



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

RASSEGNA DELLA
GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI CIVILI

(2011)

Roma – gennaio 2012

INDICE

PREFAZIONE

NOMOFILACHIA E TUTELA DEI DIRITTI: IL COMPITO DI UNA RASSEGNA (di Ulpiano Morcavallo).....	p. I - VI
---	-----------

PARTE PRIMA

IL GIUSTO PROCESSO

(coordinamento di Antonietta Scrima)

QUESTIONI IN TEMA DI GIURISDIZIONE

(a cura di Antonietta Scrima)

1. Rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale	p. 2
2. Le Sezioni Unite e il giudizio di ottemperanza	
2.1. Premessa.....	p. 4
2.2. Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza.....	p. 5
2.3. L'ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di procedura concorsuale non più ripetibile.....	p. 10
2.4. Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in sede di ottemperanza di sentenza emessa dal giudice ordinario.....	p. 17

ABUSO PROCESSUALE E PRINCIPI REGOLATORI DEL GIUSTO PROCESSO

(a cura di Paolo Porreca)

1. Abuso del processo, lealtà processuale e disciplina delle spese	
1.1. Premessa.....	p. 20
1.2. Distorsione dello strumento procedimentale, rifusione delle spese e costi del processo.....	p. 21
1.3. Lealtà processuale, responsabilità per le spese e soccombenza.....	p. 23
2. Vizi <i>in procedendo</i> e principi regolatori del giusto processo	
2.1. Nullità funzionali e abuso delle norme processuali.....	p. 25
2.2. Significato relazionale delle norme procedimentali e principi regolatori del giusto processo.....	p. 27

L' <i>OVERRULING</i> NEL PROCESSO CIVILE.....	p. 31
(a cura di Enzo Vincenti)	

VERSO IL GIUSTO PROCESSO MINORILE.....	p. 39
(a cura di Francesca Ceroni)	

PARTE SECONDA

I DIRITTI FONDAMENTALI E LA RESPONSABILITA'

(coordinamento di Maria Acierno)

LA SELEZIONE E LA VOCAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI... p. 47
(a cura di Francesco Cirillo)

L'ARCHITRAVE DEI DIRITTI FONDAMENTALI: LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA p. 55
(a cura di Maria Acierno)

LA TUTELA COSTITUZIONALE DEI CITTADINI STRANIERI

(a cura di Maria Acierno)

1. Il diritto all'unità familiare..... p. 59
2. La protezione internazionale..... p. 62

I DIRITTI FONDAMENTALI NELLE RELAZIONI FAMILIARI..... p. 65
(a cura di Antonio Corbo)

LA LESIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E IL RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE

(a cura di Marco Rossetti)

1. I criteri di liquidazione del danno non patrimoniale..... p. 75
2. Il contenuto del danno non patrimoniale..... p. 77
3. La personalizzazione del danno..... p. 78
4. La legittimazione a richiedere il risarcimento del danno..... p. 79

RESPONSABILITA' CIVILE E RISARCIMENTO DEL DANNO

(a cura di Marco Rossetti)

1. Un cantiere aperto..... p. 80
2. La responsabilità per il fatto dell'incapace..... p. 81
3. La responsabilità dell'insegnante..... p. 83
4. La responsabilità per il fatto dei servitori e dei commessi..... p. 83
5. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose p. 84
6. La responsabilità da cose in custodia
6.1. I presupposti applicativi dell'art. 2051 cod. civ..... p. 85
6.2. La prova liberatoria gravante sul custode..... p. 87
7. Circolazione stradale..... p. 90
8. Tutela della salute e responsabilità sanitaria..... p. 91

PARTE TERZA

IL GIUDICE CIVILE E L'ECONOMIA (coordinamento di Massimo Ferro)

I CONTRATTI DELL'IMPRESA (a cura di Marco Rossetti)

1. L'appalto.....	p. 97
2. Il deposito.....	p. 102
3. Il trasporto e la spedizione.....	p. 103
4. L'assicurazione.....	p. 105

SOGGETTIVITÀ E CONFLITTI NELLA PROSPETTIVA DI UN INTERESSE DEL CONDOMINIO (a cura di Antonio Scarpa)

1. Le deliberazioni dell'assemblea di condominio ed il conflitto di interessi.....	p. 110
2. Verso una soggettività del condominio negli edifici.....	p. 110
3. Il processo di entificazione del condominio nella giurisprudenza.....	p. 112
4. L'applicazione analogica dell'art. 2373 cod. civ. e l'interesse istituzionale del condominio.....	p. 112

IL FUNZIONAMENTO DEL MERCATO (a cura di Loredana Nazzicone)

1. L'impresa.....	p. 116
2. La concorrenza.....	p. 117
3. Il consumatore.....	p. 118
4. La borsa.....	p. 120

IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUL MERITO DELLA COMPOSIZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA: NUOVE LINEE DELLA GIURISPRUDENZA DEI CONCORDATI (a cura di Massimo Ferro)

1. I limiti del controllo giudiziale sul progetto di concordato.....	p. 124
2. Le criticità degli schemi negoziali nelle controversie definite nel 2011..	p. 126
3. L'abuso del diritto nel concordato fallimentare.....	p. 131
4. L'abuso del diritto nel concordato preventivo.....	p. 134
5. Gli orientamenti in tema di transazione fiscale.....	p. 136

LE SOCIETÀ (a cura di Loredana Nazzicone)

1. Lo schermo della soggettività giuridica.....	p. 138
2. Il percorso della Corte verso il nuovo diritto societario.....	p. 141

STATO E MERCATO

(a cura di Antonio Pietro Lamorgese)

1. Il rapporto fra Stato e mercato nell'ordinamento.....	p. 149
2. L'organismo di diritto pubblico.....	p. 149
3. Le società a partecipazione pubblica.....	p. 155

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA MATERIA TRIBUTARIA

(a cura di Antonio Scarpa e Luigi Cuomo)

1. Il fondamento normativo dell'abuso del diritto.....	p. 158
2. L'applicazione nel diritto tributario.....	p. 159
3. I principi della libertà d'impresa ed il risparmio d'imposta.....	p. 161
4. Il risparmio fiscale e le agevolazioni tributarie.....	p. 163
5. La riduzione del carico fiscale e la scelta degli schemi negoziali.....	p. 164

LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE TRIBUTARIO

(a cura di Raffaele Cantone)

1. Premessa.....	p. 166
2. Gli interventi del Legislatore e della Corte costituzionale.....	p. 167
3. La posizione della Cassazione e le decisioni in materia di giurisdizione intervenute nel 2011.....	p. 169

PARTE QUARTA

IL LAVORO E I DIRITTI SOCIALI

(coordinamento di Giuseppe Fuochi Tinarelli)

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO E PRIVATO

(a cura di Francesco Buffa)

1. La subordinazione.....	p. 175
2. La retribuzione.....	p. 176
3. L'inquadramento del lavoratore.....	p. 178
4. Il lavoro a tempo parziale.....	p. 180
5. Condizioni di lavoro e responsabilità datoriale.....	p. 181
6. Il trasferimento d'azienda.....	p. 182
7. La vicenda del personale A.T.A.....	p. 183
8. Appalto, intermediazione di mano d'opera, somministrazione di lavoro	p. 185

GLI INTERVENTI IN MATERIA DI PREVIDENZA

(a cura di Fulvio Baldi)

1. Le attività autonome e l'obbligo della c.d. doppia contribuzione.....	p.	188
2. Sgravi contributivi ed oneri contributivi.....	p.	189
3. I trattamenti pensionistici.....	p.	192

I DIRITTI SINDACALI

(a cura di Fulvio Baldi)

1. Diritti sindacali e contrattazione collettiva.....	p.	194
2. Le condotte antisindacali e l'esercizio del diritto di sciopero.....	p.	195
3. Le questioni di ordine processuale: l'art. 420 <i>bis</i> cod. proc. civ.....	p.	198

IL RECESSO NEL RAPPORTO DI LAVORO: LICENZIAMENTO COLLETTIVO E LICENZIAMENTI INDIVIDUALI

(a cura di Giuseppe Fuochi Tinarelli)

1. Premessa	p.	199
2. Il licenziamento collettivo.....	p.	199
3. I licenziamenti individuali.....	p.	202

I PRINCIPI CONSOLIDATI. I CONTRATTI A TERMINE.....	p.	207
--	----	-----

(a cura di Giuseppe Fuochi Tinarelli)

LA GIURISPRUDENZA DELLE SEZIONI CIVILI

ANNO 2011

A CURA DI:

Maria Acierno, Fulvio Baldi, Francesco Buffa, Raffaele Cantone, Francesca Ceroni, Francesco Cirillo, Antonio Corbo, Luigi Cuomo, Massimo Ferro, Giuseppe Fuochi Tinarelli, Antonio Pietro Lamorgese, Loredana Nazzicone, Paolo Porreca, Marco Rossetti, Antonio Scarpa, Antonietta Scrima, Enzo Vincenti

DIREZIONE: *Ulpiano Morcavallo*

COORDINAMENTO: *Antonietta Scrima*

COORDINATORI DELLE SINGOLE AREE: *Maria Acierno, Massimo Ferro, Giuseppe Fuochi Tinarelli, Antonietta Scrima*

ORGANIZZAZIONE STAMPA: *segreteria dell'Ufficio del Massimario
direttore amministrativo Renato Delfini*

PREFAZIONE

NOMOFILACHIA E TUTELA DEI DIRITTI: IL COMPITO DI UNA RASSEGNA

Sono trascorsi ormai sette anni da quando, nel novembre 2004, la redazione di una Rassegna della giurisprudenza delle sezioni civili della Corte di cassazione fu prevista come un compito istituzionale dell'Ufficio del Massimario. Si trattò di una scelta molto rilevante, frutto di un intento fortemente innovatore che discendeva da precise consapevolezze riguardo alla nuova, determinante, funzione del Massimario in relazione alla prospettiva nomofilattica. La finalità immediata era essenzialmente “sistematica”, nell’accezione propria che occorre riservare ad ogni forma di “riduzione della realtà a principio”, siccome nel magma informe delle decisioni – sproorzionato, sin da allora, per un giudizio di legittimità – occorreva individuare il diritto applicato e fissarlo nell’ambito dei precedenti, sì da consentire la formazione di un effettivo “sistema”.

L’idea di partenza si è rivelata straordinariamente attuale, “al passo coi tempi”, come direbbe Stefano Evangelista - al quale, in primo luogo, va ascritto il merito della originaria intuizione -, dato che l’esigenza della *reductio ad unitatem* è stata sempre presente, da allora in poi, nella concezione della Rassegna.

Via via, l’opera è stata facilitata dalla avvenuta razionalizzazione dell’archivio delle massime, attuata mediante la redazione di un apposito Protocollo che ha definito obiettivi e modalità della massimazione, e dalla creazione di un canale di ricerca informatica riservato ai principi giurisprudenziali consolidati (*certainlex*).

Nondimeno, ponendosi in rapporto di complementarità con tale archivio, la Rassegna non si può configurare come una mera riproduzione di questo, realizzata secondo un certo ordine sistematico, né, d'altra parte, si pone come una sorta di florilegio di decisioni, simile a quella "ostentazione di audacia della *ratio*" che Musil imputava alla metamatemática. Essa intende rappresentare, invece, una vicenda intellettuale più complessa, un' "arte di levare", donde scaturisce l'opera di sistemazione dei precedenti e, nel contempo, di riflessione sulla produzione giurisprudenziale.

Con queste finalità, le diverse edizioni della Rassegna, che si sono regolarmente succedute in questi anni, hanno sempre rivelato la ricerca di tendenze giurisprudenziali unificanti, la individuazione di temi di volta in volta caratterizzanti: "la Corte del giusto processo", "la Corte del precedente".

Eppure, dall'opera di riflessione è emerso che queste diverse caratteristiche concorrono a delineare l'unica complessa funzione che la Corte di cassazione è venuta man mano assumendo, ma nessuna di esse, di per sé, è idonea a caratterizzare il *nuovo* giudizio di legittimità.

Nell'attività di interpretazione - della norma sostanziale e delle regole processuali - si identifica la funzione istituzionale del giudizio di cassazione, ma occorre individuarne i contenuti e le finalità in un determinato momento storico.

Il bisogno di una funzione di esegesi trae origine dalla coesistenza di due diverse esigenze. La necessità di una stabilità delle decisioni, sottesa alla prospettiva nomofilattica formalizzata dal Legislatore, riguarda la "certezza del diritto", alla quale concorre l'interpretazione di una "Corte regolatrice": questa certezza, nel contribuire alla attuazione del giusto processo, ha una

funzione processuale, dunque strumentale alla realizzazione della tutela sostanziale, essendo finalizzata, in particolare, alla coerente applicazione delle norme e quindi alla effettività dell'ordinamento (c.d. diritto applicato), ma è priva di contenuti sostanziali ed è dunque "neutra" rispetto alla tutela dei diritti. Nel contempo, il momento della interpretazione-applicazione richiede un'opera adeguatrice, in relazione alla variabilità delle situazioni che la norma scritta è destinata a disciplinare. Perciò, essendosi sempre più precisato che la certezza del diritto non significa immutabilità, la nomofilachia alla quale tende il giudice di legittimità viene intesa non come assoluta, ma come relativa e aperta al cambiamento (ché, peraltro, il dubbio dell'interprete è altrettanto importante quanto le sue certezze). In tal modo la "cultura del precedente" si pone in una linea di evidente continuità con una concezione dialettica della nomofilachia, che, nella autorevole opinione di alcuni magistrati della Corte, era effettivamente voluta sin dagli anni ottanta e configurava l'efficacia del precedente, non tanto come *auctoritas*, quanto come il risultato di una sintesi diretta a garantire alla collettività una stabilità "relativa" delle decisioni.

Di questa sua più ampia funzione ermeneutica la Cassazione ha dimostrato di avere consapevolezza, anche nella giurisprudenza, definendo esplicitamente la propria opera interpretativa come diretta "a determinare la formazione di un diritto vivente in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall'originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal Legislatore".

La valorizzazione, in tal senso, della attività della Cassazione riesce a smentire in modo definitivo l'assunto secondo cui l'interpretazione esatta

della legge è oggettivamente conoscibile, e si riconnette ad una teoria dell'interpretazione come opera non meramente conoscitiva, ma di intermediazione fra l'astrattezza del testo di legge e l'attualità della sua applicazione. E nondimeno, pure in questa prospettiva di una nomofilachia solo relativa, l'interprete continua ad avere come unico riferimento la fonte legale, se pure "vivificata" mediante la giurisprudenza.

Proprio la "sistemazione" operata nella Rassegna del Massimario mostra che a questa esigenza si sono gradualmente associate esigenze diverse, e più profonde, connesse alla crisi della *legislatio*, sì che la stessa espressione "diritto vivente" è andata arricchendosi di significati ulteriori rispetto alla originaria accezione in base alla quale quel "diritto" si identifica comunque con la legge e acquista la sua "validità" per mezzo della applicazione e della interpretazione fornita dalla *jurisdictio*.

La ricerca di soluzioni adeguate ha così facilitato l'apertura culturale del giudice di legittimità verso orizzonti più vasti di quelli offerti dalla c.d. giuridicità formale, ma l'arricchimento della funzione esegetica ha riguardato via via tutta la materia della cittadinanza sociale, dei diritti del lavoro, dei rapporti dell'individuo con lo Stato e dei diritti della persona, soprattutto in coincidenza con l'intensificarsi dell'esperienza europea e con il fenomeno delle migrazioni di massa e la conseguente necessità di definire tutele giuridiche per i "non cittadini". Infine, la carenza dello *jus positum*, obbligando la giurisprudenza a fornire strumenti per la realizzazione dei diritti, ha finito per liberare il giudice-interprete dalla staticità della fonte legale, e per avvicinarlo ai principi derivanti dalle convenzioni internazionali, alla cui valorizzazione, in generale, i giudici italiani avevano offerto non poche

resistenze, oppure avevano dato risposte contraddittorie, o limitate alla tutela della proprietà e dell'impresa.

E' proprio nella materia dei diritti sociali e in quella dei diritti della persona che si registra un riconoscimento continuativo, e via via consolidato, di principi non direttamente rinvenibili nella norma, ma applicabili per la definizione della controversia; e l'opera adeguatrice, e non solo regolatrice, della Corte ha riguardato la stessa introduzione della giurisdizione nella delicata materia dei diritti dei minori, là dove l'applicazione delle regole del giusto processo mira a determinare imprescindibili meccanismi di garanzia, come viene specificamente rilevato in alcune pronunce: per la rilevanza dei diritti in gioco, l'intervento esegetico del giudice di cassazione, chiamato di volta in volta a individuare in quei principi la regola applicabile al caso concreto, ha determinato la formazione di un "sistema di principi", che vale talora come strumento di interpretazione della legge, ma altre volte fornisce di per sé la soluzione nella concreta fattispecie.

In tal modo, potrebbe dirsi, il "diritto applicato" diviene "diritto vivente", e questo, a sua volta, nel consolidarsi, si libera della fragilità della vuota formula, riferibile, di per sé, a qualunque tipo di ordinamento, e sinanche al c.d. "stato di eccezione" (*basileus nomos empsychos*): e dunque la concorrenza degli "ordinamenti", l'efficacia generalizzata dell'autonomia collettiva, la insufficienza delle normative interne e il riconoscimento di una costituzione materiale sovranazionale portano, necessariamente, a configurare quella funzione non come limitata all'interpretazione della legge e all'affermazione di questa interpretazione come quella "valida" *rebus sic stantibus* (una configurazione così ristretta, se pure è valsa a fondare – mediante la efficacia

“formale” dell’interpretazione - un oggettivo avvicinamento alla elaborazione giurisprudenziale propria del sistema di *common law*, è tuttavia incorsa nella medesima inadeguatezza che si è rivelata, storicamente, per il realismo giuridico: idoneo, sì, a superare il puro formalismo normativo e a garantire la “effettività delle decisioni”, ma spesso incapace di realizzare la “effettività sociale dei diritti”).

Insomma, pur senza ricercare un’“idea” di giustizia, la Corte si pone come una giurisdizione complessa, che utilizza leggi, autonomia collettiva, costituzione nazionale e patti internazionali per la costruzione di un unico e composito “sistema di princìpi”, volto alla tutela dei diritti.

Nelle varie relazioni del Massimario che hanno comportato l’approfondimento di tematiche nuove, ovvero lo studio di sopravvenute normative, è emersa questa esigenza di polifunzionalità del giudizio di legittimità, della quale, ancora una volta, l’annuale Rassegna di giurisprudenza vuole dar conto.

Nel licenziare la Rassegna i magistrati dell’Ufficio del Massimario rivolgono un caloroso augurio e un affettuoso ringraziamento al loro Direttore Mario Morelli, eletto Giudice costituzionale durante la preparazione dell’opera; una particolare gratitudine vuole esprimere l’autore di queste righe introduttive, che, collaborando con la Sua direzione, ne ha tratto un’intensa e significativa esperienza, culturale ed umana.

Ulpiano Morcavallo

PARTE PRIMA

IL GIUSTO PROCESSO
(coordinamento di Antonietta Scrima)

QUESTIONI IN TEMA DI GIURISDIZIONE

(a cura di Antonietta Scrima)

SOMMARIO: 1. Rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale. 2. Le Sezioni Unite e il giudizio di ottemperanza. 2.1. Premessa. 2.2. Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza. 2.3. L'ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l'annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di procedura concorsuale non più ripetibile. 2.4. Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in sede di ottemperanza di sentenza emessa dal giudice ordinario.

1. Rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale.

In tema di giurisdizione si registrano nell'ultimo anno numerosi significativi interventi delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Tra questi di particolare rilevanza è senza dubbio la sentenza del 9 novembre 2011, n. 23306 (rv. 619338 - 619339) che, ponendosi nel solco già tracciato dalla sentenza del 22 febbraio 2007, n. 4109 (rv. 595427 - 595428), in tema di *translatio iudicii*, ha affermato che il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è da considerare proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base agli artt. 111, ultimo comma, Cost., 362, primo comma, cod. proc. civ. e 110 del codice del processo amministrativo, ed è, come tale, ammissibile qualora il motivo di ricorso si fondi sull'allegazione che la decisione sulla giurisdizione, tuttavia adottata dal giudice amministrativo, era preclusa per essersi in precedenza formato il giudicato sulla questione.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità negli anni precedenti non era del tutto univoca, come le medesime Sezioni Unite hanno precisato. Ed invero, successivamente al ricordato arresto del 2007, si registrano pronunce - negli anni 2008 e 2009 - che hanno seguito un diverso orientamento [Cass., sez. un., ord., 5 maggio 2008, n. 10971 (rv. 603015), Cass., sez. un., 21 novembre 2008, n. 27618 (rv. 605572); Cass., sez. un., ord. 16 febbraio 2009, n. 3688 (rv. 606892) e Cass., sez. un., ord., 6 marzo 2009, n. 5468 (rv. 607059)]. È stato infatti affermato che la censura che, nel dedurre il difetto di giurisdizione, attenga, invece, all'erronea valutazione, da parte del Consiglio di Stato, in ordine alla formazione di un giudicato interno, per omessa impugnazione di una questione decisa dal TAR, riguardando la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, rimane estranea al controllo dei limiti esterni della giurisdizione cui, insieme ai vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale, è limitato il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, con esclusione di ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, cui attengono gli "*errores in iudicando*".

In particolare, nella motivazione dell'ordinanza da ultimo citata, si legge che "*deve considerarsi in generale che la violazione del giudicato interno sulla giurisdizione non ridonda in violazione*

delle regole sulla giurisdizione e quindi non è in ragione di questo vizio che la pronuncia del Giudice amministrativo possa essere censurata ex art. 362 c.p.c., comma 1, che ne consente l'impugnativa con ricorso per cassazione solo per "motivi attinenti alla giurisdizione"; ne' tanto meno la violazione del giudicato interno sulla giurisdizione può essere rilevata d'ufficio".

In seguito le Sezioni Unite, tornando ad affrontare l'argomento, si sono reinserite nel percorso già tracciato dalla citata pronuncia n. 4109 del 2007, evidentemente anche a seguito dell'affermarsi dell'orientamento sul giudicato implicito sulla giurisdizione di cui alla nota sentenza delle medesime sezioni 9 ottobre 2008, n. 24883 (rv. 604576) e dell'arresto di cui all'ordinanza, pure emessa dalle Sezioni Unite, del 16 ottobre 2008, n. 25246 (rv. 604935), secondo cui qualora il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando, anche implicitamente, la propria giurisdizione, la parte vittoriosa che intenda contestare tale riconoscimento è tenuta a proporre appello sul punto in via incidentale condizionata, in quanto, diversamente, l'esame della relativa questione è preclusa in sede di legittimità, essendosi formato il giudicato implicito sulla giurisdizione [in senso conforme a quest'ultima pronuncia, v. Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2067 (rv. 616102)].

Analizzati approfonditamente gli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 23306 del 2011, optano decisamente per l'indirizzo inaugurato nel 2007. Seppure il diverso orientamento sembrerebbe trovare un saldo riscontro nella lettera dell'art. 37 cod. proc. civ., tuttavia – evidenziano i supremi giudici – sulla regola fissata da tale articolo ha inciso la disciplina delle impugnazioni, il che ha indotto a negare che il giudice dei successivi gradi del giudizio possa decidere la questione di giurisdizione dopo una pronuncia ad essa relativa, sia pure solo implicita. Inoltre, va evidenziato che la sentenza della Corte Costituzionale n. 77 del 12 marzo 2007 ha indicato come aspetto essenziale del principio di effettività della tutela giurisdizionale quello dell'unità funzionale della giurisdizione ed in tale contesto – anche attraverso la disciplina di cui all'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69 – si è ulteriormente ristretta la regola di cui all'art. 37 cod. proc. civ., e si è giunti, con la disciplina della *translatio iudicii*, a riconoscere implicitamente alla decisione del giudice che indica come dotato di giurisdizione un altro, la forza di vincolare quest'ultimo, se non vi si sottrae in un tempo processualmente definito.

Proprio questa disciplina indica – ad avviso delle Sezioni Unite – che la Corte di cassazione è tenuta non solo a verificare l'ammissibilità della richiesta che il giudice indicato le sottopone ma anche a sindacare - in quanto contraria ad un giudicato sulla giurisdizione, ormai formatosi nel processo - un'eventuale decisione del giudice speciale di secondo grado che abbia ritenuto di poter superare tale giudicato, tornando a declinare la giurisdizione.

Siffatta conclusione, peraltro, risulta alla S.C. ormai ineluttabile, pena la messa in crisi del principio di effettività della tutela giurisdizionale; ne consegue che - come già peraltro avvenuto per la questione di competenza nell'ambito del giudizio dinanzi al giudice ordinario - anche per la questione di giurisdizione vale il principio che a quest'ultima attiene pure il sistema delle disposizioni che disciplinano il rilievo della medesima questione e l'irreversibilità della relativa decisione [Cass., sez. un., ord., 19 ottobre 2007, n. 21858 (rv. 599961); in senso conforme v. Cass., sez. un., ord., 29 ottobre 2007, n. 22639 (rv. 599962) e Cass, sez. 3, ord., 16 ottobre 2008, n. 25248 (rv. 605326)].

Per quanto riguarda in particolare il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice tributario si rinvia al capitolo ottavo della parte della presente Rassegna dedicata a "Il giudice e l'economia", che tratta specificamente tale argomento.

2. Le Sezioni Unite e il giudizio di ottemperanza.

2.1. Premessa.

Nel corso del 2011 si segnalano, in tema di giudizio di ottemperanza, tre arresti particolarmente significativi delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Va al riguardo precisato che, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità [Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 (rv. 605845), Cass., sez. un., 28 gennaio 2011, n. 2065 (rv. 616020) e Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302 (non massimata sul punto)], ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato (e del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana) che quei limiti travalichino, occorre tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione - determinata da molteplici fattori quali: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. - e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di

tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento.

È stato invero affermato dalla giurisprudenza di legittimità che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Ne consegue che si è in presenza di una questione di giurisdizione anche nel caso in cui non si discute se la giurisdizione spetti al giudice adito, perché è solo quel giudice che, secondo l'ordinamento la può esercitare, ma si deve, invece, stabilire se ricorrano - in virtù della norma che attribuisce la giurisdizione - le condizioni perché il giudice abbia il dovere di esercitarla.

2.2. Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza.

Con sentenza 28 gennaio 2011, n. 2065 (rv. 616021) le Sezioni Unite hanno modificato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che si era andato consolidando a partire dagli anni '50 del secolo scorso e che è stato ribadito da ultimo con sentenza delle medesime Sezioni unite 18 dicembre 2001, n. 15978 (rv. 551217). Secondo tale indirizzo giurisprudenziale il decreto che provvede sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, pur ponendosi al di fuori dell'ordine gerarchico della PA e su un piano alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale, avendo natura amministrativa, non può essere assimilato ai provvedimenti per i quali, ove rimasti ineseguiti, può essere esperito ricorso giurisdizionale in sede di ottemperanza.

Nell'affrontare la questione concernente l'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza in relazione ad un decreto di accoglimento di un ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, le Sezioni Unite evidenziano che la disciplina del procedimento decisorio relativo a siffatto ricorso è modellata su quella prevista per il ricorso straordinario al Capo dello Stato, il che sottende una identità di natura e di funzione dei due modelli procedurali, come rimarcato dalle medesime Sezioni Unite con le sentenze 12 marzo 2003, n. 3660 (rv. 569254) e 7 novembre 2002, n. 15652 (rv. 558319) - con le quali è stata affermata la natura di atto amministrativo del decreto emesso a conclusione del procedimento in questione - ed implica la rilevanza delle medesime incertezze e degli stessi dubbi registrati in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

I giudici di legittimità osservano che, tradizionalmente, al provvedimento emesso a conclusione del procedimento relativo a tale ricorso, è stato attribuito un connotato di antinomia ed atipicità tra forma (di atto amministrativo) e sostanza (di provvedimento decisorio); rilevano che tale ambivalenza deriva storicamente dalla funzione che il ricorso in parola ha svolto nel tempo, dapprima, strumento di "tutela ritenuta" e, comunque, di tutela amministrativa e, successivamente,

rimedio giustiziale, tendente alla giurisdizionalità, anticipatorio della giustizia amministrativa e con essa poi concorrente, in termini di alternatività; evidenziano, quindi, che la funzione propriamente decisoria del provvedimento in parola viene in rilievo in caso di inadempimento della P.A.

