

Civile Ord. Sez. 6 Num. 22407 Anno 2020

Presidente: GRECO ANTONIO

Relatore: RUSSO RITA

Data pubblicazione: 15/10/2020

ORDINANZA

sul ricorso 1428-2019 proposto da:

CIMADAMORE EMERSON in proprio e nella qualità di legale rappresentante pro tempore della G.I.D.I.C.I. DI CIMADAMORE TULLIO & C. SAS IN LIQUIDAZIONE, DIOMEDI ADAMO, elettivamente domiciliati in ROMA, PIAZZA CAVOUR, presso la CORTE DI CASSAZIONE, rappresentati e difesi dall'avvocato PIERLUIGI SPADAVECCHIA;

- ricorrenti -

contro

AGENZIA DELLE ENTRATE 06363391001, in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

4254
20

RR

avverso la sentenza n. 297/4/2018 della COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE delle MARCHE, depositata il 30/05/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 09/09/2020 dal Consigliere Relatore Dott. RITA RUSSO.

RILEVATO CHE

1.- Con separati ricorsi, la società in epigrafe e i soci hanno impugnato alcuni avvisi di accertamento ILOR a carico della società, per gli anni d'imposta 1995, 1996, 1997 e 1998, e corrispondenti avvisi di accertamento IRPEF a carico dei soci. Respinti i ricorsi, i contribuenti hanno proposto ricorso per cassazione e la Suprema Corte con ordinanze nn.106/2010, 7221/2010 e 7222/2010 ha rimesso gli atti al primo giudice, CTP di Ascoli Piceno, per difetto di contraddittorio, riscontrando la violazione del litisconsorzio necessario in primo grado e rilevando di conseguenza la nullità assoluta dell'intero giudizio. Parte ricorrente ha quindi depositato ricorso in riassunzione innanzi alla CTP di Ascoli Piceno, giudizio iscritto al n. 414 dell'anno 2011 cui è stato riunito il giudizio n.700/2011 introdotto da Diomedes Adamo e Cimadore Emerson. Il giudice di primo grado si è pronunciato con sentenza di accoglimento, depositata il 22 ottobre 2013. L'Agenzia delle entrate ha proposto appello innanzi alla CTR delle Marche, con ricorso notificato il 9 dicembre 2014 e cioè un anno, un mese e 47 giorni (ricorrendo una festività nel giorno di scadenza) dopo la pubblicazione; nel giudizio di secondo grado la società non si è costituita e la CTR con sentenza del 30 maggio 2018 ha accolto l'appello dell'Agenzia, dichiarando

l'estinzione del giudizio con riferimento ad alcuni degli originari avvisi di accertamento.

2.- . Avverso la predetta sentenza propongono ricorso per cassazione la società e i soci affidandosi a due motivi. Resiste con controricorso l'Agenzia, proponendo ricorso incidentale. Assegnato il procedimento alla sezione sesta, su proposta del relatore è stata fissata l'adunanza camerale ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c. notificando la proposta e il decreto alle parti. L'Agenzia delle entrate ha depositato memoria.

RITENUTO CHE

3.- Con il primo motivo del ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'articolo 327 c.p.c. così come modificato dalla legge 69/2009 e in riferimento all'articolo 383 c.p.c. Parte ricorrente deduce che, trattandosi di un rinvio restitutorio conseguente alla dichiarazione di nullità del procedimento, il giudizio conseguente alla riassunzione segue la regola *tempus regit actum* e pertanto si applica l'articolo 327 c.p.c. così come modificato dalla legge 69/2009. Di conseguenza, l'Agenzia avrebbe dovuto proporre appello nel termine di sei mesi e non, come invece ha fatto, di un anno (oltre il periodo feriale); la CTR, anche in difetto di costituzione dei contribuenti, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'appello. Con il secondo motivo del ricorso si lamenta la violazione dell'articolo 363 n. 5 c.p.c. per assenza di motivazione, e violazione dell'articolo 132 c.p.c. comma 1 n. 4. Parte ricorrente deduce che il giudice d'appello non ha effettuato alcuna verifica riguardo un fatto decisivo e cioè se la riassunzione fosse stata o meno estesa a tutti i giudizi e a tutti gli avvisi di accertamento impugnati.

