazione avesse svolto domanda nei confronti dell'altro, ipotesi nella quale si applica l'art. 331 c.p.c.). Viceversa, ove l'attore impugni contro entrambi mantenendo l'invocazione della responsabilità alternativa, il litisconsorzio rimane unitario (o necessario processuale) e si applica l'art. 331 c.p.c., onde, se l'impugnazione non risulti notificata ad uno dei responsabili o lo sia in modo nullo si deve ordinare l'integrazione e la rinnovazione nei suoi confronti".

Alla stregua di tale principio di diritto, poichè l'impugnazione in cassazione è stata rivolta contro entrambi i responsabili con la riprospettazione di entrambe le responsabilità anche in via alternativa, oltre che solidale, si deve ravvisare che nel caso di specie ricorre l'ipotesi di cui all'art. 331 c.p.c., e, quindi, in presenza della inesistenza della fattispecie notificatoria nei confronti dell'Azienda Ospedaliera, dev'essere ordinata la notificazione dell'impugnazione a detta Azienda, la quale, giusta il disposto dell'art. 330 c.p.c., u.c., non potrà esserlo presso il difensore nel suo domicilio effettivo, ma andrà fatta personalmente alla parte ai sensi dell'art. 137 e ss..

p.q.m.

La Corte, visto l'art. 371 bis, in relazione all'art. 331 c.p.c., ordina alle parti e segnatamente ai ricorrenti, che vi hanno interesse, di provvedere, ai sensi dell'art. 137 c.p.c., e ss., alla notificazione del ricorso per cassazione unitamente alla presente ordinanza, all'Azienda Ospedaliera "Ospedale San Gerardo di Monza", entro sessanta giorni dalla comunicazione della presente

ordinanza, nonchè di provvedere ai successivi adempimenti previsti dall'art. 371 bis c.p.c..

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile, il 6 febbraio 2014.

Depositato in Cancelleria il 12 maggio 2014

La Nuova Procedura Civile