A tale ultimo riguardo, dopo aver precisato che il giudizio di ottemperanza, disciplinato dall'art. 27, n. 4, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, costituiva lo strumento esecutivo per assicurare l'effettività e la satisfattività della giurisdizione amministrativa, essendo lo stesso, come rilevato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 419 del 1955 e n. 435 del 1995, un connotato intrinseco ed essenziale della medesima funzione giurisdizionale e, quindi, come tale, costituzionalmente necessario alla completa attuazione del diritto di difesa, le Sezioni Unite ricordano che la giurisprudenza di legittimità ha escluso in passato l'esperibilità del giudizio di ottemperanza con riferimento al ricorso straordinario, stante la sua natura di atto amministrativo, con la conseguenza che l'eventuale comportamento inerte della P.A. rendeva ammissibile l'azione contro il silenzio-rifiuto, con la possibilità di poter esperire il giudizio di ottemperanza in relazione alla sentenza ordinataria di adempimento e fatta salva la possibilità di agire per il risarcimento dei danni causati dal comportamento omissivo della P.A. (in senso conforme, nella giurisprudenza amministrativa, si segnalano Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2008, n. 2632, Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1440; TAR Lazio, sez. I, 18 dicembre 2007, n. 13528; *contra* Cons. Stato sez. IV, 4 giugno 2009, n. 3463).

Tale orientamento tradizionale risulta già confermato da Cass., sez. un., 2 ottobre 1953, n. 3141.

La questione peraltro era stata esaminata, nella giurisprudenza comunitaria, dalla Corte di Giustizia Europea con la sentenza del 16 ottobre 1979, sulle cause riunite C-69/96 e C-79/96, la quale aveva dato ingresso alla questione di interpretazione di norme comunitarie sollevata dal Consiglio di Stato in sede di parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato, riconoscendo natura di giudice nazionale a tale organo in detta sede, in tal modo inducendo a ritenere come avente natura giurisdizionale il decreto pronunciato su ricorso straordinario.

Parte della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6843; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 59349 e, più recentemente, Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2009, n. 3; Cons. giust. Amm. Sic., 3 luglio 2009, n. 599), in considerazione dell'esigenza di assicurare al ricorrente l'effettività della tutela, aveva riconosciuto il carattere giurisdizionale del parere reso dal Consiglio di Stato ed aveva ammesso l'esperibilità del giudizio di ottemperanza in caso di mancato spontaneo adempimento della P.A.; l'orientamento tradizionale veniva tuttavia ribadito dalla già richiamata sentenza delle Sezioni Unite della S.C. n. 15978 del 2001, in base alle seguenti considerazioni: il ricorso straordinario ha come protagonista un'autorità amministrativa che non è neppure vincolata al parere espresso dal Consiglio

di Stato, potendo risolvere la controversia secondo criteri diversi da quelli risultanti dalla mera applicazione delle norme di diritto, in tal modo venendo a mancare i requisiti propri dei procedimenti giurisdizionali, il loro celebrarsi, cioè, dinanzi a un giudice terzo ed imparziale; il meccanismo dell'alternatività tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale non comporta la natura giurisdizionale del primo, atteso che la portata del principio di alternatività risulta attenuata dalla preferenza del legislatore per il rimedio giurisdizionale, manifestata con la prevista possibilità per i controinteressati di ottenere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario che diviene improcedibile; non decisività della previsione della revocabilità del decreto, in quanto comunemente ammessa anche per gli altri ricorsi amministrativi mentre la revocazione *ex art. 395, n. 5, cod. proc. civ.*, va riferita al contrasto con una precedente decisione su ricorso straordinario.

Nella dettagliata ricostruzione dell'elaborazione giurisprudenziale sulla questione esaminata, le Sezioni Unite evidenziano che, nell'arresto del 2001 sopra ricordato, in relazione alla decisione della Corte di Giustizia, pure prima richiamata - con argomentazioni condivise successivamente dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 254 del 2004 - i giudici di legittimità avevano affermato che la decisione della Corte europea si fondava sulla nozione comunitaria di giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, funzionale alla ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, interpretativi e di validità, ma non utilizzabile al diverso fine dell'ammissibilità o meno del giudizio di ottemperanza, per il quale rileva la distinta nozione di giudice nazionale, ricavabile dal diritto interno.

Le Sezioni Unite osservano poi che sulla questione ha avuto una decisiva incidenza la legge 18 giugno 2009, n. 69, il cui art. 69, da un lato, introduce la possibilità che la sezione del Consiglio di Stato, in sede di parere sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, sollevi la questione di legittimità costituzionale, sospendendo la formulazione del parere, e dall'altro, ha eliminato la possibilità - in precedenza prevista dall'art. 14 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 - che il Ministero, nel formulare la proposta di decreto, si discosti dal parere espresso dal Consiglio di Stato, previa sottoposizione della sua proposta al Consiglio dei ministri.

I ricordati interventi del legislatore del 2009 - ad avviso delle Sezioni Unite - hanno eliminato alcune determinanti differenze tra il procedimento per il ricorso straordinario e quello giurisdizionale. Ed infatti, l'esplicito riferimento del già citato art. 69 della legge n. 69 del 2009 all'art. 23 della legge cost. 11 marzo 1953, n. 87, che disciplina il giudizio incidentale di legittimità costituzionale e che richiede che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, implica il riconoscimento al Consiglio di Stato, in sede di espressione del parere, di una "*condizione ... sostanzialmente di "giurisdizionalità"*". Inoltre, l'eliminazione del potere della P.A. di discostarsi dal parere reso dal

Consiglio di Stato “*conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio*”. Alla luce dei ricordati interventi legislativi, il decreto presidenziale, pur se formalmente diverso – in considerazione della natura dell’organo da cui promana e della forma che assume – dall’atto giurisdizionale, è a questo “*assimilato*” nei contenuti, con inevitabili ripercussioni in tema di individuazione degli strumenti di tutela effettiva di cui il ricorrente può avvalersi, considerato che la mera possibilità - ritenuta prima sussistente dalla giurisprudenza - di ricorrere avverso il silenzio-inadempimento della P.A. ovvero avverso il comportamento violativo o elusivo del *dictum* del decreto presidenziale risultava inadeguata rispetto alle esigenze di garanzia del ricorrente.

Il significativo mutamento del quadro normativo di riferimento colto dalle Sezioni Unite trova conferma, secondo queste ultime, nella disciplina del giudizio di ottemperanza contenuta nel codice del processo amministrativo, di cui al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, collocandosi - nel sistema da ultimo delineato dal Legislatore - la decisione su ricorso straordinario al Capo dello Stato nell’ipotesi prevista alla lettera b) dell’art. 112, comma 2 (sentenze esecutive e altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo); il ricorso per l’ottemperanza si propone, ai sensi dell’art. 113, comma 1, del decreto legislativo da ultimo citato, dinanzi al Consiglio di Stato, quale “*giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta*”.

Peraltro - rilevano i giudici di legittimità - all’estensione del giudizio di ottemperanza a provvedimenti che non siano sentenze o, comunque, a provvedimenti non formalmente giurisdizionali, non si frappongono ostacoli di ordine costituzionale e, pertanto, è ben configurabile la previsione normativa di un siffatto giudizio per le decisioni, non eseguite, del Capo dello Stato, trattandosi di una scelta del Legislatore volta a rendere effettiva la tutela dei diritti mediante il giudizio di ottemperanza. Al riguardo osservano le Sezioni Unite che, pur non essendo il ricorso straordinario al Capo dello Stato espressamente previsto nella Costituzione, il Giudice delle leggi, con vari interventi (Corte Cost. n. 1 del 1964, n. 78 del 1966, n. 56 del 2001 e n. 301 del 2001), ha confermato la compatibilità di tale rimedio con il dettato costituzionale e, in particolare, con l’art. 113 Cost.; ha segnatamente sottolineato che la disciplina di cui al d.P.R. n. 1199 del 1971 da un lato aveva ribadito “*la natura del tutto atipica che il ricorso straordinario al Capo dello Stato aveva assunto sin dall’epoca della Monarchia costituzionale, adeguando la disciplina dell’alternatività al ricorso giurisdizionale al principio della “trasferibilità in sede giurisdizionale”*” e, dall’altro, in attuazione del criterio di economicità posta dalla legge delega, ne aveva confermato il carattere di rimedio straordinario contro eventuali illegittimità di atti amministrativi definitivi che i singoli interessati possono utilizzare senza dispendio, senza necessità di assistenza tecnico legale e usufruendo di termini di presentazione del ricorso particolarmente ampi (Corte cost. nn. 56 e 301

del 2001). Con una successiva decisione la Corte Costituzionale, sul presupposto che le concrete modalità di coordinamento con il rimedio giurisdizionale possono essere plurime e rispondenti a finalità divergenti, ha rilevato che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, potrebbe dettare una disciplina normativa tale da costituire una completa rivisitazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato e dei suoi rapporti con il rimedio giurisdizionale (Corte Cost. n. 432 del 2006).

Alla luce di tali presupposti – osservano le Sezioni Unite – la nuova disciplina normativa volta all' "assimilazione del rimedio straordinario a quello giurisdizionale", pur nella persistente diversità formale del procedimento e dell'atto conclusivo, non può non assicurare una tutela effettiva del tutto simile, in quanto – come già affermato dalle Sezioni Unite con l'ordinanza 17 marzo 2010, n. 6529 (rv. 612048) in tema di "autodichia" –, qualora si riconoscano poteri decisori su determinate controversie, formalmente diversi ma analoghi a quelli della giurisdizione, lederebbe la coerenza del sistema una regolamentazione inidonea alla tutela effettiva dei diritti e tale da dar luogo – in violazione dei dettami di cui agli art. 2 e 3 Cost. – ad una tutela debole, con la precisazione che la verifica di siffatta coerenza va condotta rammentando che i criteri costituzionali sono integrati dalle norme della Convenzione Europea per i diritti dell'uomo (artt. 6 e 13), come interpretate dalla Corte di Strasburgo, secondo il procedimento di ingresso nell'ordinamento nazionale delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 348 del 2007. A tale riguardo va evidenziato che, secondo la giurisprudenza della CEDU, sono intangibili le decisioni finali di giustizia rese da un'autorità che non fa parte dell'ordine giudiziario ma che siano equiparate a una decisione del giudice e che, peraltro, in ogni ordinamento nazionale si deve ammettere l'azione di esecuzione in ordine ad una decisione di giustizia, quale indefettibile seconda fase della lite definita (CEDU, 16 dicembre 2006, Murevic c. Croazia; CEDU 15 febbraio 2004, Romoslor c. Ucraina).

Nella medesima decisione qui esaminata le Sezioni Unite - come già anticipato nel paragrafo 2.1 del presente capitolo - hanno affermato l'ulteriore principio così massimato dall'Ufficio: "*La questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta, in quanto solo al medesimo compete di provvedere, ma anche allorché si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla. Ne consegue che il configurarsi di un "giudicato" rispetto al decreto del Presidente della Regione Siciliana reso su ricorso straordinario costituisce, ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ., una questione di giurisdizione, per la quale si applica l'art. 5 cod. proc. civ., norma che non incide sul più generale principio dell'immediata operatività, in materia processuale, della legge sopravvenuta, pur*

riguardante la giurisdizione, qualora valga a radicarla presso il giudice innanzi a cui sia già stato promosso il giudizio” (rv. 616020).

Alla luce del nuovo sistema normativo, come interpretato dalle Sezioni Unite, la riconosciuta ammissibilità del giudizio di ottemperanza in relazione al decreto di accoglimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato deve estendersi all’analogia decisione resa dal Presidente della Regione Siciliana, dovendosi ritenere che abbia carattere vincolante anche il parere reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa e dovendosi riconoscere a quest’ultimo il potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini della formulazione del richiesto parere. A tale riguardo si richiama la dottrina che sul punto parla di abrogazione tacita indiretta delle disposizioni del d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 – il quale ha da ultimo disciplinato il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana – che si pongono in contrasto con le previsioni di cui all’art. 69 della legge n. 69 del 2009.

Il nuovo orientamento delle Sezioni Unite sopra riportato, in tema di giudizio di ottemperanza in relazione alla decisione resa su ricorso straordinario, è stato ribadito dalle medesime Sezioni in numerose altre decisioni di identico tenore emesse nel corso del 2011, delle quali è stata massimata come conforme alla decisione già dettagliatamente esaminata la sentenza del 7 febbraio 2011, n. 2818 (rv. 616023).

2.3. L’ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l’annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di procedura concorsuale non più ripetibile.

Particolarmente interessante risulta la sentenza delle Sezioni Unite, 9 novembre 2011, n. 23302 che ha risolto una questione peculiare affermando, tra l’altro, il seguente principio: *“la sentenza con cui il Consiglio di Stato, pronunciando su un ricorso per l’ottemperanza di un giudicato avente ad oggetto l’annullamento del conferimento di pubbliche funzioni a seguito di una procedura concorsuale non più ormai ripetibile (nella specie, per l’avvenuto pensionamento dei candidati concorrenti), ordina alla competente Amministrazione (nella specie, al C.S.M.) di provvedere ugualmente a rinnovare il procedimento “ora per allora”, al solo fine di determinare le condizioni per l’eventuale accertamento di diritti azionabili dal ricorrente in altra sede e nei confronti di altra Amministrazione, eccede i limiti entro i quali è consentito al giudice amministrativo l’esercizio della speciale giurisdizione di ottemperanza ed è soggetta, pertanto, al sindacato della Corte di cassazione in punto di giurisdizione” (rv. 619646).*

La vicenda era la seguente. A seguito di ricorso di tre magistrati aspiranti al medesimo incarico, la delibera adottata dal CSM per il conferimento di un prestigioso incarico direttivo veniva annullata

dal Consiglio di Stato, che la riteneva viziata da eccesso di potere, evidenziato dall'illogicità del giudizio di comparazione tra i candidati, e stabiliva che il CSM dovesse provvedere a rinnovare il procedimento valutativo, con esito libero, condizionato però alle prescrizioni conformative contenute nel giudicato. Il CSM, a seguito di una nuova comparazione tra gli aspiranti, adottava una seconda deliberazione, conferendo l'incarico in questione allo stesso candidato in precedenza prescelto. Due dei tre iniziali ricorrenti proponevano quindi ricorso di ottemperanza al Consiglio di Stato che lo accoglieva, ritenendo che la nuova deliberazione fosse elusiva del giudicato derivante dall'annullamento precedente. Anche in relazione alla terza deliberazione adottata dal CSM, essendo stato reiterato il giudizio di prevalenza del magistrato già prescelto rispetto agli altri aspiranti, veniva proposto ricorso per ottemperanza che si concludeva con una sentenza che, essendo stata la delibera impugnata assunta in difetto di un valido concerto da parte del Ministro della Giustizia, disponeva la nomina di un commissario *ad acta* per il caso di ulteriore inadempimento. Il CSM, acquisito il concerto ministeriale, adottava una delibera sostitutiva della precedente, riformulando il giudizio comparativo in favore del medesimo magistrato cui in precedenza era stato conferito l'incarico in questione. Veniva quindi proposto da uno degli altri concorrenti ulteriore ricorso per ottemperanza, che veniva accolto dal Consiglio di Stato, il quale, avendo nuovamente ravvisato gli estremi dell'elusione del giudicato, ordinava al CSM di prestare esatta ottemperanza a quanto stabilito dalla precedente sentenza e nominava un commissario *ad acta*, riservandosi, in caso di mancato rispetto dei termini a quest'ultimo assegnati, di provvedere direttamente all'adozione dei necessari provvedimenti. Tale sentenza veniva impugnata dal CSM dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

I supremi giudici nella sentenza all'esame ricordano che, per giurisprudenza costante, il controllo della Corte di cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del citato Consiglio, cui non è consentito invadere arbitrariamente il campo dell'attività riservata alla PA attraverso l'esercizio di poteri di cognizione e di decisione non previsti dalla legge, con conseguente trapasso da una giurisdizione di legittimità a quella di merito, come può accadere, ad esempio, quando il giudice amministrativo compia atti di valutazione della mera opportunità dell'atto impugnato, sostituendo propri criteri di valutazione a quelli discrezionali della PA, o adotti decisioni finali interamente sostitutive delle determinazioni spettanti all'amministrazione [Cass., sez. un. 15 marzo 1999, n. 137 (rv. 524114)]. Si è perciò precisato che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost. sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo nel caso in cui l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale

a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisca a quella dell'amministrazione, in quanto, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa [Cass., sez. un., ord., 22 dicembre 2003, n. 19664 (rv. 569155)].

Evidenziano in particolare i giudici di legittimità che la speciale giurisdizione di ottemperanza attribuita al giudice amministrativo presenta caratteri peculiari, in base ai quali l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della PA è pienamente ammissibile, essendo al medesimo giudice amministrativo in tal caso espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito, con possibilità sia di procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo ed alla emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione, sia di sostituirsi all'amministrazione, nominando, ove occorra, un commissario *ad acta*.

Pertanto - osservano le Sezioni Unite - un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della PA, non è configurabile nel mero fatto che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato (o ordinato di adottare) quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto già assumere, essendo proprio questa la funzione del giudizio di ottemperanza che, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giuridica e al fine di soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del soggetto ricorrente, non può fermarsi dinanzi ad adempimenti parziali, incompleti od elusivi del contenuto della decisione del giudice amministrativo [v. Cass., sez. un., ord., 19 agosto 2009, n. 18375 (rv. 609254); in motivazione, cass., sez. un. ord. 24 novembre 2009, n. 24673 (rv. 610684)]; né rileva, a tali fini, la circostanza che l'amministrazione cui viene imputata la violazione o la elusione del giudicato sia un organo di rilevanza costituzionale (nella specie CSM; al riguardo v. Corte cost. 15 settembre 1995, n. 435).

Precisano tuttavia i supremi giudici che se lo sconfinamento nel merito del giudice amministrativo oltre i limiti della sua naturale giurisdizione di legittimità è sindacabile ad opera della Cassazione, nei termini già ricordati, deve ritenersi che un analogo sindacato sia esercitabile anche nel caso in cui, essendo un potere di giurisdizione di merito espressamente conferito dalla legge al medesimo giudice amministrativo, venga addebitato al massimo organo della giustizia amministrativa di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete, esercitando una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare luogo soltanto alla normale giurisdizione di legittimità e, quindi, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi [Cass., sez. un., 31 ottobre 2008, n. 26302 (rv. 605560); Cass., sez. un., 19 luglio 2006, n. 16469 (rv.

591307); Cass., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13431 (rv. 590061)], o che, comunque, non avrebbero potuto dare ingresso all'anzidetta giurisdizione di merito. In tali casi si ripropone, infatti, il medesimo tema dell'invasione non consentita, ad opera del giudice, della sfera di attribuzioni riservata alla PA, con la precisazione che il potere integrativo del giudice dell'ottemperanza non può sottrarsi ai limiti esterni della giurisdizione propria del giudice amministrativo quando la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento da parte dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice di tal che soltanto questi possa provvedere al riguardo [Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17633 (rv. 568334); Cass., sez. un., 19 luglio 2006, n. 16469 (rv. 591309)].

In proposito - come evidenziato nel paragrafo 2.1 del presente capitolo - sia pure in termini più generali, la giurisprudenza di legittimità ha già in precedenza affermato che debba essere considerata norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; con la conseguenza che rientra nello schema logico del sindacato per violazione di legge per motivi inerenti alla giurisdizione, spettante alla Corte di cassazione, l'operazione consistente nell'interpretare la norma attributiva di tutela e nel verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., ottavo comma, l'abbia correttamente applicata.

Da tanto tuttavia – avvertono i giudici di legittimità – non consegue che il sindacato della S.C. possa estendersi a qualsiasi eventuale *error in iudicando* o *in procedendo* imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che disciplinano il giudizio di ottemperanza; per distinguere le ipotesi in cui il sindacato sui limiti di tale giurisdizione è consentito da quelli in cui esso risulta invece inammissibile, dovendosi far riferimento al cosiddetto *petitum* sostanziale ed all'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio [Sez. un., ord., 25 giugno 2010, n. 15323 (rv. 613676)], “*risulta decisivo stabilire se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal giudice amministrativo, attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che, in una situazione del genere di quella considerata, un tal potere, con la particolare estensione che lo caratterizza, a detto giudice non spettava*”.

Rilevano quindi le Sezioni Unite che nel caso in cui l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo - nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi dal giudicato derivanti - afferiscono ai limiti interni della giurisdizione. Trattasi, invece, di limiti esterni della giurisdizione in parola qualora sia

posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza. Ed è proprio questo che si verifica non solo ogni volta che sia denunciato l'esercizio indebito ad opera del Consiglio di Stato della speciale giurisdizione d'ottemperanza, con i conseguenti riflessi sul merito amministrativo, in fattispecie suscettibili invece solo di essere trattate dal giudice amministrativo nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità (o eventualmente nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva), ma anche in ogni altra situazione in cui il giudizio di ottemperanza, con l'emanazione di un ordine di fare (o di non fare) rivolto dal giudice all'amministrazione, si sia esplicato al di fuori dei casi nei quali un tale ordine poteva essere dato.

Tanto premesso e rilevato che nel caso esaminato occorre verificare l'esistenza stessa dei presupposti in presenza dei quali sussiste il potere del giudice amministrativo di emettere un provvedimento di ottemperanza, la S.C. afferma che la circostanza che il giudizio di ottemperanza sia stato instaurato quando il ricorrente era già stato collocato a riposo per limiti di età e che la sentenza sia stata poi pronunciata quando anche gli altri interessati non appartenevano più all'ordine giudiziario - con la conseguenza che l'incarico già assegnato non poteva ormai che essere oggetto di un concorso del tutto nuovo, da svolgersi tra aspiranti completamente diversi - incide profondamente sulla portata e sul contenuto effettivo del giudizio di ottemperanza.

Osservano, infatti, i giudici di legittimità che *“la giurisdizione di ottemperanza è il mezzo attraverso il quale deve essere assicurato, grazie all'intervento del giudice, il pieno compimento di quell'attività che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto svolgere conformandosi al precedente giudicato, ed è intuitivo che essa non possa spingersi sino ad esiti che neppure all'agire spontaneo della medesima pubblica amministrazione sarebbero più ormai consentiti”*.

A tal riguardo le Sezioni Unite affermano che occorre considerare che il giudicato amministrativo non può essere considerato separatamente dalla fattispecie su cui incide, evidenziando che occorre distinguere tra *“giudicato che tocca vicende chiuse, delle quali cioè l'intervento del giudice è destinato a segnare la conclusione”*, e *“sentenza che, viceversa, riapre una situazione che il provvedimento annullato aveva inteso definire, dischiudendo nuove prospettive per il futuro”*, corrispondendo a questa diversa tipologia di situazioni una diversità di effetti del giudicato amministrativo. Ed invero *“se si tratta di situazioni orientate al passato, che il provvedimento annullato aveva definito, il giudicato pone termine alla vicenda; ma se, viceversa, si tratta di situazioni orientate al futuro, il giudicato accerta fatti e rapporti con riferimento alla data di adozione del provvedimento, e ciò pone il problema di stabilire se, o fino a qual punto, l'amministrazione debba tener conto di eventuali nuovi elementi di fatto e di diritto che la sentenza non aveva avuto nè titolo nè modo per considerare”*.

Osservano le Sezioni Unite che spesso siffatti nuovi elementi non incidono sul giudicato in quanto tale, ossia sulla situazione che la sentenza ha accertato ormai intangibilmente, bensì sugli effetti ulteriori riferibili al giudicato medesimo e ad esso successivi. Se, infatti, la fattispecie si è esaurita, l'assetto dato è insensibile a qualunque modifica successiva al giudicato, ma se, invece, essa presuppone ulteriori sviluppi, è possibile che un fattore esterno, del tutto indipendente dal giudicato, la modifichi.

All'assunto secondo cui da un lato le sopravvenienze di diritto o di fatto posteriori al giudicato (a differenza di quelle intervenute nelle more della definizione del giudizio), che non possono ormai più incidere sull'assetto degli interessi cui il giudicato medesimo ha posto capo, sono irrilevanti e, dall'altro, il decorso del tempo non può andare a scapito della parte incolpevole, occorre aggiungere che, ogni qual volta, tuttavia, siano intervenute in seguito circostanze per le quali non sia più possibile fare quel che alla data del ricorso per ottemperanza si sarebbe eventualmente potuto fare, o viceversa, tali circostanze sono comunque immancabilmente destinate a riflettersi anche sugli effetti e sulla concreta attuabilità del precedente giudicato. Ed è anche per questa ragione che il legislatore ha ampliato l'area del possibile risarcimento del danno (che può, all'occorrenza, assumere i connotati del danno da perdita di *chance*), espressamente ricollegandolo all'ipotesi della violazione o dell'elusione del giudicato.

Dalle argomentazioni sopra riportate consegue - ad avviso delle Sezioni Unite - che il giudicato amministrativo formatosi su un provvedimento col quale l'amministrazione abbia proceduto al conferimento di un incarico pubblico ha l'effetto d'imporre alla medesima amministrazione di provvedere al rinnovo della relativa procedura, volta al conferimento di quell'incarico, ma solo se e fino a quando l'incarico sia ancora conferibile e la procedura sia ancora espletabile. Laddove, invece, sia venuta meno tale condizione, cessa per ciò stesso non solo l'obbligo, ma la possibilità stessa per l'amministrazione di provvedere in tal senso, fermo l'eventuale diritto al risarcimento per chi abbia visto indebitamente frustrate le proprie legittime aspirazioni.

Secondo le Sezioni Unite, infatti, *“la possibilità di dar corso ad un procedimento concorsuale “ora per allora”, al solo ipotetico fine del riconoscimento di un determinato trattamento di quiescenza del candidato che risulti vincitore, sposta radicalmente l'asse tanto dell'azione amministrativa quanto della tutela giurisdizionale ad essa relativa, perché un procedimento siffatto non potrebbe evidentemente in alcun modo condurre all'effettivo conferimento dell'incarico di cui in precedenza si era discusso e che aveva costituito la ragione prima dell'atto amministrativo annullato. Né le conseguenze del giudicato di annullamento, in termini di ottemperanza, quando non si tratti soltanto di ricostruire la carriera di un pubblico dipendente facendo retroagire a determinati fini gli effetti di un atto che lo riguardi, bensì di ipotizzare il compimento ad opera*

dell'amministrazione di attività che non hanno più rispondenza nello scopo di pubblico interesse che è loro proprio, possono spingersi sino a tal segno: sino, cioè, ad implicare la necessità di svolgere un concorso virtuale, ormai sganciato dalla finalità del conferimento dell'incarico pubblico ed ipoteticamente destinato solo ad assicurare al vincitore un miglior trattamento di quiescenza". Evidenziano i giudici che ciò trasformerebbe l'oggetto stesso del giudizio di ottemperanza, volto così ad un accertamento destinato a riflettersi su un diverso rapporto (in ipotesi, quello previdenziale), e ne comporterebbe il sostanziale snaturamento, dovendo esso invece essere prioritariamente preordinato alla realizzazione della causa tipica del provvedimento amministrativo cui la PA sia vincolata dal precedente giudicato – ovvero al risarcimento del danno, previsto dell'art. 112 cod. proc. amm., commi 4 e 5 (domanda peraltro neppure proposta nel caso esaminato) - e non ridursi allo scopo di porre le premesse affinché il ricorrente possa eventualmente conseguire le utilità economiche connesse ad un superiore (ma solo virtuale, in quanto non più effettivamente conseguibile) inquadramento in organico.

Conclusivamente le Sezioni Unite hanno affermato che, nella specie esaminata, non solo quando è stata pronunciata l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato, la contestata procedura concorsuale non era più utilmente ripetibile, dovendo ormai necessariamente essere indetto un nuovo e diverso concorso (come in effetti è accaduto) a causa del sopravvenuto pensionamento dello stesso magistrato prescelto e di tutti gli altri originari concorrenti (ancora interessati) a quell'incarico, ma già al momento della proposizione del ricorso, il ricorrente aveva cessato di far parte dell'ordine giudiziario per superamento dei limiti di età, sicché non vi era più spazio per un provvedimento giurisdizionale di ottemperanza, volto ad imporre il compimento di un'attività amministrativa della quale non sussistevano più gli indispensabili presupposti, potendo invece la tutela del predetto esplicarsi in via risarcitoria. Né rileva la circostanza che il CSM, intendendo adeguarsi ad un precedente del Consiglio di Stato, abbia comunque ritenuto di potere emettere un provvedimento "ora per allora", esprimendo tale formula una mera *fiction iuris* e implicando che, in realtà, l'oggetto della pronuncia non era, nè avrebbe più potuto essere, l'espletamento di un nuovo concorso volto all'effettivo conferimento dell'incarico, bensì il mero accertamento di una situazione soggettiva eventualmente azionabile in altra sede dall'interessato. Da tanto consegue - secondo i giudici di legittimità - *"l'esorbitanza del provvedimento di ottemperanza dai limiti del relativo potere giurisdizionale - esercitato in una situazione che non lo avrebbe consentito e per finalità ad esso estranee - in quanto volto al conseguimento di un risultato meramente cognitorio, riferibile ad un eventuale rapporto giuridico da far valere in un diverso contesto giurisdizionale e dinanzi ad un giudice diverso"*.

