

Civile Ord. Sez. 1 Num. 32023 Anno 2019

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 09/12/2019

sul ricorso 23349/2015 proposto da:

Consorzio Nazionale Imballaggi Conai, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma Piazza dei Cardelli, presso lo studio dell'avvocato Gian Domenico Mosco che lo rappresenta e difende in forza di procura speciale a margine del ricorso,

-ricorrente -

contro

Consorzio Nazionale per il Riciclaggio dei Rifiuti di Beni di Polietilene, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma Via F. Paulucci De' Calboli N. 1 presso lo studio dell'avvocato Tommaso Marvasi che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Andrea Calisse, in forza di procura speciale a margine del controricorso,

ord
2574
2019



-controricorrente -

nonché contro

Duplast Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma V. A. Depretis 86 presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Giangiacomo - CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, e rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Ronco, in forza di procura speciale a tergo del controricorso,

-controricorrente
incidentale -

contro

Conorzio Nazionale per il Riciclaggio dei Rifiuti di Beni di Polietilene Polieco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma Via F. Paulucci De' Calboli 1 presso lo studio dell'avvocato Tommaso Marvasi che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Andrea Calisse, in forza di procura speciale a margine del controricorso,

-controricorrente -

nonchè contro

Conorzio Nazionale Imballaggi Conai, elettivamente domiciliato in Roma Piazza dei Cardelli 4 presso lo studio dell'avvocato Gian Domenico Mosco, che lo rappresenta e difende in forza di procura speciale a margine del ricorso,

-controricorrente

avverso la sentenza n. 1265/2015 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 23/02/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 10/07/2019 dal Consigliere UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI



FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 4/8/2009 il Consorzio Nazionale Imballaggi – Conai (di seguito, semplicemente: Conai) ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma la Duplast s.p.a. chiedendo l'accertamento della violazione da parte sua dell'obbligo di dichiarazione dei quantitativi di imballaggi ceduti e di versamento del contributo ambientale, in relazione ai beni da essa prodotti dal novembre del 1998, nonché la sua conseguente condanna alla presentazione delle relative dichiarazioni e al pagamento dei contributi dovuti.

Si è costituita in giudizio la Duplast, instando per il rigetto delle domande avversarie, eccependo la prescrizione dell'eventuale credito, quantomeno sino al 1/8/2004, e chiedendo l'autorizzazione a chiamare in causa il Consorzio per il riciclaggio dei rifiuti di beni in polietilene – Polieco (di seguito, semplicemente: Polieco), per essere da esso manlevata.

Il Consorzio Polieco, chiamato in causa, ha chiesto il rigetto della domanda avanzata nei suoi confronti.

Il Tribunale di Roma con sentenza del 1/2/2012 ha accertato la qualità di consorziata Conai in capo a Duplast dal 13/8/1998 e il suo conseguente obbligo da tale data sino a quella della domanda di presentare le dichiarazioni relative ai quantitativi di imballaggi ceduti, rigettando le ulteriori domande di parte attrice e compensando integralmente le spese di lite.

Secondo il Tribunale, il credito di Conai era prescritto fino al 1/1/2004 e non dimostrato per il periodo successivo.

2. Avverso la predetta sentenza di primo grado ha proposto appello il Consorzio Conai, a cui hanno resistito le parti appellate Duplast e Polieco, proponendo appello incidentale.

Con sentenza del 23/2/2015 la Corte di appello di Roma ha rigettato l'appello principale e ha dichiarato assorbiti gli appelli

incidentali, condannando l'appellante Conai alla rifusione delle spese del grado in favore di Duplast e compensando le spese del grado fra Polieco e le altre parti.

Secondo la Corte di appello la prescrizione era quinquennale ex art.2948 n.4, cod.civ.; non era configurabile occultamento doloso del debito con conseguente sospensione del decorso della prescrizione ex art.2941, n.8, cod.civ.; la richiesta di ordine di esibizione delle fatture di vendita e di conseguente disposizione di consulenza tecnica d'ufficio era inammissibilmente generica e aveva finalità esplorative.

3. Avverso la predetta sentenza del 23/2/2015, non notificata, con atto notificato il 23/9/2015 ha proposto ricorso per cassazione il Conai, svolgendo quattro motivi.

Con atto notificato il 30/10/2015 ha proposto controricorso e ricorso incidentale la Duplast, chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione e instando, a sua volta, con il supporto di un articolato motivo, per la cassazione della sentenza di secondo grado.