Con il ricorso incidentale, l'Agenzia delle entrate denuncia: a) la violazione dell'art. 63 comma 3 del D.lgs. 546/1992 in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. avendo essa lamentato nel giudizio di appello l'inammissibilità della riassunzione per omesso deposito della copia autentica della sentenza della Corte di cassazione, motivo già respinto in punto di fatto dal primo giudice e dichiarato inammissibile dalla CTR per difetto di specificità; b) la violazione dell'art. 14 del D.lgs. 546/1992 in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. in quanto secondo l'Agenzia il ricorso in riassunzione non è stato notificato a tutti i contraddittori necessari; c) violazione e falsa applicazione dell'art. 53 e 57 del D.lgs. 546/1992 in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c., in quanto è stato dichiarato inammissibile il sesto motivo di appello relativo alla correttezza dell'operato dell'amministrazione. Rileva inoltre che se fosse corretta la tesi della parte ricorrente circa il termine per proporre appello, anche la stessa riassunzione sarebbe tardiva, poiché fatta nel termine di un anno.

4.- Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

Il presente giudizio muove dalla cassazione con rinvio operata da questa Corte di legittimità con le ordinanze sopra citate, per mancata integrazione del contraddittorio, rilevando la nullità assoluta dei (separati) giudizi di primo grado in cui non è stata rispettata la regola del litisconsorzio necessario tra soci e società in accomandita semplice (Cass. civ. sez. un., n.10145/2012).

La violazione della norma sul litisconsorzio necessario comporta la nullità dell'intero procedimento, cosicché in sede di legittimità si impone l'annullamento, anche ex officio, delle sentenze emesse in primo e in secondo grado ed il conseguente rinvio della causa al

giudice di prime cure a norma dell'art. 383 c.p.c. comma III (Cass. s.u. 1052/2007; Cass.16910/2011).

Si tratta quindi di rinvio improprio o restitutorio, ipotesi diversa da quella di cui al comma I dell'art. 383 c.p.c. comunemente denominata rinvio prosecutorio o proprio, differenza sulla quale la giurisprudenza di questa Corte si è pronunciata, sottolineandone anche le differenti conseguenze quanto alla applicazione dello *ius superveniens* (Cass. sez. un 5087/2008; Cass. sez. un 11844/2016).

Il rinvio prosecutorio o proprio, infatti, consiste in un completamento del giudizio di cassazione ai fini della decisione sul merito della domanda, in applicazione del principio di diritto enunciato dalla Corte. Tale fase, pur dotata di autonomia, non dà vita ad un nuovo ed ulteriore procedimento, ma rappresenta una fase ulteriore di quello originario da ritenersi unico ed unitario; il giudizio di rinvio (proprio) consegue alla cassazione della sentenza d'appello, con il che non rivive la sentenza di primo grado, e quindi è necessaria l'emanazione di una ulteriore sentenza (Cass. 11844/2016 cit.). Per questa ragione il giudizio di rinvio prosecutorio è insensibile alle modifiche processuali *medio tempore* intervenute (salvo l'eventuale specifico regime transitorio), atteso che, nonostante la sentenza di primo grado abbia perso efficacia, il giudizio di rinvio non è la rinnovazione del primo grado di giudizio, e il procedimento è già stato introdotto secondo le regole processuali in quel momento vigenti.

Nel caso del rinvio restitutorio, invece, e segnatamente nel caso in esame, non è cassata solo la sentenza d'appello, ma è dichiarata la nullità dell'intero procedimento e di conseguenza il nuovo giudice si trova ad istruire un giudizio nuovo, data l'assenza di un precedente

giudizio. In altre parole, è necessario ricominciare il processo a partire dal momento in cui si è verificata la nullità che non è stata rilevata dal giudice d'appello, tanto che il giudice di primo grado non deriva i suoi poteri da una designazione discrezionale della Corte di cassazione, bensì dalle norme ordinarie sulla competenza, con la conseguenza che, retrocesso il processo in primo grado, e diversamente da quanto accade nell'ipotesi di rinvio prosecutorio o proprio, il giudizio intercetta le modifiche processuali sopravvenute (Cass. 9991/2017).

Né può concludersi diversamente ove si ponga mente ai principi fondamentali che regolano il processo civile. Il principio *tempus regit actum* deve intendersi nel senso che, pur se comporta l'immediata applicazione della legge processuale sopravvenuta agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, non incide sugli atti anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati dalla norma sotto il cui imperio sono stati posti in essere (Cass. n. 6099/2000). Al predetto principio, infatti, si giustappone il principio *tempus regit processum*, che vuole il mantenimento delle regole processuali vigenti al momento della proposizione della domanda, per la ragione che cambiare le regole del processo quando esso è in corso potrebbe configurare una violazione del principio del giusto processo sancito dall'art. 111 Cost. Tuttavia, l'applicazione del principio *tempus regit processum* presuppone l'esistenza di atti processuali validi, compiuti nel previgente regime processuale: di contro se, come nel caso di specie, questa Corte dichiara l'intero giudizio di merito nullo per un vizio originario insanabile, quale la mancata integrazione del contraddittorio, venendo a mancare l'atto originario cade anche il collegamento con il precedente regime processuale e il nuovo processo

che si instaura a seguito di rinvio restitutorio ex art. 383 comma III c.p.c. è sottoposto alle regole vigenti al momento in cui, con la riassunzione, si rinnova l'atto introduttivo nullo.