2.4. Eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo in sede di ottemperanza di sentenza emessa dal giudice ordinario.

Proprio sul finire dell'anno 2011 le Sezioni Unite della S.C., con la sentenza n. 28812 del 27 dicembre 2011 (in corso di massimazione) hanno esaminato la questione relativa ai limiti del potere integrativo del giudice amministrativo in caso di giudizio di ottemperanza di sentenza emessa dal giudice ordinario.

Va evidenziato che secondo la giurisprudenza costante di legittimità, nelle attribuzioni del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, rientra l'interpretazione della decisione oggetto del giudizio in parola, tanto che la deduzione di eventuali errori interpretativi non investe i limiti esterni delle attribuzioni del giudice amministrativo, non avendo alcun rilievo l'incidenza dell'interpretazione su diritti soggettivi, se tanto consegue alla circostanza che oggetto del giudizio di ottemperanza sia un giudicato civile [Cass., sez. un., ord., 2 dicembre 2009, n. 25344 (Rv. 610414)].

Osservano in particolare le Sezioni Unite che quando il giudizio di ottemperanza attiene ad un giudicato del medesimo giudice amministrativo, questi ha il potere di integrare il giudicato nell'ambito degli ampi poteri, propri della giurisdizione estesa al merito e idonei a giustificare anche l'emanazione dei provvedimenti discrezionali, che il predetto giudice può esercitare, nel caso in questione, ai fini dell'adeguamento della situazione al comando definitivo non eseguito [Cass. sez. un., 30 giugno 1999, n. 376 (Rv. 528121)], posto che l'oggetto di tale giudizio consiste nella verifica dell'effettivo adempimento, da parte della P.A., dell'obbligo di conformarsi al comando del giudice della cognizione, e, pertanto, il giudice dell'esecuzione deve individuare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato ma anche adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un giudizio di cognizione, qualora sorgano problemi interpretativi la cui soluzione sia il presupposto indispensabile della verifica dell'esattezza dell'esecuzione.

Il potere integrativo - come già evidenziato nel paragrafo che precede - non può tuttavia sottrarsi ai limiti esterni della giurisdizione propria del giudice amministrativo quando la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento da parte della PA obbligata, risulti devoluta ad altro giudice di tal chè soltanto questi può provvedere al riguardo.

Da quanto sopra evidenziato consegue - affermano le Sezioni Unite - che il potere di interpretare il giudicato, che è insito nella natura stessa di ogni giudizio di esecuzione e, quindi, anche del giudizio di ottemperanza, quando un siffatto giudizio si riferisca ad un giudicato formatosi dinanzi a un giudice diverso da quello amministrativo, deve esercitarsi in base ad elementi interni e non

esterni al giudicato ottemperando, in quanto la valutazione di questi ultimi rientra nella giurisdizione del giudice che ha emesso la decisione. E' evidente, quindi, che nel caso di giudizio di ottemperanza di sentenza di condanna emessa dal giudice ordinario, il giudice amministrativo, nell'enucleare il contenuto e la portata precettiva della sentenza in base al dispositivo e alla motivazione, senza far riferimento ad elementi esterni, non può integrare la decisione carente o dubbia facendo riferimento a regole di diritto o a un orientamento giurisprudenziale [Cass., sez. un., 14 gennaio 2003, n. 445 (Rv. 559683); Cass., sez. un., 1° giugno 2004, n. 10504 (Rv. 573338)].

Nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, il Consiglio di Stato, adito per l'ottemperanza della sentenza di un tribunale ordinario che aveva accertato il diritto di quattro vigili del fuoco ad essere inquadrati in una certa posizione economica a decorrere da una individuata data, aveva rigettato il ricorso, ritenendo che la PA avesse dato corretta esecuzione alla predetta sentenza, avendo inquadrato i vigili nella ricordata posizione economica con decorrenza successiva a quella indicata nella decisione del tribunale e corrispondente a quella della conclusione della prima procedura selettiva prevista dal CCNL che aveva introdotto quei posti ed alla quale avevano partecipato i ricorrenti senza risultare vincitori.

La pronuncia del Consiglio di Stato si basava su due autonome *rationes decidendi*: 1) il giudizio di ottemperanza comportava un'attività di interpretazione del giudicato da parte del giudice dell'ottemperanza che in tale operazione ermeneutica non poteva non tener conto anche delle sopravvenienze di fatto irreversibili; la selezione indetta dalla PA si era conclusa successivamente alla data di pubblicazione della sentenza ottemperanda e, pertanto, correttamente la PA aveva tenuto conto della data di conclusione di tale selezione ai fini dell'inquadramento dei ricorrenti nella chiesta posizione; 2) la Corte di cassazione, con sentenza 5 marzo 2008, n. 5950 della sezione lavoro (Rv. 602085), in sede di impugnazione di una sentenza relativa alla medesima questione, aveva affermato un principio opposto a quello contenuto nella pronuncia ottemperanda; il dispositivo di quest'ultima doveva essere interpretato alla luce del principio di diritto affermato nella decisione della corte di legittimità che, a norma degli artt. art. 420-bis cod. proc. civ. e 64 d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, aveva carattere dominante *erga omnes* in ordine all'accertamento pregiudiziale in esso contenuto in relazione ai CCNL.

Alla luce delle motivazioni espresse nella sentenza n. 28812 del 2011 all'esame e sopra riportate, il ricorso proposto avverso la ricordata sentenza del Consiglio di Stato viene accolto dalle Sezioni Unite della S.C. sia perché il predetto Consiglio non poteva modificare in sede di ottemperanza la portata precettiva della sentenza del giudice ordinario sulla base di un elemento esterno alla sentenza, quale il d.m. di primo inquadramento dei vincitori di concorso, sia perché l'alto consesso non poteva adeguare la sentenza ottemperanda ad una sentenza di legittimità in base all'assunto,

peraltro non esatto, che tale sentenza avesse efficacia *erga omnes* a norma dell'art. 64 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Tutto ciò integra, infatti, secondo le Sezioni Unite l'eccesso di potere giudiziario, che *“ricorre qualora il giudice amministrativo, in materia di ottemperanza di sentenza emessa dal giudice ordinario, nella quale la sua potestas iudicandi è limitata alla sola interpretazione del contenuto del giudicato sulla base degli elementi interni della sentenza, abbia effettuato invece (o anche) un sindacato integrativo, provvedendo per motivi di siffatta natura ad individuare un diverso contenuto precettivo mediante una pronunzia sostanzialmente autoesecutiva”*. E a tale specifico riguardo si rinvia a Cass., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28263 (Rv. 586373), Cass., sez. un., 28 aprile 2011, n. 9443 (Rv. 616964) e da ultimo, pure in tema di giudizio di ottemperanza, a Cass., sez. un., 9 novembre, n. 23302 (Rv. 619645-619646), esaminata dettagliatamente al paragrafo 2.3.

ABUSO PROCESSUALE E PRINCIPI REGOLATORI DEL GIUSTO PROCESSO

(a cura di Paolo Porreca)

SOMMARIO: 1. Abuso del processo, lealtà processuale e disciplina delle spese. 1.1. Premessa. 1.2. Distorsione dello strumento procedimentale, rifusione delle spese e costi del processo. 1.3. Lealtà processuale, responsabilità per le spese e soccombenza. 2. Vizi *in procedendo* e principi regolatori del giusto processo. 2.1. Nullità funzionali e abuso delle norme processuali. 2.2. Significato relazionale delle norme procedimentali e principi regolatori del giusto processo.

1. Abuso del processo, lealtà processuale e disciplina delle spese.

1.1. Premessa.

Nella giurisprudenza della Suprema corte di cassazione degli ultimi anni è sempre più evidente la progressiva messa a fuoco delle ricadute che il tema dell'abuso del diritto intercetta in chiave processuale. Si tratta di un profilo che investe aspetti nevralgici dell'attività giurisdizionale, perché offre sostanza applicativa al principio di proporzionalità nell'uso della risorsa rara costituita dall'apparato giudiziario, con rilevanti ricadute idonee a illuminare anche il valore sistematico dei limiti nomofilattici propri del ruolo svolto dal giudice di legittimità.

Questa tendenza è proseguita nel 2011, con peculiare riferimento alla disciplina delle spese processuali, così delineando un significativo dialogo tra il formante ermeneutico e quello legislativo che, a seguito della legge 18 giugno 2009 n. 69, ha riformato incisivamente la disciplina codicistica sul punto, stringendo i margini per la compensazione (art. 92, secondo comma, cod. proc. civ.), allargando quelli della responsabilità aggravata (art. 96, terzo comma, cod. proc. civ.), e tipizzando ulteriori ipotesi di responsabilità disgiunta dalla soccombenza (art. 91, primo comma, secondo periodo, cod. proc. civ.).

È opportuno ricordare che, rispetto alla sintetizzata cornice, il *leading case* più esplicito e compiuto è stato quello sfociato nell'arresto di metà novembre 2007 (Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23276, rv. 599316) in cui, con riferimento alla richiesta di tutela frazionata del credito, si è affrontato il nodo dell'utilizzo distorsivo dello strumento processuale, ossia con modalità tali da arrecare non solo un danno al debitore senza effettiva necessità né apprezzabile vantaggio per il creditore, ma anche da interferire con l'appropriato funzionamento dell'apparato giudiziario.

In questo senso si è affermato che una tale condotta lede i generali canoni della buona fede oggettiva e della correttezza relazionale, in quanto risulta contrastante, in ottica sostanziale, con il dovere di solidarietà enucleato dall'art. 2 della Costituzione, e, in ottica processuale, con la garanzia prescrittiva del giusto processo assicurata dall'art. 111 della Carta, che inibisce letture

dell'ordinamento giuridico permissive di un'inutile proliferazione di giudizi il cui effetto inflattivo inevitabilmente configgerebbe con la loro ragionevole durata.

Lo scorso anno si è poi registrato un importante sviluppo di queste premesse, che merita di essere ricordato e letto quale *trait d'union* rispetto alle decisioni del 2011 da collocare nel contesto così ricostruito.

Si trova esplicitamente affermato in Cass., sez. 3, 31 maggio 2010, n. 13208, rv. 613381, che la violazione dei criteri di buona fede e lealtà reciproca può configurare un abuso del ricorso al processo in sé, quale mezzo per realizzare autoritativamente il proprio interesse.

È stata così cassata la decisione del giudice di merito che aveva risolto un contratto di locazione rispetto al quale era stato intimato uno sfratto per morosità da parte di un locatore che avrebbe potuto compensare il proprio credito con il maggior debito esistente nei confronti del conduttore.

Dunque un abuso non più della misura o modalità dell'azione, quando del suo stesso esercizio.

1.2. Distorsione dello strumento procedimentale, rifusione delle spese e costi del processo.

I sopra esposti principi, dunque, pur enunciati in tema di rapporti negoziali, era inevitabile avessero ricadute sulla lettura di specifici aspetti della disciplina processuale.

Difatti, questa evoluzione ha segnato, nel 2011, alcuni importanti pronunce in tema di spese processuali, che allineano, come già accennato in *incipit*, la sensibilità della giurisprudenza di legittimità a quella del legislatore, segnando un minimo comun denominatore nella valorizzazione di un aspetto del processo civile forse in passato non adeguatamente tenuto in considerazione, e invece attualmente sempre più espressione di un'attenzione ai costi non solo individuali della soluzione giudiziaria al conflitto.

Paradigmatico il caso che si è presentato a Cass., sez. 1, 5 maggio 2011, n. 9962, rv. 616894. Si trattava di un processo avviato nel giugno del 1996, per la riliquidazione dell'indennità speciale pensionabile. A valle di questo, gli attori in quel giudizio, risultavano aver proposto, in un ristretto arco temporale, sette distinti ricorsi alla Corte di appello competente, con il ministero del medesimo difensore, per svolgere una domanda di riconoscimento dell'equo indennizzo per l'eccessiva durata processuale basata su quello stesso presupposto giuridico e fattuale.

Dunque, a fronte di un identico evento causativo del danno e, simmetricamente, giustificativo della pretesa, risultava unico il soggetto che ne doveva rispondere e plurimi solamente i danneggiati.

Questi ultimi, dopo aver agito unitariamente nel processo presupposto, mostrando in questo modo di non avere interesse alla diversificazione delle proprie posizioni, e dopo aver tenuto la medesima condotta nel giudizio relativo all'indennizzo, fino a farsi rappresentare e assistere da un

unico avvocato, avevano proposto domande palesemente connesse per l'oggetto e per il titolo, instaurando, però, singolarmente procedimenti diversi.

I processi così incardinati erano destinati inevitabilmente alla riunione, come infatti poi avvenuto nella fase di legittimità.

Nella decisione in parola si legge che la descritta condotta doveva ritenersi priva di ogni apprezzabile motivazione e incongrua rispetto alle modalità di gestione delle pretese comuni.

Di qui il contrasto con l'inderogabile dovere solidaristico a matrice costituzionale, che osta, come osserva la Suprema corte, all'esercizio dei diritti processuali con modalità tali da arrecare un pregiudizio ad altri soggetti che non sia inevitabile conseguenza di un interesse meritevole di tutela, quale ovviamente non può essere quello alla moltiplicazione delle spese di lite.

Rispetto a questo rilievo, naturalmente, è solo un aspetto accidentale il fatto, pur sottolineato in sentenza, che i maggiori oneri, nella forma delle spese processuali, sarebbero finiti per gravare sullo Stato quale debitore e soggetto passivo della lite.

La sostanza ermeneutica ha chiara valenza generale, e coinvolge lo Stato quale soggetto tenuto a predisporre un efficiente servizio di giustizia in termini collettivi prima che legati alla singola vicenda. In quest'ottica, allora, si trattava di una condotta che pur essendo volta proprio a tutelare il diritto del singolo al giusto processo, andava a contrastare il principio di ragionevole durata dello stesso, atteso che – come rimarca la motivazione – la parcellizzazione affatto necessaria dei procedimenti non può non incidere negativamente sull'organizzazione giudiziaria e sui suoi costi generali, a causa della sproporzione di attività che comporta con conseguente dilatazione abusiva dei tempi processuali collettivi.

L'arresto conclude nel senso che al riscontrato abuso dello strumento processuale non poteva seguire la sanzione dell'inammissibilità dei ricorsi, posto che non era illegittimo l'accesso in sé al processo – come abbiamo visto invece nel precedente sopra richiamato del 2010 – bensì le modalità con cui era stato utilizzato.

Dunque, ad avviso del collegio, la conseguenza non può che essere, in questi casi, l'eliminazione, per quanto possibile, degli effetti dell'abuso, e quindi, nella fattispecie, la valutazione dell'onere delle spese come se unico fosse stato il ricorso sin dall'origine, con applicazione dell'art. 10, secondo comma, cod. proc. civ., quanto all'individuazione del valore della controversia.

Peraltro, non è escluso che residuino margini di dubbio, posto che altro è la fisiologia della riunione dei procedimenti, altro è l'utilizzo dell'istituto per rimediare all'abuso del processo, che avrebbe potuto portare, in tesi radicale, all'inammissibilità piuttosto che all'ortopedia dei ricorsi successivi al primo, sebbene introdotti da soggetti differenti e quindi non a frazionamento di un unico e preteso credito.

Una simile conseguenza avrebbe forse ricollegato più strettamente la soluzione al principio di proporzionalità nell'uso della macchina giudiziaria cui è sottesa l'analisi dell'abusivo utilizzo del mezzo processuale.

1.3. Lealtà processuale, responsabilità per le spese e soccombenza.

Altro nodo nella disciplina delle spese in cui emerge l'intreccio con le declinazioni dell'abuso del processo, è dato dalle ipotesi di condanna senza soccombenza, foriere di conseguenze sistematiche verosimilmente anche maggiori di quelle sinora esposte.

Deve segnalarsi, al riguardo, il consolidarsi di una tendenza a restituire forza a una norma, quale l'art. 88 cod. proc. civ., non frequentemente applicata nel suo combinato con l'art. 92 cod. proc. civ.

Il caso e il principio rinvenibili in Cass., S.U., 29 marzo 2011, n. 7097, rv. 616930, appaiono esemplari.

La fattispecie segnalava la peculiare condotta di ricorrenti che, adito il giudice amministrativo per annullare un'ordinanza con cui si ingiungeva loro di cessare l'abusiva occupazione di terreno asseritamente demaniale, avevano ottenuto, nel merito, ragione in prime cure ma non in seconde, pur avendo contrastato l'eccezione di difetto di giurisdizione per carenza di demanialità del bene, sia in primo grado che davanti al Consiglio di Stato.

Gli stessi, quindi, avevano poi proposto ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, ritenuti fondati.

L'apparente paradosso che caratterizzava il ricorso era costituito da questa sorta di "tardivo pentimento" *secundum litis*, così stigmatizzato in motivazione.

Perdenti nel merito, i ricorrenti esercitavano quasi il "diritto ad avere torto", per riprendere le parole dell'estensore della decisione, forse incoerente sul piano processuale ma di certo conseguente sul piano della difesa dei propri interessi.

Seguendo quello che una dottrina minoritaria ma rilevante afferma, e cioè che la parte e soprattutto il suo difensore hanno il diritto e, rispettivamente, il dovere di dedurre dai fatti e dallo svolgimento della causa ogni conseguenza giuridica possibile che appaia loro preferibile nell'interesse di cui sono portatori o rappresentanti, la condotta rilevata nella fattispecie non avrebbe potuto avere, da questo punto di vista, alcuna conseguenza negativa.

La Suprema corte, al contrario, opta dando seguito alle sollecitazioni provenienti dagli studi che valorizzano in chiave cogente e non meramente enunciativa il principio di lealtà processuale, in modo non dissimile da quanto si è visto accadere, negli anni, per quello del giusto processo.

Nella specie, infatti, le spese di legittimità sono state poste a carico degli stessi ricorrenti vincitori, osservando che avrebbero potuto evitarle qualora avessero subito aderito lealmente all'eccezione di difetto di giurisdizione amministrativa, sollevata con i motivi di appello.

Una simile condotta processuale, attinente in senso proprio alle modalità gestorie della lite e non alla sua stessa incardinazione, è stata così qualificata non espressione di un legittimo diritto di difesa, ma in termini di violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., con conseguente applicazione dell'art. 92, primo comma, ultima parte, cod. proc. civ., secondo cui, in questo caso, il giudice, a prescindere dalla soccombenza, può condannare la parte al rimborso delle spese che, così agendo, ha causato alla controparte.

Anche in questa ipotesi l'arresto aveva un significativo precedente prossimo in Cass., S.U., 20 agosto del 2010, n. 18810, rv. 614316, secondo cui costituisce violazione del dovere di lealtà delle parti, così come disciplinato dall'art. 88, cod. proc. civ., la condotta processuale caratterizzata dalla ripetuta contestazione della giurisdizione del giudice adito, in simmetrica opposizione alle scelte di controparte, unita alla richiesta, accolta, di sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295, cod. proc. civ., trattandosi di un comportamento idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte a una ragionevole durata del processo. Con identiche conseguenze in termini di regime delle spese processuali.

L'aspetto significativo di quest'ultima decisione consisteva, soprattutto, nell'escludere che i poteri di *governance* istruttoria del giudice (art. 175 cod. proc. civ.) potessero elidere l'efficienza causale della condotta della parte rispetto a un pregiudizio focalizzato in prospettiva individuale.

Ma dalla correlazione tra le decisioni citate emerge con forza una lettura della disciplina delle spese processuali strettamente legata ai temi collettivi dell'uso appropriato o distorto dello strumento processuale, tanto in chiave attiva che di resistenza alle pretese avanzate.

Nell'ottica dell'abuso del processo pare sempre di più che la giurisprudenza non abbia remore a valorizzare le basi normative utili a sganciare l'obbligo alla rifusione delle spese processuali dalla soccombenza, letta come uno ma non l'unico indice di quell'illecito, riferibile invece anche alla parte vittoriosa.

Potrebbe così prendere forma una ricostruzione della responsabilità per le spese quale di recente e autorevolmente la dottrina ha proposto in discontinuità con l'impostazione classica, e tuttora formalmente seguita dalla giurisprudenza. Tradizionalmente si vede, nella rifusione di quelle, una fattispecie indennitaria rispondente al principio di causalità da rapportare all'infondatezza nel merito della posizione assunta (Cass., sez. 3, 30 marzo 2010, n. 7625, rv. 612544).

Approfondendo la decifrata prospettiva, invece, acquisirebbe maggior sostanza una ricostruzione in chiave processuale della nozione stessa di azione, non più mero riflesso della titolarità sostanziale, ma situazione giuridica soggettiva autonoma, con regime e disciplina propri.

La pregnanza che l'abuso del processo ha inevitabilmente acquistato con la *litigation explosion* degli ultimi anni, porta così, *in nuce*, una visione al contrario in chiave di illecito e risarcitoria della responsabilità per le spese processuali (anche soggettivamente qualificata in mancanza di compensazione), rispetto alla quale, infatti, quella dei vari commi in cui si snoda l'art. 96, cod. proc. civ., la cui natura aquiliana risulta indiscussa (Cass., sez. 3, 23 agosto 2011, n. 17523, rv. 619216), è aggravata ma, appunto, omogenea.

2. Vizi in procedendo e principi regolatori del giusto processo.

2.1. Nullità funzionali e abuso delle norme processuali.

Un altro angolo visuale utile per rintracciare le ricadute applicative dell'abuso processuale, è quello delle nullità definibili come funzionali.

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto si è consolidato nel 2011 con arresti, come si sta per vedere, osmotici rispetto alle ricostruite tendenze in tema di spese processuali.

Da alcuni anni, come noto, la Suprema corte afferma che l'art. 360, n.4, cod. proc. civ., nel consentire la denuncia di vizi che comportino la nullità della sentenza o del procedimento, non tutela l'interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in dipendenza del denunciato *error in procedendo* (Cass., sez. 3, 23 febbraio 2010, n. 4340, rv. 611709, Cass., sez. 3, 13 novembre 2009, n. 24047, rv. 610724, punto 5 della motivazione, Cass., sez. 1, 21 febbraio 2008, n. 4435, rv. 602016, Cass., sez. 2, 27 luglio 2007, n. 16630, Cass., sez. 2, 28 gennaio 2004, n. 1543, rv. 569756, Cass., sez. 2, 28 agosto 2002, n. 12594, rv. 557150, Cass., sez. 1, 30 giugno 1997, n. 5837, rv. 505581). Con la precisazione che l'esplicita indicazione del concreto pregiudizio che la parte abbia o ritenga di avere accusato dall'affermata violazione della norma processuale non è necessaria ove quanto lamentato possa essere immediatamente colto dal contenuto complessivo del ricorso (Cass., sez. 3, 7 ottobre 2010, n. 20811, rv. 615504).

Affiora per questa via un preciso limite all'invocazione della tutela astrattamente espressa dalle norme processuali, oltre il quale di queste si andrebbe ad abusare.

Questa nomofilachia ha trovato due conferme nel 2011 tanto più rilevanti in quanto successive a importanti critiche dottrinali, oltre che a significativi riflessi che l'orientamento potrebbe avere alla luce della nuova previsione di cui all'art. 360-*bis*, primo comma, n. 2, cod. proc. civ.

In Cass., sez. 2, 7 febbraio 2011, n. 3024, rv. 616771, la parte ricorrente deduceva la violazione dei disposti contenuti nell'art. 170 del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 170, in combinato disposto con l'art. 29 della legge 13 giugno 1942, n. 794 (nella formulazione precedente la modifica apportata dall'art. 15 del decreto legislativo 1° settembre 2011 n. 150). Si sottolineava che il presidente del tribunale investito aveva suggerito al consulente tecnico, cui erano state liquidate le competenze impugnate, di munirsi di difensore, non aveva effettuato il tentativo di conciliazione, e non aveva richiesto al giudice della causa presupposta gli atti e le informazioni necessarie al fine di decidere, rigettando l'opposizione. Ne sarebbe derivata, in tesi, la nullità del provvedimento finale.

Il collegio della Suprema corte, qualificato il motivo ai sensi del n. 4 del primo comma dell'art. 360 cod. proc. civ., ha fatto applicazione dell'orientamento sopra sintetizzato, osservando che l'unica conseguenza pregiudizievole che il ricorrente allegava, consisteva nell'essere stato esposto alle spese processuali, come altrimenti non sarebbe stato se non fosse stato suggerito al consulente resistente di optare per il patrocinio legale.

Il ricorso per cassazione è stato quindi disatteso rilevando che la norma in questione non imponeva ma neppure escludeva l'assistenza legale, mentre la mera prospettazione dell'opportunità di avvalersene esprimeva il legittimo esercizio, da parte del giudice, del potere d'informazione a sua volta rientrante in quello di direzione del procedimento al fine del suo leale svolgimento.

Emergono dunque profili già visti nel paragrafo precedente, in particolare quello della *governance* giudiziale servente l'implementazione della lealtà processuale quale correttivo al principio di causalità in tesi implicato dalla disciplina delle spese, posto che l'onere di esse, in questo caso, era riferibile anche alla condotta del giudice.

Analogamente, Cass., sez. 1, 21 marzo 2011, n. 6343, rv. 616968, ha statuito che la parte che impugni la sentenza non definitiva di divorzio per la mancata concessione dei termini di cui all'art. 183, sesto comma, cod. proc. civ., per ottenerne la declaratoria di nullità, deve dimostrare che da tale mancata concessione sia conseguita in concreto una lesione del suo diritto di difesa, allegando il pregiudizio che gliene sia derivato, essendo altrimenti il gravame inammissibile per difetto d'interesse.

Nel caso di specie la Corte d'appello aveva osservato come non era stata dimostrata alcuna violazione del diritto di difesa dell'appellante, che aveva dedotto, al riguardo, unicamente di non avere potuto meglio formulare la propria domanda di annullamento della separazione consensuale, e di non aver potuto precisare che il vizio di consenso alla separazione integrava eccezione

relativamente all'esistenza delle condizioni per il divorzio. Ma, quanto alla dedotta impossibilità di formulare la domanda di annullamento, trattandosi d'istanza riconvenzionale, la stessa avrebbe dovuto esser proposta con la comparsa di risposta e non con le memorie previste dall'art. 183 cod. proc. civ., sesto comma, con conseguente assenza, sotto tale profilo, di una lesione del diritto di difesa. Mentre, quanto all'impossibilità di precisare che il vizio di consenso alla separazione integrava un'eccezione relativamente all'esistenza delle condizioni per il divorzio, il giudice territoriale aveva affermato che il vizio, per un verso, non poteva essere fatto valere in via di eccezione ma solo in via di azione e, per altro verso, era stato già dedotto nella memoria di costituzione e in udienza dinanzi al giudice istruttore, con conseguente mancanza di pregiudizio al diritto di difesa anche in relazione a questo profilo. Di qui il difetto d'interesse al motivo di ricorso per cassazione.

2.2. Significato relazionale delle norme procedurali e principi regolatori del giusto processo.

Come si anticipava, negli studi sul cosiddetto filtro al ricorso di legittimità, introdotto con l'art. 360-bis, cod. proc. civ., si è molto di recente segnalato che il principio degli *errores in procedendo* rilevanti solo se vi sia effettivo pregiudizio potrebbe portare a sostenere, alla luce del n. 2 dell'articolo appena menzionato, che la Corte può valutare, caso per caso, in punto di vaglio di ammissibilità, la concreta rilevanza e gravità della lesione processuale, avviando alla pubblica udienza solo quei ricorsi i cui motivi evidenzino l'effettiva incidenza del vizio denunciato nel procedimento di formazione del provvedimento impugnato.

Naturalmente quando il vizio processuale non abbia inciso affatto sulla decisione, risolvendosi nell'irrilevanza rispetto all'interesse protetto dalla norma, si tratterebbe dell'applicazione del principio di sanatoria di cui al terzo comma dell'art. 156, cod. proc. civ. (Cass., sez. 5, 12 maggio 2011, n. 10445, rv. 618086).

Ma quando, tipicamente, la violazione del contraddittorio opera privando la parte di poteri processuali di difesa, allegazione o prova, come avvenuto nella richiamata Cass. n. 6343 del 2011, l'opzione ermeneutica può rilevare nel senso sopra prospettato.

La sentenza sarebbe astrattamente illegittima ma non necessariamente ingiusta, nell'ottica dei principi di regolatori del giusto processo.

Parte della dottrina critica l'assunto perché alla Corte non sarebbe consentito un sindacato sull'idoneità delle evenienze processuali indicate nei motivi di ricorso a determinare un esito

diverso della lite, ritenendosi ammissibile l'impugnativa solo quando quella idoneità possa predicarsi con un sufficiente grado di certezza o meglio alta probabilità.