Con un primo atto notificato il 28/10/2015 ha proposto controricorso Polieco, rilevando l'assenza di domande nei suoi riguardi e rimettendosi a giustizia; quindi, con un secondo atto, notificato il 4/12/2015, Polieco ha resistito al ricorso incidentale di Duplast, chiedendone la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto, per quanto di interesse.

Con controricorso notificato il 9/12/2015 Conai ha resistito al ricorso incidentale di Duplast, chiedendone la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto.

Il Consorzio Polieco ha depositato memoria del 26/6/2019.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.4, cod.proc.civ., il ricorrente Conai denuncia omessa pronuncia su di un motivo di appello e violazione dell'art.112 cod.proc.civ.

1.1. Conai ricorda di aver lamentato con il suo primo motivo di gravame il vizio di omessa pronuncia nella sentenza del Tribunale di Roma in relazione alla sua specifica domanda di condanna di Duplast alla presentazione al Conai delle dichiarazioni relative al numero di imballaggi ceduti dal novembre 1998 in poi e di aver censurato la trasformazione riduttiva della sua domanda attuata dal giudice di prime cure, da pronuncia di condanna a pronuncia di accertamento.

A tal proposito la Corte di appello aveva completamente omesso di provvedere.

1.2. Effettivamente la Corte di appello ha omesso di provvedere sullo specifico primo motivo di appello con il quale Conai lamentava che la sua domanda di condanna di Duplast alla presentazione delle dichiarazioni relative ai quantitativi di imballaggi ceduti dal mese di novembre 1998 in poi fosse stata riduttivamente letta (e in quella misura accolta) come mera domanda di accertamento e conseguentemente orbata della pronuncia di condanna all'obbligo di fare.

Di qui l'evidente vizio ex art.360, n.4, cod.proc.civ., di omessa pronuncia su di un motivo di appello e violazione dell'obbligo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art.112 cod.proc.civ.

L'omessa pronuncia su un motivo di appello integra infatti la violazione dell'art. 112 cod.proc.civ. e non già l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti, in quanto il motivo di gravame non costituisce un fatto principale o secondario, bensì la specifica domanda sottesa alla proposizione dell'appello (Sez. 6 - 3, n. 6835 del 16/03/2017, Rv. 643679 - 01; Sez. L, n. 22759 del 27/10/2014, Rv. 633205 - 01).

1.3. Le difese opposte da Duplast non sono convincenti.

La sentenza neppure registra il motivo di appello ignorato; non si può parlare di attività interpretativa implicita da parte della Corte circa una censura totalmente pretermessa, tanto più che la domanda di condanna - e non di mero accertamento - era assolutamente inequivocabile e che altrettanto inequivocabilmente era stato formulato un apposito motivo di gravame dedicato al suo mancato accoglimento.

Non si vede poi su quali basi la controricorrente Duplast ravvisi una valutazione, implicita e sottintesa, della Corte di appello circa il carattere dipendente e accessorio della domanda di condanna alla presentazione delle dichiarazioni rispetto alla domanda di condanna al pagamento del contributo, contestualmente rigettata.

1.4. Né, infine, può dubitarsi della sussistenza dell'interesse ad agire del Conai ad ottenere la pronuncia di condanna della convenuta ad una prestazione di *facere* infungibile in luogo di quella di mero accertamento conseguita, per opinare conseguentemente che la domanda (di condanna) fosse inammissibile e superare come influente l'omissione di pronuncia da parte del giudice di primo grado su di una domanda inammissibile e da parte del giudice di appello su di un motivo di gravame a sua volta inammissibile perché relativo ad omissione di pronuncia su di una domanda inammissibile.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, fondata sul principio di economia processuale e sulla inutilità di una regressione del giudizio per la mera pronuncia di una *absolutio ab observantia iudicii*, l'omessa pronuncia, qualora abbia ad oggetto una domanda inammissibile, non costituisce vizio della sentenza e non rileva nemmeno come motivo di ricorso per cassazione, in quanto, alla proposizione di una tale domanda, non consegue l'obbligo del giudice di pronunciarsi nel merito (Sez. 1, n. 22784 del 25/09/2018, Rv. 650929- 01; Sez. 6 -

1, n. 24445 del 02/12/2010, Rv. 615091-01; Sez. 1, n. 12412 del 25/05/2006, Rv. 590523 - 01).