Pertanto, il termine lungo per impugnare la sentenza di primo grado, emessa a seguito del nuovo giudizio che è stato (come pacifico) introdotto nell'anno 2011, è, ai sensi dell'art. 38 comma III del D.lgs. 546/1992, quello del rinnovato art. 327 c.p.c. a seguito delle modifiche apportate dalla legge 69/2009 e cioè il termine di sei mesi. Il giudice d'appello, anche in assenza di costituzione della controparte avrebbe dovuto rilevare d'ufficio la inammissibilità dell'appello per intempestività atteso che la questione della tardività dell'appello, principale o incidentale, non costituisce materia disponibile dalle parti, ma è suscettibile di essere rilevata d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado, anche in considerazione degli effetti preclusivi che conseguono *ex lege* dal riscontro di una causa di inammissibilità della impugnazione (Cass. n.6829/2015).

Ritenuta la inammissibilità dell'appello, il secondo motivo del ricorso principale è assorbito.

5.- Sono assorbiti anche i motivi di ricorso incidentale, pur dovendosi spendere qualche parola sulle questioni rilevabili d'ufficio, ovvero dedotte come tali dall'Agenzia.

La controricorrente deduce che, ove in ipotesi fosse corretta la tesi della parte ricorrente, sarebbe tardiva anche la riassunzione e che il giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare il ricorso inammissibile. Tuttavia deve rilevarsi che nel processo tributario si applica non già l'art. 392 c.p.c. ma l'art. 63 del D.lgs. 546/1992, e che il termine per la riassunzione è stato ridotto da un anno a sei mesi, ma

RR

solo a far data dal 1 gennaio 2016 (D.lgs. 156/2015) e quindi successivamente all'atto di riassunzione di cui si discute. Per i termini dell'appello invece, l'art. 38 comma III del D.lgs. 546/1992 richiama espressamente la disciplina dell'art. 327 c.p.c.

Quanto alla questione della integrità del contraddittorio, l'Agenzia deduce quale motivo di ricorso incidentale che il ricorso in riassunzione avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile perché non notificato a tutti i litisconsorti, e ciò nonostante sia stata prodotta nel giudizio di primo grado una visura storica della società. L'Agenzia tuttavia non trascrive detto documento sicché non è dato sapere chi nella visura è indicato come socio, né per quali periodi, né trascrive altri documenti dai quali si possa desumere che il contraddittorio non è integro, il che non è evidente dal ricorso, proposto in nome sia della società che da due soci (di cui uno erede dell'originario accomandatario indicato nella ragione sociale). L'Agenzia deduce che al presente giudizio avrebbero dovuto partecipare anche Gironelli Rosolino (che invece la CTP afferma essere un ex socio da tempo escluso) e Fortuna Fabrizio, ma senza nulla documentare al riguardo, anche in relazione ai tempi della (eventuale) partecipazione alla società.

Sotto questo profilo quindi il motivo difetta di autosufficienza, e l'Agenzia non assolve compiutamente all'onere di indicare quali siano i litisconsorti pretermessi e di dimostrare i motivi per i quali è necessaria l'integrazione (Cass. 25810/2013); il che invero non impedirebbe il rilievo officioso, ma è pur sempre necessario che a tal fine gli elementi di valutazione emergano *ex actis*, posto che in questo caso non sono di per sé evidenti.

Ne consegue, in accoglimento del primo motivo di ricorso principale, assorbito il secondo, e assorbiti anche i motivi di ricorso incidentale, la cassazione della sentenza impugnata, senza necessità di rinvio, poiché giudici di secondo grado avrebbero dovuto dichiarare inammissibile il gravame, ai sensi dell'art. 327 c.p.c. e 38 comma III del D.lgs. 546/1992 (cfr. Cass. 10322/2019; Cass. 20794/2016).

Dichiarato inammissibile il gravame, acquista autorità di cosa giudicata la sentenza di primo grado.

Poiché la questione, pur non essendo nuova, presenta profili applicativi peculiari, le spese del giudizio di legittimità possono essere compensate.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, dichiara inammissibile l'appello proposto dalla Agenzia delle entrate avverso la sentenza della CTP di Ascoli Piceno n. 254/2013. Compensa le spese.

AG