Per riprendere la fattispecie di Cass. n. 6343 del 2011, non sarebbe dato sapere, ora per allora, quali allegazioni possibili la parte avrebbe potuto sollevare nella memoria integrativa di cui al sesto comma dell'art. 183 cod. proc. civ., qualora effettivamente autorizzata.

Sembra, invece, ad altri approcci che l'indirizzo qui in esame possa trovare nuove basi nell'art. 360-*bis*, primo comma, n. 2, cod. proc. civ., proprio nel senso di conferire alla norma processuale un significato relazionale, oltre il quale della stessa si abuserebbe, assegnando alla garanzia una cifra di astrattezza piuttosto che svuotando il presidio offerto dalla nullità.

Questa impostazione, inoltre, risulta significativamente in linea con quella giurisprudenza, non a caso avversata dalla medesima dottrina, secondo cui il rispetto del diritto fondamentale a una ragionevole durata del processo impone al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 cod. proc. civ., di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione dello stesso. E tra questi rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a esplicare i suoi effetti. In questo senso si sono ad esempio pronunciate Cass., S.U., ordinanza, 22 marzo 2010, n. 6826, rv. 612077, e Cass., S.U., 3 novembre 2008, n. 26373, rv. 605610, in casi in cui sono state ritenute irrilevanti, nel giudizio di legittimità, attività d'integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari o parti totalmente vittoriose in fase di merito, in presenza di ritenute cause d'inammissibilità o improcedibilità dei ricorsi.

Gli studi critici osservano che non potrebbe darsi per scontato *a priori*, quanto meno per la parte pretermessa (e nella seconda fattispecie *ab initio* codestinataria naturale dell'impugnazione) l'esito del grado di giudizio, che la stessa Corte solo *a posteriori* sarebbe in condizioni di reputare tale.

Mutando ciò che deve mutarsi, non sarebbe possibile concludere *ex post* che la memoria per le integrazioni assertive e probatorie nel rito ordinario, sarebbe comunque stata irrilevante alla luce di quanto la parte stessa successivamente afferma che allora avrebbe allegato e richiesto.

Ciò che, per converso, emerge dalle decisioni in rassegna, è invece il rafforzarsi di una lettura delle norme processuali non strutturalmente formale, ma funzionale alla natura servente del procedimento, seppur autonomo nella disciplina rispetto alle titolarità sostanziali che in quella dimensione avversariale vengono calate.

Ecco perché, sebbene la legge processuale preveda, dati certi presupposti, l'attivazione automatica di determinati meccanismi processuali, questi potranno essere assorbiti – omettendoli e

negando che tale omissione possa integrare un vizio – a mezzo del rilievo, attuativo dei principi del giusto processo, per cui nessun pregiudizio ne potrebbe in ipotesi derivare ai diritti difensivi, motivo per cui, anzi, l'implementazione degli stessi andrebbe a integrare un abuso per eccesso dello strumento processuale.

Va in ogni caso dato atto che l'orientamento in parola non risulta ancora privo di variegata sfumature.

Ad esempio, in punto di decisioni “della terza via”, e connesse violazioni del contraddittorio, è stato affermato che l'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione di fatto, ovvero mista di fatto e diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione, comporta la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa solo quando la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio sulla predetta eccezione fosse stato tempestivamente attivato. Ma viceversa, qualora la questione di diritto sia di natura esclusivamente processuale (come quando attenga al corretto mezzo di impugnazione a disposizione della parte, punto che il giudice superiore deve preliminarmente e d'ufficio esaminare, a prescindere dall'*iter* processuale seguito anteriormente), tale nullità non è neppure astrattamente configurabile, perché anche la prospettazione preventiva del tema alle parti non avrebbe potuto involgere profili difensivi non trattati (Cass., sez. 6 - 3, ordinanza, 30 aprile 2011, n. 9591, rv. 617852).

Quasi in opposta inclinazione, per altro verso, diversi arresti, anche nel 2011, hanno perentoriamente enunciato che qualora il giudice di appello abbia deciso la causa senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ciò si traduce in nullità della sentenza. Tale nullità, comportando il mancato esercizio del diritto di difesa e la violazione del contraddittorio, principio cardine del giusto processo, è deducibile nel giudizio di cassazione ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 2), cod. proc. civ., e non è necessario, al riguardo, che la parte indichi se e quali argomenti avrebbe potuto svolgere ove le fosse stato concesso il termine per il deposito della comparsa conclusoria (Cass., sez. 6 - 2, ordinanza, 5 aprile 2011, n. 7760, rv. 617287; nello stesso senso possono menzionarsi, con riferimento al primo grado, Cass., sez. 3, ordinanza, 9 marzo 2011, n. 5590, rv. 617408; e, in generale, Cass., sez. 2, 24 marzo 2010, n. 7072, rv. 612235).

In ogni caso, che il filone ricostruttivo sopra focalizzato trovi sempre più marcate e capillari sintonie con l'ordinamento processuale emerge anche da discipline come quella che si legge nell'art. 182, secondo comma, cod. proc. civ., a seguito delle modifiche a esso apportate dalla legge 18 giugno 2009 n. 69. Come infatti osserva la Corte in uno degli ultimi arresti dell'anno, si tratta di un'importante estensione del principio di conservazione degli atti giuridici processuali, posto che si obbliga il giudice, in presenza della rilevazione di un vizio della procura, a provvedere in ordine alla

sanatoria con efficacia retroattiva, «con evidente equiparazione della nullità della procura *ad litem* al difetto di rappresentanza» (Cass., Sez. U., 22 dicembre 2011, n. 28337, in corso di massimazione).

Spazi sempre più ridotti dunque, per nullità formali e non funzionali alla tutela dei diritti difensivi.

E seguendo queste sollecitazioni in una cornice di completezza, sembra più che opportuno segnalare, al termine di questa disamina, come la lettura funzionale delle norme processuali, alla luce dei principi regolatori più volte menzionati, si sia riflessa nell'altrettanto recente pronuncia con cui le sezioni unite della Suprema corte hanno negato l'autonoma impugnabilità dell'atto di apertura del procedimento disciplinare al Consiglio nazionale forense, non avendo esso natura decisoria e definitiva, ma essendo endoprocedimentale e preliminare rispetto alla decisione di chiusura, e da impugnare con quest'ultima sulla quale si può ripercuotere (Cass., Sez. U, 22 dicembre 2011, n. 28335, in corso di massimazione).

Sembra infatti chiaro l'accento ermeneutico della Corte volto sottolineare la necessità che all'inesco della reazione oppositoria in parola sia sotteso un concreto e attuale pregiudizio per la parte che se ne assuma lesa. Una linea ricostruttiva, questa, che trova significativi punti di sintesi con il principio di proporzionalità nell'uso della risorsa giudiziaria.

L'OVERRULING NEL PROCESSO CIVILE

(a cura di Enzo Vincenti)

L'*overruling* giurisprudenziale in materia di processo civile si lega, in modo peculiare, ad un ben determinato evento, che ha segnato profondamente l'ordinamento giuridico negli ultimi anni, in plurime e variegate direzioni.

Si tratta, infatti, della riforma costituzionale che ha riscritto l'art. 111 Cost., declinandolo nel verso del "giusto processo dalla durata ragionevole", quale principio assiologico informante in modo nuovo gli esiti dell'attività esegetica, così da dare una veste rinnovata, e a volte proprio diversa, al sistema normativo e, in modo particolare, a quello processuale.

Risulta, quindi, difficile negare che la novità rappresentata dal valore costituzionale del "giusto processo dalla ragionevole durata" abbia favorito i mutamenti di indirizzo giurisprudenziale in materia processuale, risultando di tutta evidenza che il rilievo peculiare viene assunto proprio dal *revirement* di carattere restrittivo del diritto di difesa.

A tal riguardo basti rammentare, tra le altre, la vicenda della decorrenza del termine breve per l'impugnazione delle sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, che l'innovativa Cass., Sez. U, sent. n. 7607 del 30 marzo 2010 (rv. 612145) ha ritenuto di dover far partire dalla notifica della copia integrale del dispositivo, indipendentemente dalla registrazione della sentenza stessa, come invece richiedeva l'orientamento giurisprudenziale pregresso.

In un clima siffatto, dunque, è maturata la problematica relativa all'*overruling* giurisprudenziale sull'interpretazione delle norme del giudizio civile cui, in particolare, segue una dimidiazione dei poteri della parti processuali, alla quale ha dato, infine, risposta – proprio in riferimento alla anzidetta fattispecie del termine di impugnazione delle sentenze del TSAP - Cass., Sez. U, sent. n. 15144 dell'11 luglio 2011 (rv. 617905 – 617906), ripercorrendo un sentiero già aperto da talune decisioni della Seconda Sezione civile della stessa Corte di cassazione e traendo linfa anche dall'arresto costituito da Cass., Sez. U, sent. n. 10864 del 18 maggio 2011 (rv. 617621).

Con la decisione da ultimo richiamata si è inteso affermare, infatti, che l'interpretazione del "segmento di legge processuale", rimasto inalterato nel testo e, dunque, sottrattosi ad interventi legislativi di modifica, deve perpetuarsi in quella consolidata, non avendo "ragione d'essere ricercata" una diversa esegesi "e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire – e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario – l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile".

La diversa interpretazione, infatti, potrà essere ammessa soltanto in presenza di modifiche della disposizione interpretata o di mutamenti che interessino il settore normativo nel quale la norma vive o, ancora, in ragione dell'emersione di valori prima non considerati.

E' questa, per l'appunto, la c.d. "etica del cambiamento", espressione con la quale la successiva sentenza delle Sezioni Unite sull'*overruling* ha inteso definire l'approdo metodologico appena illustrato.

In definitiva, l'"ethos" richiede – in condizioni date, non incise da cambiamenti rilevanti - di salvaguardare la fiducia del cittadino nella stabile interpretazione ed applicazione della legge processuale.

Ed occorre evidenziare che la esaminata sentenza delle Sezioni Unite, sulla scorta dell'opzione metodologica appena illustrata, ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nell'ultimo ventennio in ordine al termine di costituzione dell'appellante in caso di notificazione dell'impugnazione a più parti, in forza del combinato disposto degli artt. 347 e 165 cod. proc. civ., da individuarsi in ragione dalla prima notificazione.

Dunque, proprio nella prospettiva di metodo anzidetta la successiva sentenza n. 15144 delle Sezioni Unite è stata agevolata nel distinguere tra *overruling* "evolutiva" ed *overruling* "correttiva".

La prima, espressione della dinamica propria della "vivenza" del diritto in modo diacronico, siccome permeato da valori suscettibili di modularsi diversamente in ragione delle istanze provenienti dalla realtà sociale. La seconda, prescindente da vicende evolutive riguardanti la norma interpretanda e legata unicamente all'affermarsi di un diverso significato da ascrivere alla disposizione rispetto a quello già dichiarato in precedenza dall'interprete.

Sicché, rispetto all'*overruling* "correttiva" non interessa, in definitiva, quale sia stato il movente del diverso significato che viene ora attribuito alla disposizione: se originato da un errore interpretativo o da una differente opzione di senso. Ciò che importa veramente è il risultato dell'operazione ermeneutica e che questa non sia frutto, per l'appunto, di una "fisiologica" evoluzione del diritto vivente.

E' evidente che anche in quest'occasione, come in quella segnata dalla sentenza n. 10864, le Sezioni Unite abbiano premura di dare forma ad un percorso di metodo, che fissi coordinate sufficientemente chiare e stabili. Ecco, dunque, che la pronuncia coniuga al momento dell'analisi delle varianti ermeneutiche altri piani argomentativi preliminari, particolarmente rilevanti, con l'ulteriore aggancio al contributo della dottrina, così da chiudere il circuito complessivo dell'interpretazione.

In particolare, la sentenza n. 15144 riafferma, anzitutto, il valore dichiarativo dell'interpretazione, presidio dell'indipendenza funzionale del giudice, che, nella sua "soggezione soltanto alla legge",

come predica l'art. 101 Cost., è garantito da interferenze esterne nell'interpretazione ed applicazione della norma e, dunque, nella decisione del caso concreto. In linea con la giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente si nega, dunque, carattere creativo all'opera dell'interprete, per riservare l'implementazione dell'ordinamento alla sola fonte a ciò costituzionalmente abilitata e cioè la legge.

Alla giurisprudenza rimane affidato il compito, decisivo ed ineliminabile, di inverare l'ordinamento, assumendo e metabolizzando le istanze provenienti dal substrato della realtà sociale, così da determinare il "diritto vivente" e cioè la dimensione di effettività del fenomeno giuridico. L'opera dell'interprete rimane vincolata alla formulazione testuale, nella sua significanza linguistica, ma esso può tenderla sino al punto appena precedente a quello di rottura. La norma vive come interpretata ed il non-superamento del punto di rottura sta a dimostrare che essa possiede quella determinata virtualità precettiva.

L'importanza di aver ribadito la posizione di esclusività della legge nella produzione della norma giuridica si coglie anche nel superamento dell'ostacolo teorico rappresentato dalla tesi del mutamento di giurisprudenza come *jus superveniens*, sostenuta da una parte della dottrina. Il mutamento di indirizzo giurisprudenziale (*novum jus* che si contrappone a *vetus jus*) non sarebbe altro - per la tesi in esame - che un mutamento della legge processuale e, dunque, irretroattivo, restando valido l'atto compiuto sotto il vigore della "legge" (*rectius*: giurisprudenza) precedente, in ossequio al principio, immanente nell'ordinamento processuale, del *tempus regit actum*.

L'aver le Sezioni Unite riaffermato, invece, che è la legge positiva la fonte di produzione del diritto ed escluso che la giurisprudenza abbia, nella sua attività interpretativa ed applicativa del diritto, analoga virtù, conduce evidentemente a negare che il mutamento di giurisprudenza possa essere equiparato allo *jus superveniens*.

Le Sezioni Unite, abbandonata la via dello *jus superveniens*, recuperano quella della tutela dell'affidamento, già intrapresa dalla stessa Cassazione con le pronunce della Seconda Sezione civile del 2010 [a partire da Cass., Sez. 2, ord. int., n. 14627 del 17 giugno 2010 (rv. 613684), seguita da Cass., Sez. 2, ord. int. n. 15809 del 2 luglio 2010 (rv. 613934)] ed arricchita di ulteriori spunti da successive decisioni.

In particolare, nelle pronunce delle Sezioni semplici l'*overruling* viene icasticamente espresso secondo una efficace immagine ludica, per cui esso "si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata", sicché il giudice si trova ad esercitare il proprio "potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione". Di qui, la scusabilità, per assenza di colpa, del comportamento della parte che ha posto in essere una condotta processuale in conformità "alla precedente giurisprudenza della stessa Corte", la cui interpretazione della norma processuale è da

intendersi come attività “concretizzatrice” che assegna alla stessa norma il suo “reale significato ... nella dinamica operativa”.

L’escludere che la condotta processuale come sopra descritta possa avere effetto preclusivo è un approdo segnato dal modo di operare del principio costituzionale del “giusto processo”, di cui all’art. 111, secondo comma, Cost., da leggersi come “sintesi qualitativa” delle garanzie indicate dalla stessa norma fondamentale (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), da coordinarsi reciprocamente e collegarsi con quelle degli artt. 24 e 113 Cost., del diritto di azione e di difesa. Sintesi che, del resto, “risente dell’“effetto espansivo” dell’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo”, come anche rilevato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009.

Una diversa conclusione – come quella di privare la parte, a seguito dell’*overruling* nelle circostanze innanzi evidenziate, della “possibilità di accedere alla corte di cassazione e di vedere celebrato un giudizio che conduca ad una decisione sul merito delle questioni di diritto veicolate dall’impugnazione” - sarebbe in contrasto, per l’appunto, con il principio del “giusto processo”, nella sua declinazione di garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela.

Una volta delineata la cornice di sostegno, entro la quale collocare il rimedio all’anzidetta situazione, assunta come determinativa di una patologia del procedimento, la Corte opta decisamente per l’obiettivo di fornire protezione alla parte che abbia agito “confidando sulle regole processuali suggerite da un costante orientamento giurisprudenziale, poi superato da un *revirement*”. Sicché, è proprio l’affidamento creato dalla giurisprudenza a rappresentare “chiara ed evidente spiegazione e giustificazione della condotta processuale della parte”.

Le Sezioni unite recuperano, dunque, il percorso tracciato dalle Sezioni semplici e lo rendono ancor più sicuro.

Da un lato, infatti, esso è vivificato dall’accostamento – emerso, oltre che in dottrina, anche in una certa giurisprudenza di merito, sebbene quest’ultima sia piuttosto incline a seguire la teorica dello *jus superveniens* – allo scrutinio di ragionevolezza sulle leggi retroattive effettuato dalla Corte costituzionale, con i noti limiti posti alla retroattività, così da poter affermare che “ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza”. Sicché, il mutamento di giurisprudenza deve rispettare, al pari di quanto è richiesto alla legge retroattiva, il ragionevole affidamento ingenerato nel cittadino “da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione”.

Dall’altro lato, poi, il meccanismo con il quale il principio dell’affidamento viene, nella specie, ad operare è individuato nella “scissione tra il *fatto* (il comportamento della parte risultante *ex post* non

conforme alla corretta regola del processo) e *l'effetto*, di preclusione, che dovrebbe derivarne". In ciò va essenzialmente riconosciuto lo sforzo della Corte nel fornire una adeguata e resistente ricostruzione teorica, che fosse fondativa dell'istituto dell'*overruling*.

Una ricostruzione, questa, che è consentita, anzitutto, dalla peculiare conformazione del mutamento giurisprudenziale, siccome connotato da "eccezionalità", tale che la fattispecie legale, secondo il suo significato applicativo, diventa recessiva rispetto a quella concreta, così come realizzatasi secondo la lettura giurisprudenziale *overruled*.

E proprio perché "eccezionale", l'*overruling* deve essere, come già accennato, imprevisto e ragionevolmente imprevedibile, così da costituire una "sorpresa" rispetto al contegno processuale sino allora richiesto.

In tal senso, va detto sin d'ora che la disposizione variamente interpretata, quella oggetto di un contrasto esegetico, ovvero anche la nuova disposizione sulla quale non si sia formato ancora un indirizzo, rappresentano fattori tutti di crisi della nozione di mutamento imprevisto e ragionevolmente imprevedibile, salvo che le contingenti circostanze del caso non consentano, comunque, di caratterizzarli come imprevedibili, in ragione della stessa natura del concetto di prevedibilità, giacché legato al profilo soggettivo della condotta.

Ciò precisato, il mutamento giurisprudenziale "restrittivo", in quanto di ostacolo ad una soluzione di merito del processo - la quale, appena prima, sarebbe stata il suo naturale sbocco - si pone in frizione con il principio del "giusto processo", costituzionalmente garantito (art. 111 Cost.), alla cui stregua non è consentito frapporre impedimenti ad una decisione sul merito della controversia, che non siano quelli consentanei a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

Il quadro entro il quale si muove la soluzione delle Sezioni Unite è, come visto, quello del valore del "giusto processo", nella sua dimensione conglobativa dell'inviolabile diritto di azione e difesa, al fine, per l'appunto, di rendere effettiva la tutela giurisdizionale e, dunque, la sua propensione alla decisione di merito.

In questo contesto, la premessa fondante sembra concettualmente segnata dal legame che avvince la disciplina positiva del processo con l'esigenza, propria di chi invoca la tutela giurisdizionale, che detta disciplina sia, nella sua essenza di criterio di condotta nell'atto stesso di concretizzarsi, certa. Si tratta, come è evidente, dell'affidamento incolpevole sulla certezza della regola processuale in quel dato momento cristallizzata dal diritto vivente. Ma, ancor più si tratta della regola "singolare", che riguarda quel dato processo e quel dato esercizio (o mancato esercizio) di attività processuale concernente una determinata parte. In altri termini, la regola astratta, dispensata dal diritto oggettivo, ha già trovato concretizzazione nel vivo del processo e ad essa, la parte, si è conformata in base alla lettura sino a qual momento attuale.

La predicata natura dichiarativa della giurisprudenza non può però giungere sino a travolgere quell'attività processuale, giacché è l'affidamento incolpevole della parte – tutelato dal combinato operare dei principi fondamentali di garanzia innanzi ricordati – a “reggere” l'attività stessa. Infatti, come bene affermano le Sezioni Unite, “sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme”.

Se, dunque, la possibilità di tutelare la parte pregiudicata dall'*overruling* è nel segno dell'affidamento incolpevole, esso, operando all'interno del singolo processo, in rapporto alle esigenze esclusive di questo, non sembra porre più problemi di interferenza con il piano delle fonti (di produzione) del diritto.

Una volta, quindi, ammesso che la parte possa essere tutelata nella propria posizione processuale, occorre rinvenire il rimedio specifico per rendere effettiva la tutela. A tal riguardo, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite è quella di lasciare aperta la porta all'utilizzo dello strumento processuale che maggiormente si adatta alla situazione specifica. Dunque, la rimessione in termini se si tratta di compiere o di rinnovare l'attività processuale omessa o viziata. Diversamente, è possibile convergere sulla declaratoria di tempestività/correttezza dell'adempimento a suo tempo effettuato dalla parte.

Anche sul profilo relativo all'individuazione del momento oltre il quale non è più possibile ritenere incolpevole l'affidamento e cioè il momento che è segnato dalla conoscenza del mutamento di giurisprudenza come “fatto”, l'opzione delle Sezioni Unite del luglio di quest'anno è stata per una affermazione di principio, che lasciasse al giudice, su adeguata sollecitazione delle parti, il compito di fissare quel “momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva”. Un giudizio di fatto, dunque, che dovrebbe avere l'adeguato supporto allegatorio delle parti e, ove necessario, anche quello probatorio.

Sembra da escludersi, in ogni caso, la possibilità di individuare l'anzidetto momento in quello stesso della pubblicazione della decisione che ha mutato l'orientamento precedente. Ciò per l'assenza, nell'ordinamento vigente, di strumenti di pubblicità delle decisioni della Cassazione analoghi a quelli previsti per le pronunce della Corte costituzionale e in altri sistemi, nei quali la giurisprudenza è formalmente una fonte del diritto.

Invero, una soluzione praticabile è quella adottata da Cass., Sez. 2, sent. n. 3030 del 7 febbraio 2011 (rv. 616703), secondo la quale la parte – cui è stata negata la rimessione in termini - non poteva invocare la mancata pubblicazione della sentenza di *overruling* [si trattava di Cass., Sez. U, n. 19161 del 2009 (rv. 609887)] “sulle riviste giuridiche più note e diffuse tra gli operatori del diritto”, posto che, al momento del deposito del ricorso (4 novembre 2009), il testo integrale di detta sentenza “era già disponibile (a partire dal 13 ottobre 2009) nel Servizio novità del sito web della Corte di

cassazione, accompagnato da un *abstract* di presentazione, curato dall'Ufficio del Massimario della Corte, con il quale il mutamento di indirizzo giurisprudenziale era stato segnalato agli utenti". Precisandosi, altresì, che l'anzidetto Servizio novità è "istituzionalmente rivolto, secondo il decreto istitutivo del Primo Presidente, proprio a dare risalto alle più importanti decisioni di legittimità".

E' una linea, questa, su cui converge una parte della dottrina, la quale ritiene di poter richiedere al qualificato professionista che assiste la parte un onere di informazione sulla giurisprudenza, fino all'ultimo momento precedente la notificazione del ricorso, il quale deve tener conto, ora, del già ricordato art. 360-*bis* cod. proc. civ. Non potendo, dunque, disconoscersi un dovere professionale di informazione in capo al difensore della parte, appare di conseguenza corretto pretendere che l'affidamento incolpevole possa essere invocato soltanto qualora se ne dimostri il pieno assolvimento.

L'orientamento fatto proprio dall'esaminata pronuncia delle Sezioni Unite n. 15144 del 2011 è stato ribadito successivamente da ulteriori pronunce.

In particolare, giova ricordare Cass., Sez. 6-I, ord. n. 16365 del 26 luglio 2011 (rv. 619004), la quale - pronunciando in tema di regolamento di competenza a seguito dell'*overruling* determinato dalla ordinanza n. 6307 del 16 marzo 2010 (rv. 612154) delle Sezioni Unite sull'individuazione del giudice competente in materia di equa riparazione in relazione a giudizio svoltosi dinanzi a giudice differente da quello ordinario - ha valorizzato concretamente l'istituto della rimessione in termini, reputandolo attivabile senza necessità di istanza di parte.

La giustificazione di fondo sulla scelta del rimedio anzidetto, in luogo della diversa possibile opzione dell'efficacia soltanto *pro futuro* dal mutamento interpretativo sulla norma processuale, è stato rinvenuto nel "serio ostacolo all'innovazione giurisprudenziale" che tale ultima soluzione comporterebbe, "privando di interesse le parti a patrocinare modifiche delle quali ben raramente si potrebbero giovare, perché la controparte, svantaggiata dal nuovo orientamento, potrebbe invocare l'applicazione in proprio favore di quello precedente, a tutela nell'affidamento nello stesso riposto".

Sulla stessa fattispecie oggetto di cognizione da parte delle Sezioni Unite del luglio di quest'anno si è, poi, pronunciata Cass., Sez. U, sent. n. 24413 del 21 novembre 2011 (rv. 619591), ribadendo, anzitutto, che, alla luce della nuova esegesi dell'art. 202 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, il ricorso per cassazione avverso la sentenza emessa dal Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado deve essere proposto nel termine breve di quarantacinque giorni decorrente dalla notifica della copia integrale del dispositivo, senza dover attendere la registrazione della sentenza stessa (come richiesto dal pregresso "diritto vivente" sulla predetta norma).

In siffatto contesto, la medesima pronuncia ha ritenuto ammissibile, in applicazione del principio di tutela dell'affidamento, il ricorso proposto oltre il predetto termine di quarantacinque giorni (ma

entro il termine lungo di cui all'art. 327 cod. proc. civ.), in un caso in cui la notificazione del dispositivo della sentenza impugnanda era intervenuta prima del mutamento di giurisprudenza che aveva imposto l'osservanza della anzidetta sequenza processuale, sebbene poi la scadenza dell'indicato termine fosse avvenuta appena tre giorni dopo la pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione determinativa dell'*overruling* e, dunque, come tale, non oggettivamente conoscibile dalla parte in tempo utile per l'impugnativa nel termine breve.

In definitiva, la pubblicazione della sentenza, che ha operato il mutamento interpretativo, in epoca antecedente ma appena prossima all'attività processuale che la parte avrebbero dovuto compiere in forza della nuova esegesi, consente ancora di ravvisare come incolpevole l'affidamento nel "diritto vivente" poi mutato, ove non possa riconoscersi, alla stregua dei generali principi in tema di decadenza, che l'onere da osservare sia stato oggettivamente conoscibile, ma soltanto ricavato *a posteriori* in via di ricostruzione adeguatrice del sistema. Ciò in quanto non può porsi a carico della parte onerata dall'attività processuale "un dovere di monitoraggio continuo della giurisprudenza al fine di verificare la perdurante validità di scelte processuali che al momento in cui avevano dovuto essere fatte, risultavano in linea con una consolidata interpretazione pluriennale".

VERSO IL GIUSTO PROCESSO MINORILE

(a cura di Francesca Ceroni)

La disciplina dei procedimenti camerale aventi ad oggetto la potestà genitoriale, l'adozione legittimante e la filiazione naturale si segnala, nell'ambito della procedura civile, come uno dei settori in cui più forte appare la tensione tra l'esigenza di un "diritto mite", in grado di assicurare una giustizia a misura di minore, e quella di delineare in termini chiari un quadro di principi omogenei applicabili in tutto il territorio nazionale, intervenendo, al tempo stesso, per rendere le regole processuali speciali coerenti con il quadro dei principi dettati dal nuovo 111 Cost.

Tuttavia in un processo tradizionalmente "del giudice" e non "delle parti", connotato da un potere officioso amplissimo e non tipizzato, complicato dalla disciplina scarna del procedimento camerale, dalla rilevanza attribuita all'"interesse del minore", nonché dai rischi di una giustizia "teleologica", il rispetto della garanzia del contraddittorio, della parità delle armi difensive, della necessaria terzietà del giudice ed infine della ragionevole durata rappresentano il risultato, ancor ben lungi dall'essere raggiunto, di un radicale cambiamento culturale e di sensibilità giuridica.

Significativa, in proposito, appare l'evoluzione della più recente giurisprudenza in materia, che, consapevole della difficoltà di coniugare la centralità dell'interesse del minore, i principi sanciti dall'art. 111 Cost., così come riformulato con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, nonché quelli consacrati dalle convenzioni internazionali, ha contribuito a tracciare alcune fondamentali *guidelines*.