Tale linea di ragionamento non è però condivisibile nel caso concreto, in primo luogo, perché si risolve nell'affermazione in linea generale dell'inammissibilità della condanna ad una prestazione di *facere* infungibile, in contrasto non solo con la opinione prevalente ma anche con recenti specifici indici normativi, che, sia pur con approccio settoriale, muovono dall'opposta premessa dell'ammissibilità di siffatto genere di condanna.

L'art.614 *bis* cod.proc.civ. (inserito dall'art. 49, comma 1, della legge 18/6/2009, n. 69 e poi sostituito dall'art. 13 d.l. 27/6/2015, n. 83, convertito con modificazioni in legge 6/8/2015, n. 132, in tema di coercizione indiretta, ha previsto che con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissi, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Il comma 3 dell'art.388 cod.pen., inserito dall'art. 9, comma 1, lett. a), d.lgs. 11/5/2018, n. 63 ha previsto la sanzione penale per chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice che prescriva misure inibitorie o correttive a tutela dei diritti di proprietà industriale.

La giurisprudenza di questa Corte ha inoltre ripetutamente affermato che in tema di obblighi di *facere*, è ammissibile l'azione volta ad ottenere la pronuncia di condanna, dovendosi ritenere irrilevante il loro carattere infungibile, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza dell'eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche, che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva



domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un *facere infungibile* assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento. Sez. L, n. 18779 del 05/09/2014, Rv. 632372 - 01; Sez. 1, n. 19454 del 23/09/2011, Rv. 619791 - 01; Sez. 1, n. 15349 del 01/12/2000, Rv. 542325-01; Sez. L, n. 8721 del 17/07/1992, Rv. 478253 - 01).

Con la sentenza n.19454 del 23/9/2011 questa Corte ha osservato, con riferimento al tema dell'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica della prestazione *infungibile di fare* (*nemo praecise ad factum cogi potest*) che ciò non incide sull'interesse del creditore ad ottenere la condanna, in vista di un congruo risarcimento per equivalente, eventualmente assistito da garanzia ipotecaria, suscettibili di levitazione progressiva in caso di persistente inadempimento del debitore; la pronuncia citata ha aggiunto che ogni dubbio sull'ammissibilità, *in subiecta materia*, di una pronuncia di condanna è stato eliminato *ex post* dal legislatore con l'introduzione, nel terzo libro del codice di rito dedicato al processo di esecuzione, dell'art. 614 *bis* cod. proc. civ., (Attuazione degli obblighi di fare *infungibile* o di non fare) con legge 18/6/2009, n. 69, con valore ricognitivo di un principio di diritto già affermato, come visto, in giurisprudenza.

Se è vero poi che la domanda di condanna all'*astreinte* ex art.614 *bis* cod.proc.civ. è stata proposta dal ricorrente solo nel giudizio di secondo grado, e quindi inammissibilmente ex art.345, comma 1, cod.proc.civ., la legge non esclude in modo univoco la proposizione successiva in separato giudizio della richiesta di emanazione della misura di coercizione indiretta, in un'ottica di progressivo rafforzamento della tutela di tali categorie di creditori.

E' pur vero che la norma in questione prevede esplicitamente che la pronuncia di fissazione delle misure indirette di coercizione avvenga con il provvedimento di condanna ma nulla esclude che il creditore possa introdurre in un secondo tempo e in separato giudizio tale richiesta, in esplicazione del principio dispositivo, a

patto di giustificare adeguatamente la separata proposizione delle richieste e la conseguente frammentazione dell'istanza di tutela, evitando una eventuale contestazione di «abuso del processo» e spiegando la propria condotta in una prospettiva di progressiva e bilanciata reazione all'avversario inadempimento.

2. Con il secondo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360 n.3, 4 e 5, cod.proc.civ., Conai denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione agli artt.2948, comma 1, n.4 e 2946 cod.civ., nullità per mancanza di motivazione e omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti.

2.1. Applicando la prescrizione breve, sulla base del fatto che i pagamenti periodici erano previsti ad anno o a termine più breve, la Corte di appello aveva rigettato il motivo di gravame che sosteneva l'applicabilità della prescrizione decennale in forza del fatto che l'obbligo di pagamento discendeva direttamente dalla legge con l'obiettivo di finanziare il sistema della raccolta differenziata.