Le Sezioni Unite con la sentenza n. 16864 del 2 novembre 2011 (*"In tema di giurisdizione sui provvedimenti de potestate, l'art. 1 della Convenzione dell'Aja dà rilievo unicamente al criterio della residenza abituale del minore, quale determinata in base alla situazione di fatto esistente all'atto dell'introduzione del giudizio, non consentendo, quindi il mutamento della competenza, in ossequio al diverso principio di "prossimità", poiché questo è evocabile solo in tema di competenza interna; pertanto, in caso di trasferimento di un minore (nella specie dalla Svizzera all'Italia) permane la giurisdizione del giudice di residenza abituale, ancorché l'autorità giudiziaria adita a seguito del trasferimento abbia emesso provvedimenti interinali per ragioni d'urgenza"*, rv. 618779), sembra che abbiano implicitamente ammesso la ricorribilità in cassazione dei provvedimenti "de potestate". Così come Cass., sez. 1, n. 6841 del 24 marzo 2011, rv. 616880, "apre" all'ammissibilità del regolamento di competenza ad istanza di parte, nei confronti di provvedimenti camerale, revocabili e modificabili *ad nutum*, discostandosi dall'orientamento che tale ammissibilità negava (ved. tra le più recenti: Cass., sez. 1, 17 giugno 2009, n. 14091, rv.

608597; Cass., sez. 1, 14 maggio 2010, n. 11756, rv. 613032; Cass., sez. 1, 4 aprile 2011, n. 7609, rv. 617506).

La Corte, quindi, ritiene ammissibile il ricorso ex art.111 Cost. anche in relazione a procedimenti che, pur con effetti estremamente gravi come quelli che incidono, talvolta drasticamente, sulla potestà dei genitori, ne sono tradizionalmente esclusi, benché “il presidio costituzionale – il quale è testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio (a ciò riferendosi, infatti, l’espreso richiamo al paradigmatico vizio di violazione di legge) contrassegna il diritto a fruire del controllo di legittimità, riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in Cassazione” (Corte Cost. n. 26 del 1999 e n. 207 del 2009).

Si pone sulla stessa linea la pronuncia n. 6319 del 21 marzo del 2011, rv. 616970, ribadendo che *“il decreto emesso ai sensi dell'art. 317 bis cod. civ. ha natura sostanziale di sentenza, presentando il requisito della decisorietà, risolvendo una controversia tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo, e della definitività, con efficacia assimilabile, rebus sic stantibus a quella del giudicato”*, confermando un orientamento, tracciato dalle sentenze della prima sezione rispettivamente del 30 ottobre 2009, n. 23032, rv. 609998, e del 4 novembre 2009, n. 23411, rv. 610466, e consolidando così il *revirement*, rispetto al principio contrario espresso da Cass. S.U. 25 gennaio 2002, n. 911, rv. 551854, e Cass. S.U. 8 aprile 2008, n. 9042, rv. 602386.

Con la pronuncia n. 6319 del 2011, citata, la Corte precisa, altresì, che le innovazioni introdotte dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54 comportano, oltre a consistenti effetti sostanziali (potestà esercitata da entrambi i genitori, decisioni di maggior interesse di comune accordo, con intervento diretto del giudice in caso di contrasto, quelle più minute assunte anche separatamente, privilegio dell’affidamento condiviso, rispetto a quello ad uno dei genitori, che comunque può essere disposto, quando il primo appaia contrario all’interesse del minore; assegno per il figlio, in subordine, essendo preminente il principio del mantenimento diretto da parte di ciascun genitore, audizione obbligatoria del minore ultradodicesimo), *“rilevanti problematiche processuali, in quanto forniscono una definitiva autonomia al procedimento di cui all’art. 317 bis cod. civ., allontanandolo dall’alveo della procedura ex artt. 330, 332, 336 cod. civ. e avvicinandolo, e per certi versi assimilandolo, a quello di separazione e divorzio, con figli minori”*. La Corte ritiene poi ragionevole la scelta di mantenere comunque la competenza funzionale del Tribunale per i minorenni ed il rito della camera di consiglio nelle vicende inerenti la crisi delle coppie di fatto con prole, argomentando che: *“l’ordinamento prevede, ormai con una certa frequenza, la scelta del rito camerale in relazione a controversie oggettivamente contenziose, per ragioni di celerità e snellezza, primo fra tutti il giudizio di appello nei giudizi di separazione e divorzio”*. Il giudice di legittimità quindi, traccia una prima *guideline*, concludendo che i decreti emessi ai sensi dell’art. 317 bis cod. civ. *“pure*

nell'ambito delle forme camerali che lo caratterizzano debbono applicarsi i termini d'impugnazione di cui agli artt. 325 e 327 cod. proc. civ., trattandosi di appello mediante ricorso, e non di reclamo ex art.739 cod. proc. civ.” A contrario, conferma l’orientamento consolidato, pur integrandone la motivazione, in riferimento ai procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 cod. civ. per i quali: “nonostante l’indubbia presenza di caratteri contenziosi (contrasto tra diritti soggettivi) rafforzati ulteriormente dalla legge n. 149 del 2001, che ha previsto, in tali procedimenti, l’assistenza di un difensore per i genitori e per il minore, appare ancora preminente il profilo di controllo della potestà, nell’interesse dei figli minori, e, dunque, l’assenza di “decisorietà” e la possibilità di revoca di provvedimenti anche prescindendo da un mutamento di circostanze, ai sensi dell’art.742 cod. proc. civ.”.

Ancora con riguardo agli “effetti processuali” che le innovazioni introdotte dalla legge n. 54 del 2006 hanno comportano e sempre in punto di “competenza”, la Corte mantiene il filone interpretativo inaugurato con l’ordinanza della prima sezione civile n. 8362 del 3 aprile 2007, rv. 595912, ribadendo, con riguardo ad un regolamento di competenza proposto d’ufficio dal Tribunale per i minorenni su un ricorso avente ad oggetto la richiesta del solo contributo al mantenimento di un figlio minore, proposto, in prima battuta, al giudice ordinario, che: *“l’attrazione al giudizio del Tribunale per i minorenni della domanda di corresponsione di un contributo per il mantenimento del figlio minore può giustificarsi esclusivamente in caso di contestualità fra la stessa e la domanda principale, proposta ai sensi dell’art. 155 cod. civ., riguardante l’affidamento dei figli e l’esercizio della potestà genitoriale.”*

Deve, poi, evidenziarsi come il variegato comporsi dei principi sostanziali “innovatori”, con quelli processuali “fondamentali” sia destinato a riverberarsi anche in campi tradizionalmente estranei al controllo *in iure* da parte della Suprema Corte.

In particolare, con la decisione n. 10265 del 10 maggio 2011, rv. 618034 – 618035, in tema di adozione in casi particolari, nell’ipotesi di cui all’art. 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, il giudice di legittimità evidenzia come il principio di bi-genitorialità abbia informato di sé il contenuto precettivo dell’art. 317 *bis* cod. civ., traendone la conseguenza che anche il genitore, che non abbia mai convissuto con il figlio naturale, debba essere messo in grado di contraddire ed il suo eventuale dissenso ha efficacia preclusiva.

Nel porre il nuovo principio la Corte chiarisce, altresì, che il ricorso in Cassazione deve essere proposto nel termine ordinario, mentre quello previsto, per la diversa ipotesi di opposizione allo stato di adottabilità, dall’art. 17 della legge n. 184 del 1983, è un termine speciale che, attesa la natura eccezionale di tale norma, non può essere interpretato analogicamente. Coglie, poi, l’occasione per confermare un precedente risalente per il quale *“il provvedimento di adozione dei*

minorenni in casi particolari, in virtù della novellazione dell'art. 313 cod. civ., da parte dell'art. 30 legge n. 149 del 2001, richiamato dall'art. 56 legge n. 184 del 1983, ha forma e natura di sentenza e, conseguentemente, se emesso in sede di gravame dalla corte d'appello, sezione per i minorenni, è impugnabile con il ricorso ordinario per cassazione, per tutti i motivi di cui all'art. 360 cod. proc. civ.” (cfr. Cass., 1 sez., n. 22350 del 26 novembre 2004, rv. 57839).

Nel difficile tentativo di trovare un equilibrio tra la ineludibile ricerca di garanzie processuali e la salvaguardia della tutela dell'interesse di quel singolo minore nella sua unicità, il Supremo Collegio, con la sentenza n. 13241 del 16 giugno 2011, rv. 618902, consapevole di muoversi su un sentiero stretto e affrontando uno dei temi più spinosi tra quelli che riguardano i procedimenti minorili, afferma che l'audizione del minore, pur prevista dall'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e divenuta adempimento necessario, ai sensi degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (ratificata con la legge 20 marzo 2003, n. 77), non è prescritta in via assoluta, bensì rimessa alla valutazione del giudice, che può non ricorrervi, ove neghi, anche secondo il notorio, sufficiente maturità al minore stesso e privilegi l'interesse superiore di questi a non essere esposto al presumibile danno derivante dal coinvolgimento emotivo nella controversia che opponga i genitori. Nella specie la S.C. ha rigettato il ricorso avverso la sentenza di merito, che aveva ritenuto la superfluità dell'ascolto del minore, avente solo otto anni, in funzione cognitiva, sul rilievo che i disagi manifestati erano da ricollegarsi essenzialmente alla pervicace condotta del genitore "abductor", volta all'appannamento della figura materna. Con ciò è confermato il "precedente" (Cass., S.U., n. 22238 del 21 ottobre 2009, rv. 610007), che individua una violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo nel mancato ascolto dei minori in tutte le procedure che li riguardino (audizione imposta dall'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991 prima, e dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo sullo esercizio dei diritti del fanciullo del 1996, ratificata con la legge n. 77 del 2003, poi) e, tuttavia, si è precisato che tale principio, benché appartenga a quelli presi in considerazione dall'art.111 Cost., cede se *"in contrasto con gli interessi fondamentali del minore"*, con la conseguenza che il mancato ascolto è legittimo, ma deve essere sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento, che ne può giustificare l'omissione. Questa è l'argomentazione sulla quale la decisione si basa: l'audizione del fanciullo appartiene al nucleo fondante i diritti inviolabili di difesa e del contraddittorio, ed è, pertanto, adempimento necessario, ciò nonostante è necessario procedere al bilanciamento di questi con l'interesse "concreto" di "quel" minore, alla cui tutela, sebbene in via indiretta e strumentale, sono preposti.

Sempre con riferimento al tema dell'ascolto, la prima sezione con la pronuncia n. 1838 del 26 gennaio 2011, rv. 616352, conferma (Cass. Sez. 1, n. 7282 del 26 marzo 2010, rv. 612679) che la

presenza dei difensori delle parti all'audizione del minore non è necessaria, costituendo una scelta del tutto discrezionale del giudice, e che, pertanto, non costituisce violazione del diritto al contraddittorio il mancato avviso dell'udienza fissata per detta audizione.

Invero, l'esigenza, fortemente avvertita, di riformare i procedimenti di competenza del tribunale per i minorenni armonizzandoli con il principio costituzionale suddetto, si scontra con la "struttura" del procedimento camerale, il cui intendimento fondamentale è quello di coniugare una precostituzione minima delle forme con flessibilità e celerità; si tratta di una struttura pensata, almeno in origine, per gestire quei settori di minimo impatto sociale assegnati alla tutela della giurisdizione volontaria, costituiti dalle autorizzazioni, dalle omologazioni e dalle nomine e rimozioni di rappresentanti. Tuttavia, come è stato autorevolmente sostenuto, il rito camerale emerge in tutta la sua inadeguatezza, qualora si passi a considerare il vasto settore in cui la procedura *ex art. 737 ss. cod. proc. civ.* debba assicurare tutela al "preminente" interesse del minore a fronte del diritto-potestà dei genitori; infatti detta situazione soggettiva, pur con tutte le sue difficoltà di definizione dogmatica, si presenta di rango particolarmente elevato, in quanto coincidente con quel "dovere e diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio" di cui all'art. 30, primo comma, Cost. Pertanto, allorché la gestione d'interessi (di minori, incapaci, ecc.), affidata al giudice, sia istituzionalmente destinata ad incidere su diritti a contenuto non patrimoniale, comprimendoli in modo più o meno provvisorio o duraturo, si rileva come assolutamente indispensabile la predisposizione di forme d'intervento del giudice, in grado di assicurare la piena tutela giurisdizionale dei diritti o *status* incisi da tale gestione.

Le carenze "genetiche" evidenziate, poi, assumono ancor più consistenza, alla luce del rilievo che al "patrimonio" irrinunciabile di diritti del minore, è stato attribuito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991 prima, dalla Convenzione di Strasburgo del 1996, poi e ribadita più di recente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 7 dicembre 2000), alla quale il Trattato di Lisbona attribuisce valore giuridico. Nella Carta si consacrano, in particolare, i valori "fondamentali" della dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, e la "centralità" della persona, si riconoscono specifici diritti che coinvolgono la vita familiare ed il rapporto genitori-figli (la protezione e il rispetto della dignità umana – art. 6 –, il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare – art. 7 –; i diritti dei minori alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, il diritto ad intrattenere regolarmente relazioni e contatti diretti con i genitori, salvo che ciò appaia contrario al loro interesse – art. 24 –).

E' poi da segnalare che il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha varato, il 17 novembre 2010 nella 1098^a riunione dei Delegati dei ministri, delle linee guida per "*una giustizia a misura di minore*", linee guida che "*trattano la questione della posizione e del ruolo, nonché delle opinioni,*

diritti e bisogni del minore in un procedimento giudiziario ed anche nei procedimenti ad esso alternativi [...] dovrebbero applicarsi a tutte le situazioni in cui i minori, per qualsiasi motivo e in qualsiasi veste, possono essere posti in contatto con gli organi e servizi competenti coinvolti nell'esercizio della giustizia penale, civile o amministrativa [...] si prefiggono di assicurare che, in tali procedimenti, tutti i diritti dei minori, tra cui il diritto all'informazione, alla rappresentazione, alla partecipazione ed alla protezione, siano pienamente rispettati tenendo debitamente conto del livello di maturità e comprensione del minore, nonché di tutte le circostanze del caso. Il rispetto dei diritti del minore non dovrebbe compromettere i diritti delle altre parti coinvolte".

La Suprema Corte consapevole di questa "criticità" endemica al sistema processuale minorile, "giurisdizionalizza" progressivamente un modello legale, come già evidenziato, inadeguato alla tutela di diritti in conflitto, in quanto privo di un *minimum* di garanzie, dove garanzia significa, come è stato puntualmente chiarito da un autorevole studioso, predeterminazione legale dei poteri (delle parti e del giudice) suscettibili d'influire sul contenuto della decisione del giudice, concezione oggi ancor più pregnante, atteso il tenore dell'art. 111, primo comma, Cost. che definisce come "giusto" il processo regolato dalla legge.

Espressione di questa sensibilità è la sentenza emessa dalla prima sezione, n. 14554 del 4 luglio 2011, rv. 618600, che afferma: "*in tema di procedimento per lo stato di adottabilità, il titolo II della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel testo novellato dalla legge 28 marzo 2001, n. 149, che riflette anche principi sovranazionali (artt. 3, 9, 12, 14, 18, 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991 n. 176; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea sui diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con legge 2 marzo 2003, n. 77; art. 24 della Carta di Nizza), attribuisce ai genitori del minore una legittimazione autonoma, connessa ad un'intensa serie di poteri, facoltà e diritti processuali atta a fare assumere loro la veste di parti necessarie e formali dell'intero procedimento di adottabilità e, quindi, di litisconsorti necessari pure nel giudizio di appello, quand'anche in primo grado non si siano costituiti, con conseguente necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti, ove non abbiano proposto il gravame; a tal fine non è sufficiente la sola notificazione, attuata d'ufficio, del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione dell'appello, posto che tale iniziativa officiosa non consente anche la conoscenza del contenuto dell'altrui ricorso ed il compiuto esercizio del loro diritto di difesa".*

La Corte nell'intento di ridefinire il modello procedimentale di riferimento, argomenta che, in tema di diritto del minore ad una famiglia, "*il procedimento deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale dei genitori, i quali devono essere avvertiti dell'apertura della procedura, essere invitati a nominare un difensore, essere informati della nomina di un difensore d'ufficio per il caso*

che non vi provvedano e, ancora, che gli stessi assistiti da un difensore possano partecipare in primo grado a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale e debbono essere sentiti e ricevere le comunicazioni dei provvedimenti adottati, nonché possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice, e devono ricevere la notificazione per esteso della sentenza, con contestuale avviso del loro diritto di proporre impugnazione. L'art. 17, prevede, inoltre, che il pubblico ministero e le altre parti possono proporre impugnazione avanti la Corte d'Appello e non pone alcuna ulteriore restrizione al novero dei legittimati al gravame e, dunque, deroga al regime del contraddittorio previsto in via generale nel nostro ordinamento positivo processuale con riguardo ai procedimenti contenziosi ordinari”.

In questa stessa proiezione, Cass., sez. 1, n. 12730 del 10 giugno 2011, rv. 618409, delimita i poteri del giudice di secondo grado, qualora questo ravvisi l'insussistenza per la pronuncia dello stato di adottabilità del minore, affermando che *“deve limitarsi a revocare la dichiarazione assunta in primo grado, mentre non può disporre l'affidamento etero familiare, essendo questo un provvedimento che l'art.4 della legge 4 maggio 1984, n. 183, riserva al servizio sociale, in presenza del consenso dei genitori esercenti la potestà ed al tribunale per i minorenni in mancanza del predetto assenso”.*

Alla luce della più recente giurisprudenza emerge, quindi, il fondamentale ruolo di nomofilachia che la Suprema Corte svolge, pur in un panorama “costretto” dai limiti della “ricorribilità” in cassazione dei provvedimenti *de potestate*; la sua fondamentale opera di specificazione del dato normativo “a maglie larghe” relativo alla tutela camerale dei diritti, di “configurazione” di un modello processuale “giurisprudenziale”, in grado, in attesa di un legislatore illuminato, di coagulare le diverse prassi dei giudici di merito, diventando riferimento unico, generalmente applicato, cosicché possa essere anche assicurata, come è stato evidenziato da un esimio giurista, la funzione “costituzionale” della fedeltà ai precedenti giurisprudenziali, vista come proiezione del principio di eguaglianza e di certezza dei rapporti.

PARTE SECONDA

I DIRITTI FONDAMENTALI E LA RESPONSABILITÀ
(coordinamento di Maria Acierno)

LA SELEZIONE E LA VOCAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI (a cura di Francesco Cirillo)

La riflessione della giurisprudenza sui diritti fondamentali si è tradotta, anche nel corso dell'anno 2011, in pronunce che, pur richiamandosi a principi in qualche modo già presenti nella giurisprudenza precedente, hanno comunque apportato un contributo di novità.

Assai originale – e in qualche modo nuova – è la sentenza 27 aprile 2011, n. 9422 (rv. 6179980), nella quale la Terza Sezione Civile ha stabilito che non costituisce un diritto fondamentale della persona quello al godimento del tempo libero.

Il caso che ha dato luogo alla pronuncia non è di grande rilevanza da un punto di vista economico, ma pure è significativo della concretezza dei problemi con i quali si misura la domanda di giustizia dei cittadini: si trattava, infatti, di una domanda di risarcimento danni proposta da un privato nei confronti della società Telecom per l'illegittima sospensione di linee telefoniche urbane per la durata di due giorni. Tanto il tribunale quanto la corte d'appello avevano accolto la domanda risarcitoria conseguente al riconoscimento dell'illegittimità della sospensione, ma senza riconoscere «il preteso danno per perdita del tempo libero». Dal complesso della motivazione si deduce che l'ulteriore domanda risarcitoria (respinta) si fondava sul presunto danno conseguente al tempo trascorso nello svolgimento delle pratiche burocratiche necessarie per il ripristino delle linee, a causa delle conseguenti inevitabili code (quattro ore di tempo libero da calcolare come ore di straordinario).

La Corte, nel rigettare il ricorso, trae lo spunto per soffermarsi sul delicato ed interessante aspetto della qualificazione giuridica del c.d. diritto al tempo libero. Rileva la sentenza in questione che «i diritti inviolabili dalla valenza costituzionale sono quelli non solo positivizzati, ma anche quelli che emergono dai documenti sovranazionali, quali interpretati dai giudici nella loro attività ermeneutica. Si tratta di diritti o interessi che l'ordinamento non solo riconosce, ma garantisce e tutela con efficacia *erga omnes*, proprio perché fondanti la persona umana, che presenta una sua dignità, la quale fa da presupposto ineludibile per il loro esercizio e la loro attuazione». Nella specie, però, in tale categoria non può farsi rientrare anche il diritto al tempo libero, «e ciò per la semplice ragione che il suo esercizio è rimesso alla esclusiva autodeterminazione della persona, che è libera di scegliere tra l'impegno instancabile nel lavoro e il dedicarsi, invece, a realizzare il suo tempo libero da lavoro e da ogni occupazione»; la caratteristica tipica dei diritti inviolabili, invece, è proprio quella di essere diritti irretrattabili della persona. D'altra parte – prosegue la sentenza – né la Carta costituzionale né le Carte fondamentali dell'Unione europea riconoscono l'esistenza di un simile

diritto, il che costituisce un elemento ulteriore, anche se di per sé non decisivo, ai fini dell'impossibilità di accogliere una simile pretesa risarcitoria.

Il precedente autorevole cui la sentenza n. 9422 esplicitamente si richiama è quello della nota pronuncia delle Sezioni Unite 11 novembre 2008, n. 26972 (rv. 605493), la quale – nell'ammettere la possibilità di un risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti – ha stabilito che tra le condizioni necessarie per la risarcibilità deve esserci anche quella della non futilità del danno stesso, il quale non può consistere in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità.

La materia dei diritti inviolabili tocca, per sua stessa natura, gli aspetti più intimi della vita delle persona; e infatti dalla materia del diritto di famiglia vengono anche quest'anno interessanti sollecitazioni per la riflessione.

Con la sentenza 14 aprile 2011, n. 8548 (rv. 617387), la Prima Sezione Civile, occupandosi di un caso di separazione giudiziale con addebito, è tornata ad affrontare il doloroso problema della rilevanza dei comportamenti lesivi dei diritti fondamentali della persona.

Il caso – com'è agevole intuire – riguardava un addebito conseguente a episodi di maltrattamenti del marito nei confronti della moglie, a seguito dei quali era stato negato dal giudice di merito l'affidamento condiviso delle due figlie minorenni della coppia. La Corte, chiamata a pronunciarsi proprio in ordine a tale aspetto della vicenda, rileva che «ove i fatti accertati a carico di un coniuge costituiscano violazione di norme di condotta imperative ed inderogabili – traducendosi nell'aggressione a beni e diritti fondamentali della persona, quali l'incolumità e l'integrità fisica, morale e sociale dell'altro coniuge, ed oltrepassando quella soglia minima di solidarietà e di rispetto comunque necessaria e doverosa per la personalità del partner – essi sono insuscettibili di essere giustificati come ritorsione e reazione al comportamento di quest'ultimo, e si sottraggono anche alla comparazione con tale comportamento, la quale non può costituire un mezzo per escludere l'addebitabilità nei confronti del coniuge che quei fatti ha posto in essere». Ciò significa, quindi, che la presenza di comportamenti lesivi dei diritti fondamentali è di per sé ostativa ad un giudizio di comparazione ai fini dell'esclusione dell'addebito della separazione, ove pure l'altro coniuge avesse tenuto, in ipotesi, comportamenti rilevanti ai medesimi fini; ciò perché la gravità della lesione dei diritti fondamentali assurge ad un livello talmente grave da non poter essere in alcun modo posto in bilanciamento. Queste affermazioni, d'altra parte, sono in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte, come si può vedere attraverso il richiamo, contenuto nella motivazione, alle precedenti pronunce della prima sezione civile della Cassazione, 5 agosto 2004, n. 15101 (rv. 575242), 7 aprile 2005, n. 7321 (non massimata sul punto) e 11 marzo 2006, n. 5379 (rv 590889).

Tuttavia, il terreno sul quale si sono avute le pronunce più significative in tema di diritti fondamentali è, probabilmente, quello dei rapporti con gli altri ordinamenti.

Di grande interesse è, in proposito, la sentenza 11 gennaio 2011, n. 450 (rv. 616136), nella quale la Terza Sezione Civile si occupa dei rapporti tra condizione di reciprocità e tutela dei diritti fondamentali. Com'è noto, l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale, sopravvissuto alla riforma del diritto internazionale privato di cui alla legge 31 maggio 1995, n. 218, stabilisce che lo straniero «è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali».

Il caso in questione si presentava, obiettivamente, assai delicato: una donna albanese, madre di un bambino, pure albanese, deceduto a seguito di investimento stradale avvenuto in Italia mentre era alla guida di una bicicletta, avanza domanda di risarcimento del danno sia nei confronti dell'investitore che della società di assicurazione, secondo lo schema dell'azione diretta di cui all'art. 18 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, poi trasfuso nell'art. 144 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209. Tale domanda, in accoglimento di espressa eccezione sollevata dalla convenuta assicurazione, viene respinta per mancanza della condizione di reciprocità; più esattamente, anzi, il giudice di merito rileva che l'esistenza di tale condizione in rapporto all'ordinamento albanese doveva essere oggetto di prova da parte dell'interessata, prova che nella specie non era stata offerta. E' da notare, inoltre, che la madre si trovava in Albania nel momento in cui era avvenuto l'incidente mortale.

La sentenza in esame esordisce rilevando come in argomento sia ravvisabile una divisione nell'ambito della giurisprudenza di merito, mentre quella di legittimità ha avuto poche occasioni di pronunciarsi. A questo proposito viene richiamata, innanzitutto, la sentenza 10 febbraio 1993, n. 1681 (rv. 480829), la quale, pur riconoscendo la tutela dei diritti inviolabili dello straniero, individuati dalla Costituzione, quanto alla loro tutela risarcitoria attraverso il sistema assicurativo, ha ribadito l'operatività in materia dell'art. 16 sopra citato. In epoca più recente, invece, vi sono state due pronunce che hanno modificato i termini del problema, ossia le sentenze 7 maggio 2009, n. 10504, (rv. 608009) e 24 febbraio 2010, n. 4484 (rv. 611868), secondo le quali tale condizione non può limitare la tutela dei diritti fondamentali; esse, peraltro, non hanno preso posizione in ordine alla possibilità di esperire azione diretta nei confronti del soggetto responsabile per fatto altrui (caso dell'assicurazione per la responsabilità civile degli autoveicoli). Osserva, quindi, la sentenza n. 450 del 2011 che il rapporto tra condizione di reciprocità e tutela dei diritti fondamentali necessita di un più preciso inquadramento sistematico, soprattutto allo scopo di chiarire la posizione di coloro i quali sono responsabili per fatto altrui, in quanto occorre non soltanto stabilire l'*an* della tutela, ma anche il concreto riparto dei costi (in termini economici) di detta tutela.

Ciò premesso, la pronuncia in esame rileva che la condizione di reciprocità costituisce una sorta di ritorsione «idonea a stimolare i vari ordinamenti statuali verso una parificazione dei trattamenti»; tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, il quadro normativo delineato nel 1942 è profondamente mutato, per cui l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale deve essere interpretato in modo conforme con i valori costituzionali, e quindi nel senso che i diritti fondamentali sono riconosciuti dal nostro ordinamento nei confronti degli individui in quanto persone umane, indipendentemente dal corrispondente riconoscimento nell'ordinamento con cui ci si raffronta. Piena equiparazione, dunque, in tale ambito; ciò implica che «l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, comporti non solo che della condizione di reciprocità non debba tenersi conto ai fini di assicurare allo straniero il risarcimento della lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito (fin qui in applicazione dell'art. 2 Cost.), ma anche che lo straniero danneggiato possa avvalersi di tutti gli strumenti risarcitori apprestati per il cittadino, anche se essi sono diretti verso un soggetto diverso da quello che ha provocato la lesione».

Come si vede, la Corte raggiunge una prima importante conclusione, che è quella relativa alla sostanziale disapplicazione della condizione di reciprocità per quanto riguarda il terreno dei diritti fondamentali, conclusione che si fonda sulla base di una complessiva lettura dell'ordinamento, alla luce dei principi costituzionali, primo fra tutti quello dell'art. 2 della Costituzione. Ed è sempre con la guida del precetto costituzionale che la Corte va anche più avanti, riconoscendo che lo straniero va ammesso alla medesima tutela di cui gode il cittadino, il che, nella specie, si traduce nel diritto all'azione diretta per il risarcimento anche nei confronti del terzo responsabile (l'assicuratore). Osserva, infatti, la sentenza che «una volta adottato il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 16 preleggi, tale percorso interpretativo non può arrestarsi al solo art. 2 Cost., ma va compiuto per intero, per cui in tutte le ipotesi per le quali lo straniero può far valere la tutela risarcitoria in deroga alla disciplina di cui all'art. 16 preleggi, per la lesione di un diritto inviolabile dell'uomo, essendo questo direttamente riconosciuto dall'art. 2 Cost., tale tutela gli andrà accordata anche in osservanza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e cioè nelle stesse forme in cui viene somministrata al cittadino italiano, salvo che non sia espressamente previsto in modo diverso dalla legge».

E' la presenza della lesione del diritto inviolabile, in definitiva, che impone in favore del danneggiato straniero un risarcimento del danno identico a quello spettante al cittadino, ossia in riferimento a tutte le voci di danno riconosciute; diversamente, invece, ove si tratti di danni alle cose, ritorna la piena operatività della condizione di reciprocità, sicché «il risarcimento per danni alle cose conseguenti a sinistro stradale è accordato nei limiti in cui eguale azione risarcitoria è esperibile dal cittadino italiano nella nazione dell'extracomunitario».

Tutto ciò è pienamente coerente con il precedente cammino della giurisprudenza. La sentenza n. 450 del 2011 si segnala, in ultima analisi, non solo per l'importanza delle conclusioni alle quali giunge, ma anche per il fatto di ripercorrere un serie di affermazioni della giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine al carattere di norma "aperta" dell'art. 2 Cost.; richiamando l'autorità della già citata sentenza n. 26972 del 2008 delle Sezioni Unite, infatti, la pronuncia afferma che «in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana». Non è inutile ricordare, a questo proposito, che il cammino per una lettura aperta dell'art. 2 Cost. è precedente la sentenza citata delle Sezioni Unite.

La riflessione della giurisprudenza sui diritti fondamentali deve necessariamente soffermarsi, poi, sulla sentenza 20 maggio 2011, n. 11163 (rv. 618107), nella quale la Prima Sezione Civile torna sull'argomento – già oggetto di pronunce delle Sezioni Unite – dei limiti all'immunità giurisdizionale nei confronti degli Stati esteri in relazione al risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dei diritti personali inviolabili.

Le Sezioni Unite, com'è noto, hanno avuto occasione di pronunciarsi già due volte, in epoca abbastanza recente, su questo problema, sempre in riferimento a fattispecie relative ai danni collegati con i crimini perpetrati dai nazisti durante lo svolgimento della seconda guerra mondiale: con la sentenza 11 marzo 2004, n. 5044 (rv. 571034), e con l'ordinanza 29 maggio 2008, n. 14201 (rv. 603273), seguita da una serie di provvedimenti identici in pari data.

La sentenza n. 5044 del 2004 ha affermato il principio per cui il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello sulla "sovra uguaglianza" degli Stati, cui si collega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera. Ne consegue che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, non ha carattere assoluto, nel senso che essa non accorda allo Stato straniero un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, tale immunità non potendo essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali, in quanto lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali. Affermando questo principio, le S.U. hanno riconosciuto che sussiste la giurisdizione del giudice italiano in relazione alla domanda risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica federale di Germania, dal

cittadino italiano che lamenti di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista in Italia durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania per essere utilizzato quale mano d'opera non volontaria al servizio di imprese tedesche, atteso che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra e, quindi, tra i crimini di diritto internazionale, essendosi formata al riguardo una norma di diritto consuetudinario di portata generale per tutti i componenti della comunità internazionale.

Ponendosi nel solco di tale autorevole precedente, le medesime S.U., con l'ordinanza n. 14201 del 2008, hanno confermato il principio di diritto sopra enunciato, ribadendo che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra e, quindi, tra i crimini di diritto internazionale, davanti ai quali il principio dell'immunità statale dalla giurisdizione civile straniera deve necessariamente ritrarsi.

La sentenza n. 11163 del 2011 si inserisce in questo filone e ne costituisce un coerente ed armonioso sviluppo.

E' innanzitutto interessante rilevare che il caso specifico, pur essendo sempre collegato con la materia dei crimini di guerra, si presentava leggermente diverso rispetto agli altri: non si trattava, infatti, di riconoscere, in via diretta, la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano in riferimento ad una domanda risarcitoria avanzata nei confronti della Repubblica federale tedesca, quanto di stabilire se potesse darsi ingresso nel nostro ordinamento, alla luce dei criteri di cui alla legge 31 maggio 1995, n. 218, ad una sentenza straniera – nella specie emessa da un tribunale greco – con la quale la Repubblica federale tedesca era stata condannata a risarcire danni di guerra. Nella specie, la Corte d'appello italiana aveva dichiarato esecutiva la sentenza greca che aveva statuito l'obbligo della Repubblica di Germania di versare all'Autorità prefettizia di Vojotia, quale rappresentante in giudizio delle vittime civili di un massacro compiuto da militari dell'esercito tedesco nel corso della seconda guerra mondiale, un'imponente somma di denaro a titolo di risarcimento dei danni. La Repubblica federale tedesca aveva proposto opposizione, respinta dalla medesima corte d'appello con pronuncia fatta oggetto di ricorso.

Dai successivi passaggi della motivazione si apprende qualcosa di più sulla concreta vicenda in esame.

Il Tribunale di Leivadia si era pronunciato su una azione risarcitoria relativa a fatti svoltisi nel corso dell'occupazione militare della Grecia durante la seconda guerra mondiale. Nella regione di Vojotia furono commessi atti criminali da parte delle truppe militari tedesche nei confronti della popolazione civile. In particolare, a Distomo, fu perpetrato un vero e proprio eccidio indiscriminato della popolazione e furono compiuti atti di distruzione delle proprietà dei civili. Nel 1993 gli eredi e alcuni sopravvissuti alla strage avevano agito in giudizio per ottenere dalla Repubblica federale di Germania il risarcimento dei danni morali e patrimoniali subiti per opera dei militari occupanti. Nel

ritenere la propria giurisdizione, il Tribunale aveva fatto un esplicito riferimento al carattere prevalente, in dottrina e nella prassi internazionale, dell'opinione secondo cui uno Stato non può invocare alcuna immunità quando l'atto che gli viene imputato è stato compiuto in violazione di una regola di *ius cogens*.

La sentenza della Corte Suprema Greca (*Areios Pagos*) aveva poi confermato la decisione precedente, osservando che gli illeciti compiuti da uno Stato straniero nel territorio dello Stato competente a decidere la controversia non sono coperti dal principio di immunità giurisdizionale, in base a una eccezione consuetudinaria internazionale applicabile anche agli atti qualificabili come atti *iure imperii*. Né l'immunità può derivare dalla commissione di tali illeciti nel corso di un conflitto militare, perché nel caso di occupazione militare di un territorio, derivante dall'esistenza di uno stato di guerra, l'art. 43 dei regolamenti allegati alla Convenzione dell'Aja del 1907 impone allo Stato occupante di assumere la sovranità territoriale e di rispettare le leggi dello Stato occupato. Tale norma, che ha assunto un contenuto consuetudinario cogente, impedisce l'attribuzione di immunità ai crimini commessi dagli organi dello Stato occupante abusando del loro potere sovrano, proprio perché in quanto tali gli abusi di sovranità non possono considerarsi atti *iure imperii*.

La sentenza n. 11163 si caratterizza per l'ampiezza dei precedenti citati, provenienti da organi giurisdizionali di tutto il mondo, dai quali risulta con chiarezza che il principio secondo cui l'immunità giurisdizionale degli Stati esteri non può essere invocata in caso di lesione di diritti inviolabili della persona «non costituisce un fatto isolato né circoscritto ad una specifica area geografica», ma è divenuto ormai un patrimonio in via di costante ed inarrestabile consolidamento. Oltre a ciò, la pronuncia compie un'acuta ricostruzione storica dalla quale discendono i presupposti sui quali si fonda la decisione. Osserva la sentenza, infatti, che dopo la seconda guerra mondiale è profondamente mutato l'intero scenario del diritto internazionale. Da una lato, la creazione di un istituto sovranazionale a tendenza universale, ossia l'Organizzazione delle Nazioni Unite, ha reso possibile «una cooperazione degli Stati nella lotta contro la perpetrazione di crimini internazionali e specificamente di crimini contro i diritti umani»; da un altro lato, poi, lo svolgimento dello storico processo di Norimberga ha dimostrato che è del tutto legittima l'istituzione di organi giurisdizionali sovranazionali finalizzati proprio alla repressione dei crimini contro l'umanità; a tal punto che è stata istituita un'apposita Corte permanente per questo scopo. In altre parole, il principio dell'immunità degli Stati esteri, posto in bilanciamento con la tutela dei diritti inviolabili, non può che cedere il passo; e l'evolversi del comune sentire sotto questo profilo appare ormai approdato a risultati non più discutibili.

La pronuncia in commento, quindi, aggiunge un ulteriore tassello al quadro della giurisprudenza in argomento, riconoscendo che una sentenza di uno Stato estero che si sia pronunciata nel senso suddetto può trovare ingresso nel nostro ordinamento senza alcuna violazione del limite dell'ordine

pubblico interno. Nella parte finale della motivazione si legge, infatti, che deve escludersi, «alla luce dei principi costituzionali italiani e dei principi generali del diritto internazionale, che l'esecuzione in Italia di una sentenza di uno Stato estero con la quale si impone a un altro Stato estero, nella specie entrambi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'Unione europea, di risarcire le vittime (e per loro gli eredi) di gravissimi crimini di guerra, che hanno negato i loro diritti personali inviolabili e in primo luogo quello alla vita, possa porsi in contrasto con il rispetto dell'ordine pubblico italiano richiamato dalla legge n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g)».

L'ARCHITRAVE DEI DIRITTI FONDAMENTALI: LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA (a cura di Maria Acierno)

Le sezioni unite della Corte di Cassazione, nell'ultimo anno, sono state chiamate ad indagare il versante della tutela antidiscriminatoria, ancora non emerso nella giurisprudenza di legittimità, relativo al sindacato dei comportamenti antidiscriminatori tenuti dai pubblici poteri. Dopo aver proceduto alla corretta qualificazione giuridica dell'azione antidiscriminazione, fondata su una fase cautelare anticipatoria ed una successiva eventuale a cognizione piena (S.U. n. 6172 del 7 marzo 2008, rv. 602296) ed aver sottolineato in un'altra importante pronuncia (S.U. n. 4466 del 2009, rv. 606994) in tema di rimozione della discriminazione di genere nel riconoscimento della cittadinanza italiana, che il divieto di discriminazione ha carattere assoluto e non può subire il limite temporale dell'entrata in vigore della Costituzione ma deve incidere sui rapporti pendenti in tale data che subiscono un "vulnus" dalla sua violazione, con gli ultimi arresti (S.U. ord. n. 3670 del 15 febbraio 2011, rv. 616573 e n. 7186 del 30 marzo 2011, rv. 616794) il contenuto e l'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria hanno ricevuto un grado più elevato e completo di definizione in rapporto all'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione. Attraverso la piena affermazione della giurisdizione del giudice ordinario in entrambe le fattispecie affrontate nelle due pronunce, che verranno analiticamente considerate, la Corte ha compiuto un'attenta analisi della natura e del contenuto della tutela antidiscriminatoria, escludendo che possa essere configurabile in modo diverso dal diritto soggettivo assoluto, sulla base del chiaro quadro normativo interno di derivazione euro unitaria costituito dagli art. 43 e 44 del d.lgs 25 giugno 1998, n. 286 e dai d.lgs nn. 215 e 216 del 9 luglio 2003, di ricezione, rispettivamente della Direttiva CEE n. 43/2000 e 78/2000, inquadrando tale disciplina nel contesto costituzionale non solo interno ma anche europeo ed internazionale che ne costituisce la premessa imprescindibile.

La prima ordinanza (n. 3670 del 2011) riguarda il riconoscimento, da parte del Comune di Brescia, del cd. *bonus* bebé, per la nascita di ogni figlio, alle famiglie al di sotto di una certa soglia di reddito, con limitazione però del beneficio esclusivamente alle famiglie italiane. La scelta di escludere le famiglie non composte da cittadini italiani viene espressamente giustificata nella delibera autorizzativa, sulla base dell'esigenza di combattere il fenomeno della bassa natalità, proprio esclusivamente delle famiglie italiane. Alcuni cittadini stranieri propongono vittoriosamente l'azione antidiscriminazione ed il giudice del merito rimuove l'illegittima e discriminatoria disparità di trattamento. Il Comune di Brescia revoca allora definitivamente il beneficio per tutte le famiglie, affermando espressamente che l'estensione anche alle famiglie straniere ne snaturerebbe la peculiare finalità di favorire le nascite troppo modeste di cittadini italiani. Anche avverso tale

delibera qualificata come ritorsiva, viene proposta azione antidiscriminatoria ai sensi dell'art. 4 bis del d.lgs n. 215 del 2003 (così come modificato dall'art. 8 *sexies* del d. l. 8 aprile 2008, n. 59, convertito nella legge 6 giugno 2008, n. 101), che si conclude nella fase cautelare con l'accoglimento del ricorso. Il Comune di Brescia, allora, introduce il giudizio a cognizione piena e propone regolamento preventivo di giurisdizione, ritenendo che il provvedimento emesso, di natura autoritativa, potesse essere sindacabile solo dal giudice amministrativo, producendosi altrimenti un'illegittima ingerenza del potere giurisdizionale all'interno della sfera di esercizio del potere discrezionale da parte dell'autorità amministrativa. La Corte non ha ritenuto fondate le ragioni poste a sostegno del dedotto difetto di giurisdizione, osservando che l'intero sistema normativo di tutela antidiscriminatoria è finalizzato ad assicurare la tutela giurisdizionale *non d'interessi legittimi bensì di diritti individuali, di rilievo costituzionale e sovranazionale (quelli a non essere discriminati per ragioni etniche ed anche a non subire comportamenti ritorsivi, in relazione alla tutela discriminatoria eventualmente conseguita) e, pertanto, rispondenti ad una scelta non solo incensurabile ma addirittura imposta al legislatore da obblighi comunitari (art. 3 Direttiva 2000/43/CE)*. In ordine al travalicamento dei confini dell'esercizio della potestà amministrativa ed all'eccezione d'incostituzionalità delle norme che hanno introdotto l'azione antidiscriminazione nel nostro ordinamento, le Sezioni Unite hanno chiarito che *autorizzando il giudice ordinario alla rimozione degli effetti degli atti lesivi di tali diritti nei confronti dei relativi soggetti passivi (tali norme n.d.r.) non risultano attributive d'impropri poteri di annullamento o revoca, quando le violazioni siano poste in essere da soggetti pubblici non operanti "jure privatorum" dovendo il giudice ordinario limitarsi a decidere la controversia valutando il provvedimento comunale e disattendendolo "tamquam non esset", ove confermato lesivo del principio di non discriminazione ed integrante gli estremi dell'illegittima reazione*. Così configurato l'esercizio del potere del giudice ordinario in funzione antidiscriminatoria, non si determina, secondo le Sezioni unite, alcuna interferenza illegittima nell'attività della pubblica amministrazione *se non nei consueti limiti fisiologici ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi*. Il giudice si limita a stabilire che il contributo assistenziale spetta anche ai cittadini non stranieri, non essendo chiamata a ripristinarlo *erga omnes*. Così definito il rapporto tra i due poteri, le norme relative all'esercizio dell'azione antidiscriminazione *risultano del tutto compatibili con l'attuale assetto costituzionale, improntato al principio della separazione dei poteri, in particolare con gli art. 97, 103 e 113 della Costituzione*.

L'impianto logico e sistematico dell'ordinanza n 3670 del 2011 viene integralmente confermato nella successiva pronuncia emessa sempre in sede di regolamento preventivo di giurisdizione ma riguardante una fattispecie discriminatoria diversa, appartenente all'ambito della parità di

trattamento nei rapporti di lavoro subordinato. Un'azienda ospedaliera aveva escluso dalle procedure di stabilizzazione previste nella legge finanziaria del 2007 alcuni lavoratori stranieri perché privi della cittadinanza italiana. Avverso tale deliberazione veniva proposta dai lavoratori azione antidiscriminazione. Esaurita vittoriosamente la fase cautelare, nel giudizio a cognizione piena, introdotto dall'azienda ospedaliera, veniva proposto regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 secondo comma e 368 cod. proc. civ. dal Prefetto nonché dall'azienda ospedaliera.

Le sezioni unite hanno fondato la giurisdizione del giudice ordinario su una pluralità di ragioni. In primo luogo hanno evidenziato che è la stessa legge a prevedere esclusivamente l'azione "civile" antidiscriminazione, ancorando definitivamente ed indefettibilmente la giurisdizione davanti al giudice ordinario. La stessa struttura bifasica del procedimento conduce ad escludere la concreta ammissibilità di due diverse giurisdizioni una propria della fase cautelare *ex lege* attribuita al giudice ordinario e una a cognizione piena attribuibile *ratione materiae* od in virtù delle situazioni soggettive coinvolte al giudice amministrativo. In secondo luogo, viene rilevato che è influente ai fini del radicamento della giurisdizione che la procedura di stabilizzazione debba essere configurata come concorsuale con conseguente qualificazione della posizione giuridica soggettiva dei richiedenti come interesse legittimo e correlata giurisdizione del giudice amministrativo (art. 63, comma 4 d.lgs 30 marzo 2001, n. 165). Come viene del tutto esaurientemente spiegato nella motivazione dell'ordinanza, *"In presenza di normative che, al fine di garantire parità di trattamento, in termini particolarmente incisivi e circostanziati, e correlativamente vietare discriminazioni ingiustificate, con riferimento a fattori meritevoli di particolare considerazione sulla base di indicazioni costituzionali o fonti sovranazionali, articolano in maniera specifica disposizioni di divieto di determinate discriminazioni e contemporaneamente istituiscono strumenti processuali speciali per la loro repressione, affidati al giudice ordinario, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso configurare, a tutela del soggetto potenziale vittima delle discriminazioni, una specifica posizione di diritto soggettivo, e specificamente un diritto qualificabile come "diritto assoluto" in quanto posto a presidio di una area di libertà e potenzialità del soggetto, rispetto a qualsiasi tipo di violazione della stessa. (...). Risulta quindi spiegabile, in particolare, come, in relazione a discriminazioni del genere di quelle in esame, anche quando esse siano attuate nell'ambito di procedimenti per il riconoscimento da parte della pubblica amministrazione di utilità rispetto a cui il soggetto privato fruisca di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, la tutela del privato rispetto alla discriminazione possa essere assicurata secondo il modulo del diritto soggettivo e delle relative protezioni giurisdizionali. L'inquadramento nell'ambito del diritto assoluto spiega efficacia, infatti, ai fini e nei limiti delle esigenze di*

repressione della (in ipotesi) illegittima discriminazione, anche se non possono essere predeterminati in astratto i termini della tutela accordabile giudizialmente, dovendosi tenere conto delle specificità di ogni situazione e del riferimento delle disposizioni di legge anche ad ipotesi di discriminazione indiretta (cfr. il D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 43, comma 2, lett. e), e il D.Lgs. n. 215 del 2003, art. 2, comma 1, lett. b). (...)mentre l'unica eccezione alla giurisdizione del giudice ordinario è prevista in favore della giurisdizione amministrativa esclusiva - in quanto tale estesa alla tutela dei diritti soggettivi - relativa al personale alle dipendenze della pubblica amministrazione in regime di diritto pubblico a norma del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 3, comma 1, (comma 7 del cit. art. 3)''.

L'intangibilità della situazione giuridica soggettiva di diritto assoluto propria della tutela antidiscriminatoria, trova, dunque, la sua massima espansione nell'accesso alla giurisdizione e nell'esercizio dell'azione, attraverso un procedimento che, prevedendo come scansione ineludibile la fase cautelare anticipatoria non può che svolgersi davanti al giudice ordinario in quanto organo giurisdizionale dotato di ben più incisivi poteri, (in particolare nella fase cautelare, ma con riferimento alla tutela antidiscriminatoria anche nella successiva a cognizione piena) del giudice amministrativo, nonostante il processo di omogeneizzazione procedimentale attuato anche con la recente introduzione del codice del processo amministrativo. Pertanto, la domanda di rimozione di un atto od un comportamento avente ad oggetto una discriminazione diretta od indiretta deve, secondo le sezioni unite essere rivolta esclusivamente al giudice ordinario, indipendentemente dalla incidenza su una posizione di diritto soggettivo o d'interesse legittimo. Analogamente non spetta al giudice della giurisdizione ma a quello del merito sindacare la legittimità del requisito della cittadinanza ai fini dell'accesso alle procedure di stabilizzazione. La valutazione della natura discriminatoria di questa condizione deve però essere sindacata esclusivamente dal giudice ordinario, nei limiti costituzionali di esercizio della giurisdizione rispetto ad un atto autoritativo della pubblica amministrazione, peraltro già esaminati nell'ordinanza n. 3670 del 2011.

LA TUTELA COSTITUZIONALE DEI CITTADINI STRANIERI

(a cura di Maria Acierno)

SOMMARIO: 1. Il diritto all'unità familiare. 2. La protezione internazionale.

1. Il diritto all'unità familiare.

Gli orientamenti di legittimità di quest'ultimo anno, relativi ai diritti dei cittadini stranieri, si collocano nel versante, già ampiamente esplorato negli ultimi anni, della sempre più incisiva valorizzazione del sistema multilivello delle fonti costituzionali nel campo dei diritti fondamentali.

Trattandosi di un ambito di conflittualità fortemente permeato da un lato, dagli interventi del legislatore euro unitario, e dall'altro dall'elaborazione giurisprudenziale della CEDU e della Corte di Lussemburgo sui diritti fondamentali, le pronunce della Corte, nell'operazione di bilanciamento d'interessi di rango primario, che il giudice è costantemente tenuto a svolgere in questo settore, possono essere con ragione ritenute un laboratorio di continua ricerca del punto di equilibrio più avanzato nella tutela dei diritti fondamentali degli stranieri, all'interno di un sistema di fonti costituzionali sempre meno legato a stretti vincoli territoriali e al dogma della sovranità territoriale e sempre più felicemente esposto alle contaminazioni provenienti non solo dall'obbligo costituzionale dell'interpretazione conforme alla giurisprudenza della CEDU e della Corte di Lussemburgo, ma anche da fonti internazionali convenzionali quali la Convenzione di New York sui diritti del minore. A tale riguardo, nella sentenza della prima sezione, n. 19464 del 23 settembre 2011 (rv. 619710), al fine di prospettare per il futuro, una rimeditazione dell'orientamento in tema di diritto al permesso di soggiorno per motivi familiari esercitato dal cittadino straniero convivente col parente minore, cittadino italiano, ai sensi dell'art. 19, secondo comma, lettera c) della d.lgs. n. 286 del 1998, attualmente non riconosciuto in virtù della ritenuta non volontarietà della convivenza del minore in quanto incapace, ha sottolineato come la riflessione su tale requisito non possa più esaurirsi sul piano del diritto interno ma debba essere inquadrata ed affrontata all'interno del nuovo contesto di fonti convenzionali internazionali, quali l'art. 12 della Convenzione ONU dei diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, ratificata con legge 27 maggio 1991, n.176; l'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con legge 20 marzo 2003, n. 77, l'art. 13 della Convenzione dell'Aja sulla sottrazione internazionale del minore; l'art. 23 del Regolamento CE n. 2201 del 2003. Tutte queste fonti, attribuiscono rilevanza giuridica alle manifestazioni di volontà del minore nelle decisioni che riguardano la sua affettiva e relazionale e, conseguentemente impongono, così come il rilievo processuale dell'ascolto del minore previsto

dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, sull'affido condiviso, una riflessione che tenga conto di questa nuova sensibilità costituzionale e convenzionale riguardante il riconoscimento, sia pure in forma attenuata e senza trascurare l'obiettivo del suo superiore interesse, dell'autodeterminazione anche di tale soggetto di diritto. Sempre sul versante del diritto al ricongiungimento familiare, nel corso dell'ultimo anno la Corte ha fortemente innovato i propri orientamenti in ordine all'ostacolo al diritto alla coesione familiare derivante dalla pericolosità sociale del richiedente. Con l'ordinanza della prima sezione, n. 8795 del 15 aprile 2011 rv. 619038, si è ritenuto che alla luce della nuova normativa del diritto alla coesione familiare, introdotta dal d.lgs 8 gennaio 2007, n. 5, attuativo della Direttiva 2003/86/CE, e modificativo degli art. 4 comma terzo e 5 comma quinto del d.lgs n. 286 del 1998, da ritenersi applicabile anche ai richiedenti cittadini stranieri non in possesso di un valido titolo d'ingresso o di soggiorno, la pericolosità sociale non può più essere valutata esclusivamente alla stregua della predeterminazione normativa del catalogo dei reati qualificabili come certamente produttivi di una valutazione di gravità, meramente desumibile in astratto, ma che è invece necessaria una valutazione caso per caso che tenga conto delle circostanze del caso concreto, senza trascurare quelle relative all'unità familiare. Secondo la Corte non è sufficiente, al fine di procedere ad una corretta verifica della condizione della pericolosità sociale, una valutazione che si fondi sul richiamo generico al tipo di condanne ed ai delitti (pure genericamente indicati nel titolo), *occorrendo invece la analiticità dell'indicazione (in ordine anche al tempo delle medesime ed all'entità della pena) e l'esplicitazione delle ragioni della perdurante attualità della pericolosità sociale (evincibile anche dal tempo della condanna, ma da esplicitare), alla luce delle esigenze di unità familiare, da accertare sulla scorta degli elementi dedotti e provati dal ricorrente.* Questo orientamento, peraltro non univoco sul versante dell'applicabilità della più favorevole normativa di derivazione euro unitaria, derivante dal d.lgs 8 gennaio 2007, n. 5, anche agli stranieri non muniti di un titolo idoneo d'ingresso o di soggiorno, (Cass. Sez. 1, 24 giugno 2011, n. 13972, rv. 618615), ha trovato puntuale conferma nella successiva pronuncia della medesima sezione, n. 19957 del 29 settembre 2011, rv. 619149, la quale in perfetta continuità con l'ordinanza n. 8795 del 2011 ha aggiunto quali argomentazioni ulteriori: a) che la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 148 del 2008, con la quale ha escluso l'illegittimità costituzionale del predetto automatismo, ha però precisato che con i d.lgs n. 3 e 5 dell'8 gennaio 2007, attuativi delle Direttive 2003/109/CE e 2003/86/CE, il legislatore ha dato rilievo a ragioni umanitarie e solidaristiche idonee a giustificare il superamento di condizioni ostative al rilascio e al rinnovo di titoli autorizzativi dell'ingresso o della permanenza nel territorio nazionale degli stranieri; b) che la legge 15 giugno 2009, n. 94 con la quale è stato modificato l'art. 4, comma terzo del d.lgs n. 286 del 1998 ha, però, lasciato immutato il quadro normativo relativo al ricongiungimento familiare. Un principio ispirato alla medesima

esigenza di valutare e motivare adeguatamente la condizione di pericolosità dello straniero che richiede un titolo di soggiorno è stata di recente espressa anche dalla pronuncia della prima sezione, n. 20719 del 7 ottobre 2011 (rv. 619704) con riferimento al divieto di espulsione dello straniero convivente con parente entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, e al correlativo obbligo di rilascio di permesso di soggiorno per motivi familiari, stabilito all'art. 19, comma secondo, lettera c), del d.lgs n. 286 del 1998. Per l'applicazione di un principio analogo alle espulsioni disciplinate dall'art. 13, comma secondo d.lgs n. 286 del 1998, dovute all'appartenenza ad una delle categorie di pericolosità sociale si richiama Cass. Sez. 1, dell'8 settembre 2011, n. 18482, rv. 618978 che richiede il riscontro analitico delle condizioni idonee ad infliggere le misure di prevenzione al fine di ritenere integrata la condizione ostativa all'espulsione in tale fattispecie. Peraltro il divieto di assumere misure espulsive in via automatica e senza una valutazione concreta dei presupposti su cui si fonda, viene confermata in una recente ordinanza della sesta sezione sotto sezione prima n. 18481 dell'8 settembre 2011, rv. 618650, con la quale, in sede di interpretazione della Direttiva 2008/15/CE viene per la prima volta affermato che *il divieto di adottare ordini di allontanamento, in via automatica e immediata, correlati alla sola presenza di una misura espulsiva, contenuto nella Direttiva 2008/115/CE (c.d. Direttiva rimpatri), così come interpretata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 28 aprile 2011, caso El Dridi (C-61/11), determina l'illegittimità, e la conseguente disapplicazione da parte del giudice nazionale, del meccanismo d'intimazione immediata con brevissimo termine per l'esecuzione spontanea, la cui effettività è affidata alla sola sanzione penale detentiva, previsto dall'art. 14, comma 5° bis del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, (come modificato, da ultimo, dall'art. 1, comma 22°, lettera M, della legge 15 luglio 2009, n. 94). Ne consegue che, in applicazione delle previsioni immediate e puntuali della citata Direttiva e coerentemente con le modifiche introdotte dal d.l. 23 giugno 2011 n. 89, l'espulsione, disposta ai sensi dell'art. 14, comma quinto ter, del d.lgs n. 286 del 1998, che tragga la sua esclusiva ragione legittimante dall'inottemperanza ad un ordine di allontanamento impartito ai sensi dell'art. 14, comma quinto bis, del citato decreto, deve essere dichiarata illegittima, anche se l'intimazione sia stata emanata anteriormente all'entrata in vigore della Direttiva medesima.* Dunque la metodologia del concreto bilanciamento degli interessi in gioco e della centralità dei criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza, contrapposti a valutazioni predeterminate, astratte, automatiche e pregiudiziali, provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e della CEDU (sentenza Boultif 2 agosto 2001, n. 54273, con la quale vennero dettati i criteri per procedere ad un corretto bilanciamento d'interessi tra la difesa della sicurezza interna e del territorio e il diritto all'unità familiare, o il diritto di soggiorno dello straniero ad altro titolo) in tema di valutazione dei diritti fondamentali azionati dai cittadini stranieri, si sta stabilmente insediando negli

orientamenti più recenti di legittimità, proprio grazie all'integrazione nel nostro tessuto costituzionale e normativo dell'interpretazione delle norme compiuta dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU.