Invece, secondo il ricorrente, il termine di prescrizione ordinario era quello decennale e la regola derogativa di cui all'art.2948, n.4, cod.civ. non trovava applicazione con riguardo alle prestazioni unitarie suscettibili di esecuzione istantanea, ovvero differita e ripartita, punto questo, inerente la natura dell'obbligazione gravante su Duplast, sul quale la Corte territoriale aveva omesso di ogni accertamento.

2.2. La censura è infondata e la Corte territoriale ha deciso sul punto in piena sintonia con l'orientamento consolidato di questa Corte.

La prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, cod.civ., per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad un anno o in termini più brevi, si riferisce alle obbligazioni periodiche o di durata, caratterizzate dalla pluralità e dalla periodicità delle prestazioni, aventi un titolo unico ma ripetute nel tempo,

caratterizzate dal fatto che la prestazione è suscettibile di adempimento solo con il decorso del tempo decennio ai fini della prescrizione (Sez.1, 16/11/2007, n. 23746).

Secondo la giurisprudenza di questa Corte sono soggetti alla prescrizione breve di cui all'art.2948 n.4 cod.civ. anche la TARSU, la TOSAP ed i contributi di bonifica, ossia tutti i tributi locali che si strutturano come prestazioni periodiche, con connotati di autonomia nell'ambito di una *causa debendi* di tipo continuativo, in quanto l'utente è tenuto al pagamento di essi in relazione al prolungarsi, sul piano temporale, della prestazione erogata dall'ente impositore o del beneficio da esso concesso, senza che sia necessario, per ogni singolo periodo contributivo, un riesame dell'esistenza dei presupposti impositivi. Essi, quindi, vanno considerati come obbligazioni periodiche o di durata e sono sottoposti alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4 cod. civ. (Sez. 5, n. 4283 del 23/02/2010, Rv. 611888 - 01).

Analoghe conclusioni sono state raggiunte con riferimento ai contributi consortili di bonifica, tributi locali strutturati come prestazioni periodiche, con connotati di autonomia, nell'ambito di una *causa debendi* di tipo continuativo, in quanto l'utente è tenuto al pagamento di essi in relazione al prolungarsi, sul piano temporale, della prestazione erogata dall'ente impositore o del beneficio da esso concesso, senza che sia necessario, per ogni singolo periodo contributivo, un riesame dell'esistenza dei presupposti impositivi. Anch'essi, quindi, vanno considerati come obbligazioni periodiche o di durata e sono sottoposti alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4 cod. civ. (Sez. 5, n. 26013 del 10/12/2014, Rv. 634115 - 01)

Lo stesso ricorrente ha chiarito il fondamento dell'obbligazione contributiva, con riferimento allo Statuto Conai, che lo collega all'invio a cadenza periodica da parte del consorzio di una dichiarazione riepilogativa degli importi dovuti, basato su di una *causa debendi* continuativa scaturente dalla ripartizione fra



produttori e utilizzatori del costo per i maggiori oneri della raccolta differenziata riciclaggio e recupero dei rifiuti per imballaggi.

3. Con il terzo motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, 4 e 5, cod.proc.civ., Conai denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione art.2941 n.8, cod.civ., nullità per mancanza di motivazione e omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti.

3.1. Secondo il Conai, il Giudice di appello aveva errato valutando il comportamento di Duplast ed escludendo che esso configurasse occultamento doloso del debito, tale da concretare una vera e propria impossibilità di agire per il creditore, e non una mera difficoltà.

Infatti il comportamento doloso del debitore ben può consistere anche in fatti omissivi e occorre ricordare che la presentazione delle dichiarazioni relative ai quantitativi di imballaggi prodotti era imposta dall'art.4, comma 1, del regolamento Conai, fatto questo sul quale la Corte di appello aveva omesso ogni accertamento.

3.2. Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza di questa Corte, l'operatività della causa di sospensione della prescrizione di cui all'art. 2941, n. 8), cod. civ. ricorre quando sia posta in essere dal debitore una condotta tale da comportare per il creditore una vera e propria impossibilità di agire, e non una mera difficoltà di accertamento del credito.

Di conseguenza tale criterio non impone di far riferimento ad un'impossibilità assoluta di superare l'ostacolo prodotto dal comportamento del debitore, ma richiede di considerare l'effetto dell'occultamento in termini di impedimento non sormontabile con gli ordinari controlli (Sez. L, n. 9113 del 17/04/2007, Rv. 596184 - 01; Sez. L, n. 26355 del 05/12/2005, Rv. 585756 - 01; Sez. L, n. 1222 del 23/01/2004, Rv. 569620 - 01; Sez. L, n. 10592 del 24/10/1998, Rv. 520071 - 01).