2. La protezione internazionale.

Nel corso dell'ultimo anno si sono consolidate alcune linee interpretative già assunte dalla Corte, in tema di misure di protezione internazionale, così come attualmente disciplinate dai d.lgs 19 novembre 2007 n. 251 e n. 25 del 25 gennaio 2008, rispettivamente attuativi delle Direttiva 2004/83/CE e 2005/85/CE. In particolare, nel riconoscere l'esistenza accanto alle misure tipiche del rifugio politico e della protezione sussidiaria, espressamente disciplinate dalle norme di derivazione euro unitarie, caratterizzate dal conseguimento di un titolo temporalmente stabile e dal godimento di diritti sociali, la Corte ha conservato dignità ed autonomia ai permessi umanitari disciplinati dall'art. 5, comma sesto e 19, comma secondo del d.lgs n. 286 del 1998, delineandone con chiarezza le linee di demarcazione. Contestualmente ha ribadito la peculiarità dei poteri istruttori officiosi del giudice in tali procedimenti dovuta la rilievo costituzionale ed al rango di diritti umani da riconoscere alle istanze degli *asylum seekers*. In ordine al primo dei due versanti esaminati, l'ordinanza della sesta sezione, sottosezione prima, n. 6880 del 24 marzo 2011, rv. 617462 ha così individuato i criteri distintivi delle due misure tipiche *"Il riconoscimento della protezione sussidiaria non richiede, diversamente da quanto previsto per lo "status" di rifugiato politico, l'accertamento dell'esistenza di una condizione di persecuzione del richiedente, ma è assoggettato a requisiti diversi, desumibili dall'art. 2 lettera g) e dall'art. 14 del d.lgs n. 250 del 2007. Tale diversità è stata ribadita dalla Corte di Giustizia (Grande sezione, procedimenti riuniti C 175-179/08), in sede d'interpretazione conforme dell'art. 11 n. 1 lettera e) della Direttiva 2004/83/CE, proprio al fine di evidenziare che l'eventuale cessazione delle condizioni riguardanti il riconoscimento dello "status" di rifugiato politico non può incidere sulla concessione della complementare misura della protezione sussidiaria secondo il diverso regime giuridico di questa misura che si caratterizza, alla luce dell'art. 2 della Direttiva, proprio perché può essere concessa a chi "non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato". Ne consegue che, quando il richiedente sia colpito da un mandato di arresto per fatti commessi durante una manifestazione di protesta, il giudice non può escludere la protezione sussidiaria, senza accertare preventivamente il titolo sulla base del quale è stato emesso il provvedimento restrittivo della libertà personale, limitandosi ad affermare che il ricorrente non risulta essere autore di opinioni politiche o ideologiche contrastanti con quelle del Governo, ma deve verificare se ricorra, per lo straniero, il rischio effettivo di essere sottoposto a pena di morte, a*

tortura o a trattamenti detentivi inumani e degradanti a causa della misura coercitiva su di esso pendente. Anche il rapporto tra protezione sussidiaria e permessi umanitari ha trovato una configurazione corretta e coerente con la permanenza di tale residuale misura di carattere temporaneo, nel nuovo sistema normativo. La Corte, ha, infatti, al riguardo affermato che pur potendo riscontrarsi una sostanziale coincidenza di requisiti tra le due misure, tuttavia tale coincidenza, pur essendo riconosciuta espressamente dalla previsione della convertibilità, al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, dei permessi umanitari preesistenti in protezione sussidiaria, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 251 del 2007, non esclude, nell'attuale sistema delle misure di protezione internazionale, la tutela residuale costituita dal rilascio di permessi sostenuti da ragioni umanitarie o diverse da quelle proprie della protezione sussidiaria o correlate a condizioni temporali limitate e circoscritte, come previsto dall'art. 32, terzo comma, del d.lgs. n. 25 del 2008, ai sensi del quale le Commissioni territoriali, quando ritengano sussistenti gravi motivi umanitari (evidentemente inidonei ad integrare le condizioni necessarie per la protezione sussidiaria) devono trasmettere gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno. Nella successiva ordinanza n. 24544 del 21 novembre 2011 (rv. 619702) emessa dalla sesta sezione, sottosezione prima, è stata ulteriormente precisata la differenza tra la misura tipica della protezione sussidiaria e quella atipica del permesso umanitario, riscontrandola non nella misura della gravità delle ragioni di protezione ma piuttosto nella presumibile limitazione temporale della seconda “vuoi per la speranza di una rapida evoluzione della situazione del paese di rimpatrio, vuoi per la posizione del richiedente, suscettibile di un mutamento che faccia venir meno l'esigenza di protezione”.

L'accertamento dei requisiti per accedere ad una delle tre misure di protezione internazionale, ha natura officiosa e non richiede, neanche, in deroga al principio dispositivo, la precisazione nella domanda della misura o delle misure di cui si richiede il riconoscimento. E' compito della Commissione territoriale prima e del giudice se successivamente adito in sede d'impugnazione, procedere alla verifica delle condizioni per accedere almeno ad una delle forme previste di protezione internazionale indipendentemente dall'espressa formulazione di una domanda al riguardo. Da questa premessa deriva un potenziamento dei poteri istruttori officiosi del giudice che la Corte anche nell'ultimo anno ha sottolineato, in continuità con S.U. n. 27310 del 17 novembre 2008, rv. 605498, il dovere di cooperazione del giudice all'accertamento della reale situazione del paese di provenienza mediante l'esercizio di poteri officiosi d'indagine e acquisizione documentale esercitabili ai sensi dell'art. 8, comma terzo, d.lgs n. 25 del 2008 (Cass. n. 10202 del 10 maggio 2011, rv. 618021 emessa dalla sesta sezione, sottosezione prima). L'obbligo di accertare la veridicità delle allegazioni relative al *fumus persecutionis* dedotto dal richiedente ricade anche sul

giudice di pace che sia chiamato a decidere sul divieto di espulsione per motivi umanitari, ex art. 19 comma 2 d.lgs n. 286 del 1998 (Cass. n. 3898 del 17 febbraio 2011 rv. 616297), mentre nell'ipotesi in cui lo straniero non sia in grado di fornire elementi di prova a sostegno dei fatti allegati e non sia agevole il reperimento officioso il giudice è tenuto ad osservare, nel valutare l'attendibilità delle sue dichiarazioni i canoni stabiliti dall'art. 3 del d.lgs n. 251 del 2007 ovvero che il richiedente abbia compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda, abbia fornito idonea motivazione sulla mancanza di elementi, abbia presentato la domanda il prima possibile o il ritardo abbia una giustificazione, dai riscontri effettuati sia attendibile (Cass., sezione sesta, sottosezione prima, ord. n. 4138 del 18 febbraio 2011, rv. 616960).

Questo vantaggioso regime probatorio di derivazione comunitaria, proprio perché fondato sull'esigenza di accertare la veridicità di circostanze lesive dei diritti umani delle persone, ha avuto una capacità espansiva che nella giurisprudenza di legittimità si è manifestata in una recente ed importante pronuncia in materia di riconoscimento della cittadinanza italiana (Cass., sez. 6 – 1, ord. n. 20870 del 10 ottobre 2011 (rv. 619711)). La Corte ha ritenuto che, di fronte all'ambiguità degli atti anagrafici dello Stato turco forniti dal richiedente, era dovere officioso del giudice compiere gli accertamenti necessari al fine di eliminare tali ambiguità proprio in considerazione del “primario rango costituzionale del diritto”.

I DIRITTI FONDAMENTALI NELLE RELAZIONI FAMILIARI

(a cura di Antonio Corbo)

La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di diritto di famiglia ha continuato a prestare particolare attenzione alla centralità dei diritti dei minori e ad una interpretazione della legislazione nazionale in sintonia con il rango costituzionale e primario che le convenzioni internazionali ed attualmente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea hanno attribuito all'interesse del minore all'interno ed al di fuori della relazione familiare.

Sul versante processuale può trovarsi una prima conferma di questo stretto rapporto con le fonti convenzionali. Dalle Sezioni Unite è stata affrontata la questione della individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di provvedimenti *de potestate* nel caso di trasferimento di un minore da uno Stato ad altro Stato in esecuzione dei provvedimenti giudiziari ed ha visto l'affermazione del principio secondo cui, a tal fine, ha rilievo unicamente il criterio della residenza abituale del minore, quale determinata in base alla situazione di fatto esistente all'atto di introduzione del giudizio (Cass. Sez. Un., 2 agosto 2011, n. 16864, rv. 618779, già citata nel capitolo "Il giusto processo").

In particolare, la Corte ha osservato che il principio fissato dall'art. 5 cod. proc. civ., secondo il quale la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo, risponde ad una esigenza di rilevanza costituzionale ed è in linea con quello desumibile dalle convenzioni internazionali in materia.

Sotto il primo aspetto, infatti, si è sottolineato che la regola di cui all'art. 5 cod. proc. civ. *"appare in sintonia con l'art. 25, primo comma, Cost., che impone la predeterminazione del giudice naturale, e con l'art. 111 Cost. che, prevedendo un processo giusto e di ragionevole durata, renderebbe comunque inopportuno un mutamento del giudice correttamente individuato, sulla base della situazione di fatto e giuridica esistente al momento della domanda"*.

Quanto al secondo profilo, la sentenza ha dapprima evidenziato, all'esito di una analisi del Regolamento CE del 27 novembre 2003, n. 2201, della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961, della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 e della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, che non emerge un principio diverso da quello fissato dall'art. 5 cod. proc. civ., e che, anzi, ai sensi dell'art. 10 del Regolamento CE e della Convenzione dell'Aja del 1980, in caso di trasferimento illecito, l'efficacia dell'eventuale acquisto della nuova residenza presuppone che *<ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento>* abbia accettato il trasferimento. Muovendo da tale ultima osservazione, la Corte ha perciò tratto la seguente

conclusione: *“Se dunque il trasferimento del minore è in via generale consentito, ma va disposto sulla base di un dato volontaristico riconducibile ai soggetti deputati a curarne gli interessi, si deve da ciò desumere che analoghi effetti non possano essere riconosciuti a provvedimenti giudiziari emessi in via interinale, per ragioni di urgenza”*. Ha quindi aggiunto che non depongono in senso contrario le disposizioni convenzionali (in particolare, gli articoli 13 e 15 del Regolamento e l’art. 12 della Convenzione dell’Aja del 1980), che attribuiscono la competenza allo Stato in cui il minore si trova, poiché le stesse sono derogatrici rispetto al regime ordinario, e dettate dall’esigenza di far fronte a situazioni eccezionali.

Sul versante sostanziale, un’altra importante decisione della Corte di cassazione ha riguardato il problema della trascrivibilità nei registri dello stato civile italiano dell’adozione di un minore pronunciata all’estero con effetti legittimanti in favore di una singola persona, in presenza delle condizioni di cui all’art. 36, comma 4, della legge 4 maggio 1993, n. 184 (nel testo sostituito dall’art. 3 della legge 31 dicembre 1998, n. 476), pervenendo ad una soluzione negativa (Cass., Sez. 1, 14 febbraio 2011, n. 3572, rv. 616818).

La pronuncia ha innanzitutto ribadito, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1994, e muovendosi nel solco di Cass., sez. 1, 18 marzo 2006, n. 6078, rv. 587279, che l’art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967, ratificata con legge 22 maggio 1974, n. 357, non conferisce immediatamente ai giudici italiani il potere di concedere l’adozione di minori a persone non coniugate al di fuori dai limiti entro i quali tale potere è attribuito dalla legge nazionale, né può essere interpretato nel senso di vincolare il legislatore italiano ad ammettere senza limiti l’adozione da parte del singolo. Ha inoltre rilevato che la legge 4 maggio 1983, n. 184, relativa alla disciplina delle adozioni di minori, ha previsto la possibilità di adozione per persone non coniugate entro limiti ristretti, ammettendola solo in particolari circostanze (art. 25, commi 4 e 5), ovvero in “casi particolari”, quelli contemplati dall’art. 44, ma senza effetto di adozione piena. Ha quindi precisato che tale limite non contrasta con la Convenzione di Strasburgo, riconoscendo questa la possibilità per la legislazione nazionale di prevedere forme di adozione semplificate.

Compiuta questa premessa di carattere generale, la Corte ha poi esaminato se la dichiarazione di efficacia nello Stato italiano di un provvedimento di adozione straniero possa avvenire unicamente ai sensi dell’art. 44 della l. n. 184 del 1983, con gli effetti dell’ “adozione in casi particolari”, ovvero anche con effetti legittimanti. Ha così rilevato che l’art. 35, comma 3, della legge appena citata subordina la trascrizione del provvedimento pronunciato all’estero nei registri dello stato civile alla verifica *“che l’adozione non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori”*. Ha inoltre osservato che la deroga prevista dall’art. 35, comma 6, in presenza della situazione contemplata dall’art. 36, comma 4, secondo cui “l’adozione pronunciata

dalla competente autorità di un Paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di aver soggiornato continuativamente nello stesso o di avervi avuto la residenza da almeno due anni, viene riconosciuta ad ogni effetto in Italia con provvedimento del tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione [di Strasburgo]”, si riferisce alle sole disposizioni del medesimo art. 35, comma 6, in ragione del collegamento testuale di queste due disposizioni, e della natura di carattere generale spettante all’indicato principio fissato dall’art. 35, comma 3, tra l’altro ribadito nel successivo comma 4 con riferimento alle adozioni da perfezionarsi dopo l’arrivo del minore in Italia. Ha quindi affermato che, *“a proposito dell’adozione legittimante, l’art. 6 della legge n. 184 pone il principio conformatore dell’istituto secondo il quale tale adozione è consentita solo <a coniugi uniti in matrimonio>”*, poiché anche nella vicenda di cui all’art. 25 l’adozione in tanto è possibile, nonostante il sopravvenire della morte o della separazione di uno dei coniugi nel corso del procedimento, in quanto l’affidamento preadottivo abbia avuto già corso nell’ambito di una coppia unita in matrimonio. Ha perciò concluso di dover escludere che, *“in contrasto con tale principio generale, allo stato della legislazione vigente, soggetti singoli possano ottenere, ai sensi dell’art. 36, comma 4 in questione, il riconoscimento in Italia dell’adozione di un minore pronunciata all’estero con gli effetti legittimanti anziché ai sensi e con gli effetti di cui all’art. 44 della legge n. 184 del 1983”*.

La sentenza, peraltro, ha pure voluto ribadire che *“il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell’ambito di ammissibilità dell’adozione di minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell’adozione legittimante”*. La giurisprudenza di legittimità rimane, pertanto, ancorata, al canone della non ingerenza, sui modelli familiari e filiali interni, del quadro delle fonti europee e delle convenzioni internazionali, come già affermato in tema di ricongiungimento familiare tra persone dello stesso sesso in Cass., sez. 1, 17 marzo 2009, n. 607482, rv. 607482 e coerentemente con Corte Cost. n. 138 del 2010 che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della natura discriminatoria dell’esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio civile.

Risulta interessante evidenziare che la decisione in questione, pur senza mai menzionarla esplicitamente, appare in linea con la nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 22 gennaio 2008, pronunciata nell’affaire E.B. contro Francia. Quest’ultima pronuncia, pur riconoscendo nella specie il diritto all’adozione in relazione però al divieto di discriminazioni derivanti dall’orientamento sessuale, ha affermato che l’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo non garantisce né il diritto ad una famiglia né *a fortiori*, così come già puntualmente affermato in altra precedente decisione, il diritto all’adozione (sia pure da parte di una coppia),

anche se ciò non esclude che la nozione di “vita privata” possa eventualmente essere ricostruita estensivamente così da ricomprendere anche il diritto ad instaurare relazioni interpersonali e quello, ad esso intimamente e funzionalmente connesso, al loro successivo sviluppo.

Sempre in tema di adozione, anche se con riferimento ad altri profili dell’istituto, di particolare interesse sono le sentenze Cass., Sez. 1, 10 giugno 2011, n. 12730, rv. 618407, rv. 618408, rv. 618409, nonché Cass., Sez. 1, 10 maggio 2011, n. 10265, rv. 618035, rv. 618034.

La prima (Cass., Sez. 1, 10 giugno 2011, n. 12730, rv. 618407, rv. 618408, rv. 618409) ha avuto riguardo ai criteri di accertamento della situazione di abbandono, che costituisce la condizione per la dichiarazione di adottabilità del minore.

La pronuncia ha posto al centro del proprio discorso argomentativo l’esatta delimitazione dei confini di operatività del *“principio, astrattamente condivisibile, secondo cui il diritto del fanciullo a mantenere rapporti con la propria famiglia di origine, sancito dal diritto interno ed internazionale, tutela un suo interesse superiore presunto, dovendo essere rispettate e preservate la sua identità e la sua prioritaria esigenza di vivere, nei limiti del possibile con i genitori biologici e di essere allevato da loro”*. Ha infatti sottolineato che *“tale diritto non è riconosciuto in astratto, ma è finalizzato allo sviluppo armonico del minore, e presuppone quindi la concreta attitudine della famiglia biologica ad assicurare allo stesso il migliore apporto alla formazione ed allo sviluppo della sua personalità”*, e, *“pertanto, incontra i suoi limiti nell’oggettiva incapacità della famiglia di prestare le cure necessarie e di assicurare l’adempimento dell’obbligo di mantenere educare ed istruire la prole”*. Ha perciò concluso, anche richiamando la precedente giurisprudenza, che lo stato di abbandono del minore *“ricorre non soltanto in presenza di un rifiuto intenzionale o irrevocabile di assolvere i doveri genitoriali, ma anche quando i genitori non siano in grado di garantire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico indispensabile per lo sviluppo e la formazione della sua personalità e questa situazione non sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio, per tale dovendosi intendere quella inidonea, per la sua durata, a pregiudicare il corretto sviluppo psico-fisico del minore”*.

Muovendo da tale principio, la Corte, per un verso, ha ritenuto corretta l’affermazione del giudice di merito che ha escluso la possibilità di desumere lo stato di abbandono in via automatica dalla dichiarazione dello stato di adottabilità precedentemente pronunciato nei confronti di un altro fratello del minore, sottolineando la necessità di procedere ad una valutazione compiuta in concreto e non in astratto, che tenga conto dei mutamenti *medio tempore* verificatisi, come ad esempio il venir meno di gravi fattori di instabilità familiari e le costanti dimostrazioni di attaccamento e di affetto dimostrate dal genitore.

Per le stesse ragioni, però, il giudice di legittimità ha rimarcato che la mera manifestazione della volontà di accudire il minore, anche ricorrendo al contributo di familiari dai quali farsi raggiungere in Italia, non è da sola sufficiente a far escludere il rischio di una compromissione del suo sano sviluppo psico-fisico e, quindi, della mancanza di quel minimo di assistenza morale e materiale il cui difetto costituisce il presupposto per la dichiarazione dello stato di abbandono, tanto più se il giudice di merito, contestualmente alla revoca della dichiarazione dello stato di adottabilità, abbia ritenuto indispensabile la collocazione del fanciullo presso terzi al fine, o anche al fine, di favorire la realizzazione di un percorso idoneo allo sviluppo di una relazione adeguata tra figlio e genitore naturale.

Nell'occasione, la decisione ha anche precisato che, ai sensi dell'art. 16 della legge 4 maggio 1983, n. 184, nel caso in cui si accerti l'insussistenza dei presupposti per la pronuncia dello stato di adottabilità, la mera dichiarazione di non luogo a provvedere può essere seguita solo dall'adozione di provvedimenti ritenuti opportuni nell'interesse del minore, ma non anche dall'affidamento etero familiare, essendo questo rimesso, dall'art. 4 della medesima legge, al servizio sociale locale in presenza del consenso dei genitori esercenti la potestà, ed al tribunale per i minorenni in mancanza di tale assenso.

La seconda sentenza (Cass., Sez. 1, 10 maggio 2011, n. 10265, rv. 618035, rv. 618034), poi, nell'esaminare le condizioni previste per l'adozione di minori in casi particolari, ai sensi dell'art. 44 della legge 4 maggio 1983, n. 184, ha affrontato, in particolare, il tema della necessità dell'assenso del genitore naturale mai convivente con il minore, ed ha approfondito, di conseguenza, la questione della spettanza, anche a tale genitore, dell'esercizio della potestà parentale.

In dettaglio, la pronuncia, dopo aver ribadito il principio dell'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti in materia di adozione in casi particolari, atteso che per gli stessi è prevista, a seguito della modifica – ad opera dell'art. 30 della legge 28 marzo 2001, n. 149 – dell'art. 313 cod. civ. dettato per l'adozione di maggiore di età, ma richiamato dall'art. 56 della legge n. 184 del 1983, si è soffermata sul valore da attribuire all'assenso del genitore naturale mai convivente con il minore, affermandone la necessità.

A tal fine, la sentenza ha premesso che le novità nella regolamentazione dei rapporti fra genitori e figli, introdotte con la legge 8 febbraio 2006, n. 54, si caratterizzano per *“la maggiore centralità che assume l'interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione della coppia”* e per *“la necessità per i figli di mantenere un rapporto costante ed assiduo con ciascuno dei genitori”*, tanto da indurre a parlare di *“affermazione della bigenitorialità”*, la quale si riflette, in particolare, ma non solo, nell'istituto dell'affidamento condiviso, in modo da conformare l'istituto della potestà parentale, in conformità con quanto stabilito dall'art. 18 della Convenzione di New York, *“non più*

come esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell'interesse esclusivo della prole”.

Ha poi aggiunto che *“altro imprescindibile punto di riferimento”* è la *“ormai realizzata equiparazione, per ragioni che affondano le proprie radici nel principio di eguaglianza, fra le posizioni dei figli legittimi e di quelli naturali”*, che ha trovato una puntuale applicazione nell'art. 4, comma 2, della legge n. 54 del 2006 – laddove si afferma che *<le disposizioni della presente legge>*, oltre che *<in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio>*, si applicano anche *<ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati>* – ed alla quale deve necessariamente *“corrispondere un modello unitario di genitorialità”*.

Dalle esposte considerazioni, ed anche richiamando precedenti pronunce, la sentenza ha tratto la conseguenza che vanno estesi *“i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli di genitori non coniugati”* e che, pertanto, *“la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perché la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione”*.

La pronuncia, a questo punto, ha affrontato il tema specifico dell'esercizio della potestà parentale nel caso di genitore naturale mai convivente con il minore, ed ha rilevato l'esistenza, in dottrina ed in giurisprudenza di merito, di tre orientamenti: il primo, secondo cui l'esercizio comune della potestà sarebbe precluso al predetto genitore, atteso che l'art. 317 bis cod. civ. attribuisce la potestà al solo genitore convivente, nel caso che padre e madre del fanciullo non convivano; il secondo, per il quale la disciplina appena indicata, preesistente alla legge n. 54 del 2006, opererebbe nelle ipotesi in cui non vi sia controversia in materia di affidamento e sulle modalità di esercizio della potestà, in quanto l'art. 4, comma 2, della legge appena citata non estende le nuove regole ai genitori naturali, bensì *<ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati>*; il terzo, il quale ritiene l'art. 317 bis cod. civ., salva la previsione dell'esercizio della potestà dei genitori conviventi, è stato tacitamente abrogato dalla legge n. 54 del 2006, in quanto totalmente incompatibile con la stessa. Ha quindi evidenziato di dover aderire a tale ultimo orientamento, poiché *“nel quadro della nuova disciplina dei rapporti familiari è stata operata una vera e propria dicotomia fra l'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento della prole”*, tanto che, *“come emerge chiaramente dalla previsione degli artt. 155, comma 3, e 317, c. 2, c.c., l'esercizio della potestà da parte di entrambi i genitori ricorre tanto nell'affidamento condiviso, quanto in quello esclusivo”*. Ha inoltre aggiunto che, dovendo comunque ammettersi la sopravvivenza della potestà parentale in capo ad entrambi i genitori nel caso di crisi della coppia convivente, risulta evidente che detta convivenza *“non*

costituisce il dato fondante” della figura giuridica in discorso, e che “l’esigenza di una disciplina sostanzialmente omogenea fra figli legittimi e naturali induce ad attribuire un ampio significato, in virtù di un’interpretazione costituzionalmente orientata, all’art. 4, comma 2, della l. n. 54 del 2006” da riferire a tutte le “ipotesi caratterizzate da controversie in atto”.

Affermata la qualità di “esercente la potestà” anche per il genitore naturale mai convivente, la decisione ne ha tratto come conseguenza indefettibile: ai sensi dell’art. 46, comma 2, della legge n. 184 del 1983, che il dissenso manifestato da questo genitore ha anch’esso, di per sé solo, efficacia preclusiva insuperabile all’adozione del figlio minore <in casi particolari>.

In materia di diritto di visita al minore, significativa è la pronuncia che ha affrontato la tematica relativa all’ambito della tutela garantita dalla Convenzione dell’Aja del 25 ottobre 1980 sugli effetti civili della sottrazione internazionale di minori, resa esecutiva in Italia con la legge 15 gennaio 1994, n. 64, e che ha escluso la riferibilità di tale disciplina all’ipotesi in cui il diritto di visita del genitore sia stato riconosciuto e regolato con provvedimento giudiziario ed il suo esercizio sia impedito dell’insuperabile opposizione manifestata dallo stesso minore ad incontrarlo (Cass., sez. 1, 29 marzo 2011, n. 7117, rv. 617195).

Il giudizio davanti alla Corte di cassazione è stato introdotto dall’impugnazione proposta avverso un decreto emesso da un Tribunale per i minorenni, con il quale era stata dichiarata l’inammissibilità dell’istanza tesa ad ottenere il ripristino del diritto di visita del genitore a figlio minore di età. La sentenza del giudice di legittimità, dopo aver rilevato che il diritto di visita era stato già oggetto di specifica regolamentazione, anche in ordine alle procedure per garantirne l’attuazione, ha evidenziato, in punto di fatto, che l’impedimento al suo esercizio era derivato esclusivamente dalla “insuperata ed allo stato insuperabile opposizione, manifestata dal minore ad incontrare” il genitore, e che tale opposizione era stata così “persistente” da indurre il Tribunale per i minorenni, in altro successivo procedimento, a disporre la sospensione delle frequentazioni tra i due. Ha quindi osservato, sotto il profilo della disciplina applicabile, che, in relazione alla descritta fattispecie, la richiesta *“esulava dalla tutela garantita dalla Convenzione dell’Aja del 1980 ... sostanzialmente seppure implicitamente giacché non volta e comunque riconducibile al ristabilimento dell’esercizio di un suo diritto di visita di fatto arbitrariamente interdetto o impedito e, quindi, illegittimamente conculcato”.*

Con riguardo alla materia della separazione personale dei coniugi, vanno segnalate in particolare due decisioni.

Una (Cass., sez. 1, 21 marzo 2011, n. 6339, rv. 617399) ha riconosciuto l’esistenza di poteri officiosi del giudice di merito in tema di modalità di esecuzione dell’affido condiviso, allorché egli sia richiesto della modifica delle condizioni stabilite in sede di accordo omologato dal competente

Tribunale. In particolare, la decisione ha ritenuto che il giudice di merito – anche in sede di appello, e pur se oggetto della richiesta di modifica delle condizioni della separazione non siano né l'affido condiviso, né l'ampiezza del diritto di visita (nel caso di specie, l'istanza aveva ad oggetto la modifica del luogo di residenza del minore in conseguenza del mutamento del luogo di lavoro del genitore presso il quale il fanciullo era collocato) – può rimodulare di ufficio i periodi in cui ciascuno dei due genitori può tenere presso di sé il figlio ed incidere sul diritto di visita.