In tema di sospensione della prescrizione di un diritto, l'occultamento doloso è requisito diverso e più grave della mera omissione di un'informazione, la quale ha rilievo, ai fini della detta sospensione, soltanto se sussista un obbligo di informare (Sez. 3, n. 2030 del 29/01/2010, Rv. 611453 - 01); la violazione dell'obbligo di informare non è tuttavia sufficiente se non si accompagna a una vera e propria impossibilità di agire per il creditore, non superabile con gli ordinari controlli.

3.3. La Corte di appello ha ritenuto che l'omesso invio da parte di Duplast delle comunicazioni periodiche non fosse da solo sufficiente, da un lato, a concretare una sua intenzione di occultare il debito, e, dall'altro e soprattutto, che tale comportamento non fosse idoneo a paralizzare completamente il creditore, non impossibilitato ma solo ostacolato ad agire.

In effetti, tale valutazione di fatto non appare sindacabile in questa sede di legittimità, specie se si considerano gli elementi prospettati dalla controricorrente a sostegno del suo assunto, condiviso dalla Corte territoriale, circa l'inclusione di Duplast quale consorziata Conai dal 13/8/1998 nella categoria dei produttori di imballaggi (allegata da parte del Consorzio sin all'atto introduttivo), la possibilità di sottoposizione in base al regolamento consortile dei consorziati a verifiche, controlli e ispezioni, l'assoggettamento di Duplast a controlli determinati dall'applicazione da parte sua in fattura del contributo Polieco.

4. Con il quarto motivo di ricorso principale, proposto ex art.360, n.3, 4 e 5 , cod.proc.civ., Conai denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.210 cod.proc.civ. e all'art.94 disp.att. cod.proc.civ., nullità per mancanza di motivazione e omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti.

4.1. Il ricorrente osserva che la richiesta dell'ordine di esibizione delle fatture di vendita, in difetto della prescritta

dichiarazione, costituiva l'unico strumento processuale a disposizione di Conai per acquisire al giudizio la prova certa dell'importo dovuto dal consorziato a titolo di contributo ambientale, poiché in dette fatture il consorziato deve indicare i quantitativi di imballaggio ceduti.

Il Consorzio disponeva di poteri di controllo meramente privatistici non assistiti da poteri coercitivi ex art.2605 cod.civ.

4.2. La Corte di appello ha premesso che l'istituto dell'ordine di esibizione è uno strumento di carattere residuale, esperibile non già per scopi esplorativi, ma solo allorché l'istante abbia indicato specificamente i documenti richiesti, descrivendone il contenuto e dimostrandone l'utilità per la prova del fatto controverso; la Corte capitolina ha quindi concordato con il Tribunale circa le finalità esplorative dell'iniziativa nel caso concreto sostenendo che Conai non avrebbe dedotto elementi sul contenuto dei documenti richiesti per verificarne la rilevanza in giudizio.

4.3. L'orientamento seguito dalla Corte di appello appare eccessivamente restrittivo e non è sorretto da un adeguato fondamento normativo.

In tema di prova e con riguardo all'ordine di esibizione di documenti, nessun ulteriore presupposto la legge impone per farsi luogo all'esibizione, se non quelli della indispensabilità del documento in rapporto alla prova da fornire e della certezza della sua esistenza in possesso della parte alla quale l'ordine di esibizione debba rivolgersi, mentre il requisito della previa indicazione del contenuto del documento da esibire deve sempre essere riferito alle peculiari caratteristiche del rapporto controverso, senza che esso implichi la preventiva e dettagliata descrizione di quanto si suppone debba risultare da detto documento, essendo soddisfatto da qualsiasi indicazione idonea a valutare la rilevanza del documento medesimo rispetto al *thema probandum* (Sez. 1, 27/03/1996, n. 2760).



Secondo la giurisprudenza di questa Corte, in tema di prove documentali e di scritture contabili delle imprese, perché il giudice eserciti legittimamente i suoi poteri istruttori officiosi (tra i quali quello di esibizione previsto dall'art. 2711 cod. civ.) occorre che la parte onerata dalla prova abbia tempestivamente e con sufficiente analiticità allegato i fatti specifici da provare e che, sempre tempestivamente, abbia almeno fondatamente allegato di non avere altro mezzo (o di avere invano esperito altri mezzi) per dimostrarli. (Sez. 3, n. 9522 del 12/06/2012, Rv. 622959 - 01).

Ad esempio, con riferimento ad un giudizio promosso, dall'importatore, onde ottenere il rimborso delle somme da lui corrisposte per diritti erariali e sovrimposte di confine su importazioni di *whisky*, dichiarati incompatibili con le norme comunitarie (art. 29, l. 29/12/1990 n. 428), sono ammissibili e rilevanti le richieste istruttorie formulate dall'amministrazione finanziaria (sulla quale grava l'onere della prova dell'evento impeditivo rappresentato dall'avvenuto trasferimento dell'onere di quei diritti, su terzi) al fine di ottenere l'ispezione delle scritture contabili dell'attore, anche a mezzo di un consulente tecnico d'ufficio, nonché l'esibizione delle stesse siccome interessanti la controversia, quando tali atti istruttori siano indispensabili per accertare l'avvenuto, predetto, trasferimento. Infatti l'ordine di esibizione, di cui all'art. 210 cod.proc.civ., non può ritenersi meramente esplorativo, quando abbia la finalità di accertare, se ed in quale misura, il contribuente abbia riversato su terzi l'onere relativo ai diritti di cui pretende il rimborso. In quest'ambito, il giudice, ricorrendone le condizioni, potrà, indipendentemente da una stessa esplicita richiesta di parte, fondare il suo convincimento, su ogni tipo di prova, e quindi anche su quella per presunzioni ex art. 2729 cod.civ. (Sez.1, 07/03/1997, n. 2086).

4.4. Nella fattispecie i documenti da esibire erano stati individuati con sufficiente precisione descrittiva (fatture di vendite degli imballaggi prodotti dal 1998 ad oggi); la richiesta poteva poi



essere opportunamente circoscritta nel tempo alla luce della ritenuta prescrizione.

4.5. Nella fattispecie sussiste il requisito dell'indispensabilità, poichè non si scorge come altrimenti il Conai potesse attingere le informazioni sul contenuto delle fatture emesse da Duplast e sull'importo dovuto a titolo di contributo ambientale.

A tal fine occorre inoltre tener conto del fatto che il contributo, secondo la disciplina di statuto e regolamento del Consorzio, è determinato in funzione di quantità, peso e tipologia del materiale di imballaggio immesso sul mercato nazionale dai produttori, che, effettuando la prima cessione, hanno l'obbligo di prelevare le somme dall'utilizzatore cessionario indicando il contributo ambientale specificamente in fattura.

Era quindi evidente la pertinenza della richiesta, tenuto conto delle peculiari caratteristiche del rapporto controverso e la sufficienza dell'indicazione del contenuto del documento da esibire utile a dimostrare la rilevanza del documento medesimo rispetto al *thema probandum*.

Il carattere pretesamente esplorativo della richiesta avrebbe dovuto poi essere recisamente escluso, ove solo il Giudice del merito avesse considerato la pur riconosciuta sussistenza dell'inadempita obbligazione periodica di Duplast di dichiarazione a Conai dei quantitativi di imballaggi ceduti, che concretizzava anche un diritto sostanziale – e non solo processuale – all'acquisizione delle richieste informazioni.

Inoltre, come ancora correttamente aggiunge il ricorrente, il Conai, quale consorzio di diritto privato era titolare di poteri di controllo di natura privatistica, non coercibili in via extra giudiziaria, ex art.2605 cod.civ. nei confronti dei consorziati, pure tenuti a consentire i controlli e le ispezioni necessarie per la verifica del rispetto delle obbligazioni assunte.

4.6. La Corte di appello è incorsa quindi in falsa applicazione degli artt.210 cod.proc.civ. e 94 disp.att. cod.proc.civ., escludendo

apoditticamente l'indispensabilità dell'esibizione in una ipotesi in cui il richiedente non aveva modo di provare diversamente i fatti rilevanti ai fini della sua pretesa ed anzi poteva vantare un diritto sostanziale all'esibizione documentale, scaturente dall'inadempimento di obblighi informativi della controparte.

5. Con il primo motivo di ricorso incidentale, proposto ex art.360, n.4, cod.proc.civ., la Duplast denuncia violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.112 cod.proc.civ. e nullità della sentenza e del procedimento per omessa pronuncia su tre motivi di appello incidentale da essa proposti e cioè relativi nell'ordine: a) alla inammissibile statuizione relativamente alla necessaria appartenenza di Duplast al Conai; b) all'errata e ingiusta motivazione circa il riconoscimento del Conai quale unico consorzio obbligatorio;c) all'errata statuizione circa la sussistenza dell'obbligo in capo a Duplast di presentare al Conai dal 1/11/1998 alla data della domanda le dichiarazioni relative al numero di imballaggi ceduti.

Secondo la ricorrente incidentale, Conai dava per assodata la questione dei prodotti in polietilene, che invece non poteva essere condivisa e risultava tuttora in evoluzione (cfr. art.14, comma 8, lett.b - *quinquies* del d.l.91/2014, convertito in legge 116/2014, in modifica del comma 2 del d.lgs.152/2006, e quindi abrogato dal d.l. 12/9/2014 n.133, convertito in legge con modificazioni dalla legge 11/11/2014 n.164).

Duplast aveva lamentato l'ultrapetizione circa la sua iscrizione al Conai dal 1998; aveva inoltre delineato il contrasto concorrenziale fra i due Consorzi Conai e Polieco e aveva ritenuto di aderire al secondo alla luce della specificità degli imballaggi in polietilene utilizzati; aveva valorizzato il comportamento di Conai che aveva autorizzato l'affidamento di Duplast con il mancato esercizio per lungo tempo della pretesa alla presentazione delle dichiarazioni relative agli imballaggi ceduti.

5.2. Conai sostiene che l'appello incidentale tardivo ex art.343 cod.proc.civ. di Duplast decadeva automaticamente in ragione del rigetto dell'impugnazione principale.

L'assunto non può essere condiviso.

Secondo consolidata giurisprudenza, in base al combinato disposto di cui agli artt. 334 e 343 cod.proc.civ., è ammessa l'impugnazione incidentale tardiva (da proporsi con l'atto di costituzione dell'appellato) anche quando sia scaduto il termine per l'impugnazione principale, e persino se la parte abbia prestato acquiescenza alla sentenza, indipendentemente dal fatto che si tratti di un capo autonomo della sentenza stessa e che, quindi, l'interesse ad impugnare fosse preesistente, dato che nessuna distinzione in proposito è contenuta nelle citate disposizioni, dovendosi individuare, quale unica conseguenza sfavorevole dell'impugnazione cosiddetta tardiva, che essa perde efficacia se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile (Sez. 5, 16/11/2018, n. 29593; Sez. 3, 28/09/2018, n. 2345 ; Sez. 2, 22/08/2018, n. 20963 ; Sez. lav., 27/06/2014, n. 14609; Sez. 3, 12/02/2010, n. 3374).

5.3. Il motivo è peraltro infondato.

La Corte di appello non ha affatto omesso di pronunciare al riguardo ma ha ritenuto che le doglianze proposte con l'appello incidentale fossero «logicamente» assorbite.

La ricorrente riproduce l'intero contenuto del gravame incidentale e assume che la Corte di appello, avendo ritenuto assorbito l'appello incidentale, non avesse preso posizione sulle relative doglianze incorrendo in omessa pronuncia.

Ciò non è condivisibile perché la dichiarazione giudiziale di assorbimento, per motivi logici, implica una decisione sulla domanda di appello, sia pure in termini di non necessità di una pronuncia sul punto, resa inutile dal complesso delle altre statuizioni.



La ricorrente incidentale avrebbe dovuto criticare specificamente tale asserzione, deducendo e dimostrando la persistente necessità dell'esame e della pronuncia sulle sue censure, non soddisfatta, come ritenuto dalla Corte di appello, dalle altre statuizioni rese nella sentenza impugnata.

6. Devono pertanto essere accolti il primo e il quarto motivo di ricorso principale, con la conseguente cassazione della sentenza impugnata e rinvio alla Corte di appello di Roma in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Deve invece venir respinto il ricorso incidentale di Duplast.

Restano assorbite le questioni in ordine ai rapporti tra Duplast e il Consorzio Polieco e alla relativa domanda di manleva, che potrebbero divenir attuali solo all'esito delle attività istruttorie conseguenti all'accoglimento del quarto motivo di ricorso principale, ove queste dovessero comportare una condanna nel merito di Duplast in favore di Conai.

P.Q.M.

La Corte

accoglie il primo e il quarto motivo di ricorso principale, respinti il secondo e il terzo, nonché il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

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