L'altra (Cass., sez. 3, 23 maggio 2011, n. 11316, rv. 618151) ha esaminato la questione se, e in quali limiti, abbia natura di titolo esecutivo il provvedimento adottato in sede di separazione, nella parte in cui si sia stabilito che il genitore non affidatario paghi, sia pure *pro quota*, le spese mediche e scolastiche ordinarie relative ai figli.

La pronuncia muove, innanzi tutto, da una ricognizione della giurisprudenza di legittimità rilevante in proposito. Premette perciò, da un lato, che il creditore che abbia ottenuto una pronuncia di condanna nei confronti del debitore non può chiedere *ex novo* un altro titolo se l'oggetto della condanna sia delimitabile o quantificabile in forza di elementi idonei indicati nel titolo stesso e, dall'altro, che il genitore affidatario che debba recuperare quanto corrisposto *pro quota* dell'altro genitore per spese mediche straordinarie non può agire direttamente in via esecutiva, ma deve rivolgersi al giudice per far accertare l'effettiva sopravvenienza degli specifici esborsi contemplati dal provvedimento di separazione e la relativa entità, in quanto queste due circostanze non sono desumibili sulla base degli elementi di fatto contenuti nel titolo appena indicato.

La sentenza segnala, però, che “*evidenti minimali esigenze di effettività della tutela del titolare del particolare credito alimentare di cui si discute*” impongono una soluzione diversa per le “*spese mediche e scolastiche ordinarie, in sé sole considerate ... e se opportunamente documentate*”. Rileva, infatti, che, in ordine a queste spese, “*il titolo esecutivo originario riguarda un credito comunque certo ab origine, oggettivamente determinabile e liquidabile sulla base di criteri oggettivi*”.

Invero, la decisione, con riguardo al profilo della certezza, evidenzia che, siccome “*ai genitori incombe, quale dovere generalissimo, quello di mantenere, istruire ed educare la prole, ai sensi dell'art. 148 cod. civ., può ... qualificarsi normale, secondo criteri di comune esperienza, la necessità di esborsi costanti per l'istruzione*”, ormai ordinariamente necessari anche per quella pubblica, ma anche “*per spese mediche, generiche o specialistiche, attesa la normalità del ricorso a queste ultime, anche solo per controlli periodici o di routine*”; da ciò deriva che detti esborsi possono essere definiti come “*sostanzialmente certi*”. In ordine al profilo della oggettiva determinabilità, poi, la Corte segnala che le spese in discorso sono suscettibili di prova con documentazione rilasciata da strutture pubbliche o da altri soggetti specificamente indicati nel titolo

o concordati tra i coniugi, e che tale circostanza “può prendersi a base quale implicito elemento estrinseco al titolo, ma da esso evidentemente presupposto, idoneo a completarne il comando e ad evitare la necessità, il disagio ed il dispendio di nuovi reiterati preventivi ricorsi al giudice della cognizione”, fermo restando “il diritto di contestare la riferibilità dell’ esborso alla categoria delle spese alla cui contribuzione è assoggettato” e che tuttavia “può bene estrinsecarsi quale contestazione del diritto del creditore ad agire in via esecutiva e quindi nelle forme dell’ opposizione all’ esecuzione, a precetto o a pignoramento”.

Relativamente ai problemi derivanti dalle crisi delle coppie di fatto, ed alle conseguenze per gli ex-conviventi e per i figli minori, una pronuncia di indubbio rilievo è quella che ha stabilito che il comodato, stipulato senza prefissazione di termine, di un immobile successivamente adibito, per inequivoca e comune volontà delle parti contraenti, ad abitazione di un nucleo familiare di fatto, costituito anche da prole minorenni, non può essere risolto in virtù della mera manifestazione di volontà *ad nutum* del comodante ex art. 1810, primo comma, cod. civ., ragion per cui il rilascio dell’ immobile può essere richiesto solo alla cessazione delle esigenze abitative familiari cui è stato destinato, ovvero per un bisogno urgente ed imprevedibile ex art. 1809, comma 2, cod. civ. (Cass., sez. 3, 21 giugno 2011, n. 13592, rv. 618353).

Detta sentenza, in proposito, ha innanzi tutto sottolineato che, “secondo la giurisprudenza di questa Corte, da cui non è il caso di discostarsi, ove il comodato di un immobile sia stato stipulato senza limiti di durata in favore di un nucleo familiare, come analogicamente deve considerarsi la famiglia di fatto, per di più arricchita dalla nascita di un figlio, ... si versa nell’ ipotesi di comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare”. Ha poi desunto da ciò che, “per effetto della concorde volontà delle parti” di collegare l’ immobile alle esigenze di un nucleo familiare, si determina sul bene “un vincolo di destinazione ... idoneo a conferire all’ uso, cui la cosa è destinata, il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la eventuale crisi coniugale o ... familiare tra i conviventi e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà *ad nutum* del comodante”. Ha infine precisato che l’ unico limite opponibile a tale protrazione del vincolo di destinazione è il diritto del comodante “di richiedere il rilascio dell’ immobile nell’ ipotesi di un bisogno ai sensi dell’ art. 1809 comma 2 c.c., segnato dai requisiti dell’ urgenza e della non previsione”.

La pronuncia che ritiene di preminente rilievo la funzione solidaristica impressa al godimento del bene dalla destinazione a casa familiare, è del tutto coerente con l’ orientamento delle Sezioni Unite della Corte (S.U. n. 13603 del 21 luglio 2004, rv. 575656) in tema di vincolatività temporale di tale destinazione quando vi siano figli minori nonché con la più recente affermazione del principio

secondo il quale il termine di durata del comodato può desumersi dall'uso quando tale uso sia connaturato ad una durata predeterminabile (S.U. n. 3168 del 9 febbraio 2011, rv. 616034) ma assume maggiore importanza nel quadro attuale degli orientamenti riguardanti la questione della prevalenza dello "statuto proprietario" o di quello "familiare", in quanto non del tutto stabili (Cass., sez. 3, n. 15986 del 7 luglio 2010, rv. 614013, non conforme all'indirizzo esaminato).

LA LESIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E IL RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE

(a cura di Marco Rossetti)

SOMMARIO: 1. I criteri di liquidazione del danno non patrimoniale. 2. Il contenuto del danno non patrimoniale. 3. La personalizzazione del danno. 4. La legittimazione a richiedere il risarcimento del danno.

Nel 2011 la Corte ha proseguito l'intenso lavoro, già iniziato nei due anni precedenti, di precisazione e chiarificazione degli importanti principi affermati dalle Sezioni Unite con la nota sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008, rv. da 605489 a 60596. L'individuazione, la selezione e la determinazione delle voci di danno non patrimoniale, risultano fortemente permeate della cultura dei diritti fondamentali della persona, anzi traggono la loro legittimazione, in via esclusiva, dal riconoscimento in capo al soggetto leso dalla condotta illecita, di posizioni soggettive giuridicamente tutelabili alla stregua di tale tipologia di diritti costituzionalmente garantita. Se, negli anni precedenti, la Corte ha espresso, in particolare, il proprio impegno nell'ancorare rigorosamente il danno non patrimoniale solo a lesioni di interessi aventi il rango e la dignità di diritti costituzionalmente protetti, ponendo, dunque, un argine, alla proliferazione ingiustificata della categoria del danno risarcibile, nell'ultimo anno, è stato attraverso l'elaborazione del criterio equitativo della liquidazione del danno non patrimoniale, declinato sulla base degli attributi propri del principio di uguaglianza, ovvero, omogeneità, parità di trattamento, adeguatezza e ragionevolezza, che la Corte ha definitivamente saldato la propria funzione nomofilattica anche in questo settore con il parametro costituito dai diritti fondamentali.

1. I criteri di liquidazione del danno non patrimoniale.

Nel 2011 la più importante novità in tema di liquidazione del danno, e segnatamente del danno non patrimoniale, è stata senz'altro rappresentata dalla decisione con la quale la S.C. ha raccomandato a tutti i giudici di merito di adottare un criterio unitario per la liquidazione del danno biologico (indicato nella tabella a tal fine predisposta dal Tribunale di Milano), a pena di impugnabilità della decisione per violazione dell'art. 1226 cod. civ. [Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 7 giugno 2011 (rv. 618048)].

Con questa sentenza si è affermato che:

(a) il concetto di "equità", di cui all'art. 1226 cod. civ., si compone di due elementi: da un lato la valutazione di tutte le circostanze del caso concreto; dall'altro la parità di trattamento tra i casi simili;

(b) la liquidazione equitativa del danno pertanto deve sì garantire l'adeguato apprezzamento delle conseguenze che ne sono derivate, ma deve anche assicurare che pregiudizi di natura identica, e che abbiano prodotto le medesime conseguenze, devono essere risarciti in misura identica.

Per garantire questo risultato, la S.C. ha perciò stabilito che nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge (e quindi, per quanto si dirà nel paragrafo seguente, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass.) il criterio di liquidazione cui tutti i giudici di merito devono attenersi, al fine di garantire l'uniformità di trattamento, è quello predisposto dal Tribunale di Milano (preferibile in quanto già ampiamente diffuso sul territorio nazionale), salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificare l'abbandono.

Per effetto di tale decisione, la sentenza di merito la quale, nella liquidazione del danno biologico non derivante da sinistri stradali, dovesse adottare criteri di liquidazione diversi da quelli elaborati dal Tribunale di Milano, senza spiegare per quale ragione nel caso di specie tali criteri sarebbero stati iniqui, sarà per ciò solo viziata da *error in iudicando*, per violazione dell'art. 1226 cod. civ..

Merita di essere ricordato che la sentenza 12408 del 2011, cit., si è fatto anche carico di dettare dei principi, per così dire, di "diritto intertemporale". L'obbligo di adottare le tabelle milanesi infatti potrebbe far sorgere dubbi sulla sorte delle sentenze di merito depositate prima della indicata pronuncia, e nelle quali il giudice abbia liquidato il danno biologico adottando criteri diversi da quelli imposti dalla S.C.. Di tali dubbi si è fatta carico la sentenza di cui si discorre, stabilendo che le decisioni di merito le quali hanno liquidato il danno con criteri diversi da quelli milanesi potranno essere impugnate per cassazione solo ove ricorrano due condizioni:

(a) la parte interessata abbia correttamente sollevato, nei gradi di merito, la questione relativa alla necessità dell'adozione dei criteri di liquidazione milanesi;

(b) le tabelle del tribunale di Milano siano state tempestivamente prodotte in giudizio.

Ovviamente il parametro rappresentato dalle tabelle milanesi resta un criterio equitativo; sicché, ove il pregiudizio alla salute abbia inciso in modo abnorme ed inusuale sulla vita di relazione della vittima, il giudice è tenuto a verificare se i parametri delle tabelle in concreto applicate tengano conto di questo aspetto del danno, vale a dire dell'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto che si estrinsechi in uno sconvolgimento dell'esistenza, ovvero in radicali cambiamenti di vita, ed in caso contrario deve procedere alla c.d. "personalizzazione" del risarcimento, riconsiderando i parametri anzidetti in ragione anche di siffatto profilo, al fine di debitamente garantire l'integralità del ristoro spettante al danneggiato [Sez. 3, Sentenza n. 14402 del 30 giugno 2011 (rv. 618049)].

2. Il contenuto del danno non patrimoniale.

Altre importanti decisioni in materia di danno non patrimoniale hanno riguardato i contenuti di questo tipo di pregiudizio, la sua risarcibilità ed i criteri liquidazione.

Sul piano della risarcibilità, si è confermato l'abbandono della vieta distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, e ribadito che per pretendere il risarcimento del danno non patrimoniale non basta allegare e provare la lesione d'un diritto inviolabile: questa infatti non determina di per sé la sussistenza di un danno risarcibile, essendo invece necessario che la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio [Sez. 3, Sentenza n. 10527 del 13 maggio 2011 (rv. 618207); Sez. 3, Sentenza n. 13614 del 21 giugno 2011 (rv. 618822)]. In applicazione di questo principio, la sentenza appena ricordata ha ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse escluso in fatto l'esistenza di un danno risarcibile in un caso in cui minore, a causa dell'omesso rilascio del nulla-osta dovuto, era stato iscritto a scuola con quattro mesi di ritardo, frequentando, tuttavia, nel contempo, di fatto le lezioni.

Sul piano della natura e dei contenuti della nozione di "danno non patrimoniale", può dirsi ormai definitivamente abbandonata la tradizione concezione che distingueva tra danno morale ed "altri" danni non patrimoniali, come fossero pregiudizi diversi per natura. Al contrario, è divenuto ormai pacifico che nell'ampia ed omnicomprensiva categoria del danno non patrimoniale - che non è possibile ritagliare in ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva - rientrano sia il danno biologico, il quale ricomprende i danni alla vita di relazione ed estetico, sia il danno morale, il quale non può, quindi, dar luogo ad un autonomo risarcimento [Sez. 6 - III, Ordinanza n. 15414 del 13 luglio 2011 (rv. 619223; Sez. 3, Sentenza n. 6750 del 24 marzo 2011 (rv. 617597)].

La Corte, insomma, ha ormai abbandonato la "logica delle etichette", secondo cui i pregiudizi non patrimoniali sarebbero tipici e prestabiliti (danno biologico, morale, esistenziale, vita di relazione, ecc.). Si è perciò ritenuto che determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno esistenziale da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato [Sez. L, Sentenza n. 1072 del 18 giugno 2011 (rv. 616254)].

Quel che dunque rileva ai fini del risarcimento non sono i "nomi" assegnati al pregiudizio, ma la sua effettiva sussistenza e consistenza: perciò al fine di stabilire se il risarcimento sia stato duplicato ovvero sia stato erroneamente sottostimato non rileva il "nome" assegnato dal giudicante al pregiudizio lamentato dall'attore ("biologico", "morale", "esistenziale"), ma unicamente il concreto

pregiudizio preso in esame dal giudice. Si ha, pertanto, duplicazione di risarcimento solo quando il medesimo pregiudizio sia liquidato due volte, sebbene con l'uso di nomi diversi [Sez. 3, Sentenza n. 10527 del 13 maggio 2011 (rv. 618209)]. Questa regola vale ovviamente non solo per le decisioni di merito depositate dopo il già ricordato arresto delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale (sentenza n. 26972 del 2008), ma anche per le sentenze precedentemente pronunciate: sicché la domanda di risarcimento del danno aquiliano proposta prima che la Corte di cassazione, pronunciandosi a Sezioni Unite, adottasse la nuova ed omnicomprensiva nozione di "danno non patrimoniale", e contenente la richiesta di risarcimento del "danno morale da liquidarsi in via equitativa", è suscettibile di essere interpretata come comprensiva anche dei pregiudizi non patrimoniali diversi dalla mera sofferenza interiore, quando dal contesto dell'atto risulti evidente che l'istante non abbia inteso riferirsi esclusivamente a quest'ultima [Sez. 3, Sentenza n. 13179 del 16 giugno 2011 (rv. 618246)].

3. La personalizzazione del danno.

Essendo ormai incontestato che la liquidazione del danno non patrimoniale esige sia l'adozione d'un parametro *standard* uguale per tutti, sia una accorta personalizzazione del risarcimento, in grado di tenere conto delle circostanze del caso concreto, nel 2011 la Corte ha ribadito cosa debba intendersi per "personalizzazione", massimamente nel caso di liquidazione del danno alla salute o del danno non patrimoniale da morte del congiunto. In particolare ha stabilito Sez. 3, Sentenza n. 10527 del 13 maggio 2011 (rv. 618210), che un pregiudizio ulteriore rispetto alla mera sofferenza morale (e, dunque, una "personalizzazione" del risarcimento) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstite lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell'attore allegare e provare.

Sempre sul piano della liquidazione del danno, varie decisioni di rilievo sono state pronunciate nel 2011 in materia di liquidazione del danno patito da chi, dopo avere patito una lesione della salute, sia venuto a mancare in conseguenza delle lesioni dopo una sopravvivenza *quodam tempore*.

Questo tipo di pregiudizio, ha stabilito la S.C. con la sentenza pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 6754 del 24 marzo 2011 (rv. 616517), è risarcibile solo a condizione che sia entrato a far parte del patrimonio della vittima al momento della morte. Pertanto, in assenza di prova della sussistenza di uno stato di coscienza della persona nel breve intervallo tra il sinistro e la morte, tale danno non è risarcibile, nemmeno sotto il profilo del danno biologico, a favore del soggetto che è morto, essendo inconcepibile l'acquisizione in capo a lui di un diritto che deriva dal fatto stesso della morte; e, d'altra parte, in considerazione della natura non sanzionatoria, ma solo riparatoria o consolatoria del

risarcimento del danno civile, ai congiunti spetta in questo caso il solo risarcimento conseguente alla lesione della possibilità di godere del rapporto parentale con la persona defunta.

4. La legittimazione a richiedere il risarcimento del danno.

Anche per quanto concerne la legittimazione a domandare il ristoro del danno per l'uccisione del congiunto si registra un'estensione, in funzione del rilievo della sfera della relazione parentale (art. 2, 29 Cost.) dell'ambito soggettivo del risarcimento del danno non patrimoniale: si tratta della sentenza n. 9700 del 3 maggio 2011, della terza sezione (rv. 617791), la quale ha ritenuto che anche il soggetto nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi per fatto illecito di un terzo durante la gestazione, ha diritto nei confronti del responsabile al risarcimento del danno per la perdita del relativo rapporto e per i pregiudizi di natura non patrimoniale (e, ovviamente) patrimoniale che gli siano derivati.

RESPONSABILITÀ CIVILE E RISARCIMENTO DEL DANNO

(a cura di marco Rossetti)

SOMMARIO: 1. Un cantiere aperto. 2. La responsabilità per il fatto dell'incapace. 3. La responsabilità dell'insegnante. 4. La responsabilità per il fatto dei servitori e dei commessi. 5. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. 6. La responsabilità da cose in custodia. 6.1. I presupposti applicativi dell'art. 2051 cod. civ.. 6.2. La prova liberatoria gravante sul custode. 7. Circolazione stradale. 8. Tutela della salute e responsabilità sanitaria.

1. Un cantiere aperto.

Non è esagerato affermare che la materia della responsabilità civile è quella che ha conosciuto, negli ultimi dieci anni, l'evoluzione più rapida e le trasformazioni più profonde. Questo processo - cui hanno cooperato, ma in modo quasi sempre del tutto indipendente l'uno dall'altra, sia il legislatore che la giurisprudenza - ha riguardato tre aspetti.

Il primo è quello degli elementi costitutivi della responsabilità (la colpa, il nesso causale, la valutazione della negligenza), il cui accertamento e la cui valutazione sono divenuti via via più ampi, fino a ricomprendere condotte e fattispecie che per l'innanzi erano escluse dall'area dell'illecito aquiliano (si pensi alla differenziazione, introdotta da Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, (rv. 600899), tra i criteri di accertamento del nesso di causalità in sede penale rispetto alla sede civile).

Il secondo aspetto interessato dall'evoluzione di cui si discorre è stato rappresentato dall'aumento delle fattispecie "speciali" di responsabilità, cioè dei casi in cui la legge o la giurisprudenza hanno fissato criteri particolari di accertamento della colpa (sempre più spesso presunta) o del nesso causale. E' il caso della responsabilità professionale del medico, che la Cassazione è arrivata a definire "paraoggettiva" (Cass. civ., sez. 3, 19 maggio 2004, n. 9471, rv. 572945- 572946 - 572947); come pure delle speciali forme di responsabilità introdotte dal legislatore - quasi sempre in attuazione di principi dettati dal diritto comunitario - a carico di intermediari finanziari (artt. 21 e ss. d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e relativo regolamento di attuazione, Regolamento Consob 29 ottobre 2007 n. 16190, ripetutamente modificati in attuazione della direttiva c.d. "MiFiD"), dei *tour operator* (artt. 41 e ss. d. lgs. 23 maggio 2011 , n. 79).

Infine, il terzo settore nel quale si registra una progressiva evoluzione del settore della responsabilità civile è l'accertamento e la liquidazione del danno, sia patrimoniale che non patrimoniale. Quest'ultimo, in particolare, ha dato vita negli ultimi anni ad un vero e proprio movimento dialettico "a tre" tra giurisprudenza di legittimità, giurisprudenza di merito e dottrina: con questi tre soggetti che, alternativamente, si sono scambiati il compito di porre tesi o contrapporre antitesi alle tesi altrui, per raggiungere sintesi ciclicamente rimesse poi in discussione.

La responsabilità civile, insomma, si conferma come un settore dell'ordinamento nel quale esistono perenni "lavori in corso".

2. La responsabilità per il fatto dell'incapace.

L'art. 2047 cod. civ. stabilisce che "in caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto".

E' noto che questa previsione ha posto il problema di stabilire se vi sia coincidenza o meno delle nozioni di "imputabilità" e "colpa": se, cioè, un atto compiuto dall'incapace possa qualificarsi "colposo", con quanto ne segue sul piano della responsabilità.

In talune decisioni di legittimità, infatti, si è affermato espressamente che "*la colpa (...) presuppone l'imputabilità*" (e quindi, parrebbe di capire, l'una si risolve nell'altra), e si è giunti alla conclusione che il fatto dell'incapace solo per convenzione lessicale può essere definito "colposo", in quanto a chi non è padrone di sé non può essere mosso alcun rimprovero in termini di colpa.

In altre e più numerose decisioni, all'opposto, si è affermato che "*la non imputabilità non esclude la colpevolezza*". Questa affermazione viene in genere motivata con un ragionamento così sintetizzabile:

(a) l'art. 2047 cod. civ. prevede un indennizzo a favore della vittima, nel caso il danno sia stato causato da un incapace e il sorvegliante non sia tenuto a risponderne;

(b) tuttavia questa norma può applicarsi solo se all'incapace possa comunque essere mosso un qualche rimprovero in termini di colpa: ché, altrimenti, l'indennizzo sarebbe dovuto anche per i danni derivati dal fortuito o dalla forza maggiore, il che sarebbe assurdo ed iniquo, perché in tal caso la vittima del danno causato dall'incapace otterrebbe un ristoro anche quando lo stesso danno, se causato da una persona capace, non avrebbe legittimato la vittima a domandare alcunché;

(c) *ergo*, l'art. 2047 cod. civ. sta a significare che possono esistere danni causati con colpa dall'incapace, e danni causati dall'incapace ma senza colpa; e poiché l'incapace è soggetto non imputabile, si conclude che possono darsi casi di condotte colpose (in senso oggettivo, cioè devianti rispetto ad una regola di condotta) ma tenute da soggetti non imputabili.

Quest'ultimo orientamento è stato corroborato nel 2011 dalla importante decisione pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 7247 del 30 marzo 2011 (rv. 617583). La sentenza aveva ad oggetto il caso di un minore infortunatosi durante un incontro di calcio a causa dello scontro con un coetaneo. La domanda di risarcimento del danno, proposta dai genitori dell'infortunato nei confronti dell'associazione sportiva che aveva organizzato il torneo durante il quale era avvenuto il fatto, era

stata rigettata dal giudice di merito, in base all'assunto che la condotta compiuta dal minore autore del danno non poteva ritenersi "colposa", in quanto non esorbitante rispetto all'agonismo che era normale attendersi in relazione al tipo di sport ed all'età dei partecipanti. La corte, nel confermare tale decisione, ha affermato che, pur essendo inconcepibile una condotta "colposa" in capo ad un incapace, nondimeno per aversi la responsabilità del sorvegliante a norma dell'art. 2047 cod. civ. è necessario che il fatto dell'incapace presenti tutte le caratteristiche di antigiuridicità, e cioè sia tale che, se fosse assistito da dolo o colpa, integrerebbe un fatto illecito.

Ciò vuol dire che anche a fronte di un danno causato dall'incapace il giudice deve accertare se il comportamento di quest'ultimo sia stato oggettivamente antigiuridico e se esso sia stato causativo del danno. In applicazione di questi principi, si è affermato che l'urto tra due minori che stanno disputando una partita di calcio, non compiuto allo scopo di ledere, né con una violenza incompatibile con le caratteristiche concrete del gioco, non costituisce un comportamento astrattamente qualificabile come colposo, e di conseguenza non fa sorgere la responsabilità del sorvegliante del minore per i danni che da quell'urto siano derivati.

Merita di essere segnalato che, nella medesima sentenza appena ricordata, la S.C. ha stabilito alcuni importanti principi in materia di responsabilità per lesioni personali causate durante lo svolgimento della pratica sportiva, negando l'esistenza d'una corrispondenza biunivoca tra il rispetto delle regole del gioco e l'assenza di responsabilità.

Può, quindi, incorrere in responsabilità anche lo sportivo che abbia rispettato le regole del gioco, se l'atto è stato compiuto allo specifico scopo di ledere (in tal caso, infatti, viene meno il nesso funzionale tra l'atto ed il gioco, necessario per scriminare la condotta lesiva); nello stesso tempo, all'opposto, l'atto lesivo non farà sorgere alcuna responsabilità in capo a chi l'ha commesso anche se esso sia consistito in una condotta violativa delle regole del gioco, quando però sussista un nesso funzionale tra l'atto commesso e la pratica sportiva. Tale nesso, in particolare, sussiste quando non sia stato impiegato un grado di violenza o irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato, ovvero col contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge in concreto, o con la qualità delle persone che vi partecipano.

3. La responsabilità dell'insegnante.

E' noto come l'art. 2048 cod. civ. ponga a carico degli insegnanti una presunzione di colpa per i danni causati dall'allievo a terzi, ma non per i danni che l'allievo abbia patito da terzi, ovvero abbia causato a se medesimo.

E' noto, altresì, come da tempo la giurisprudenza abbia slargato l'area della responsabilità dell'insegnante, invertendo a suo carico l'onere della prova anche nelle controversie in cui l'allievo (ovvero i suoi rappresentanti, se minore) domandino il risarcimento dei danni da lui patiti durante l'orario di lezione. A questa soluzione pervennero le Sezioni Unite, già anni addietro, ricorrendo alla tesi della "responsabilità da contatto sociale" tra l'allievo e l'insegnante, in virtù del quale sorge tra questi un rapporto di contenuto analogo ad un qualsiasi altro rapporto giuridico contrattuale, nel quale v'è da un lato l'obbligo di fornire una certa prestazione (in particolare, vigilare sugli allievi), dall'altro il diritto di pretenderla. Di conseguenza, avendo il rapporto contenuto analogo a quello di un contratto, saranno ad esso applicabili le norme dal codice in tema di rapporto giuridici contrattuali, e prima fra tutte l'art. 1218 cod. civ.: in virtù di tale norma, per come costantemente interpretata dalla S.C., il creditore che allegi l'altrui inadempimento deve provare soltanto l'esistenza e l'efficacia del contratto, mentre è il convenuto, se vuole andare esente da responsabilità, a dovere provare che l'inadempimento non c'è stato, ovvero che non è dipeso da propria colpa [Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 (rv. 549956)].

Quest'ultimo orientamento è stato confermato e rafforzato nel 2011, con l'affermazione che il solo fatto dell'ammissione dell'allievo a scuola determina a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni. Ciò comporta, in particolare, l'obbligo dell'istituto scolastico di predisporre gli accorgimenti necessari affinché nei locali scolastici non si introducano persone o animali che possano arrecare danno agli alunni: e sulla scorta di tale *regula iuris* la corte ha affermato la responsabilità della scuola in un caso di danno da lesioni personali causate dall'aggressione di un cane incustodito [Sez. 3, Sentenza n. 3680 del 15 febbraio 2011 (rv. 617285)].

4. La responsabilità per il fatto dei servitori e dei commessi.

Può apparire singolare che, circa un mese dopo la pronuncia della sentenza ricordata al paragrafo precedente, nella quale è stata di fatto posta a carico dell'insegnante una presunzione di colpa per il danno patito dall'allievo, si è affermato un principio diametralmente opposto con riferimento alla responsabilità del committente di cui all'art. 2049 cod. civ.: e cioè che quest'ultimo non risponde

del danno patito dal commesso, tanto nell'ipotesi in cui il commesso stesso l'abbia inferto a se medesimo, quanto nell'ipotesi in cui gli sia stato arrecato da un terzo [Sez. 3, Sentenza n. 6528 del 22/03/2011 (rv. 617240)]. Nel caso concreto, la persona incaricata dal proprietario di un fondo di rimuovere un albero abbattuto dal vento aveva causato la morte del committente, colpito alla testa da un grosso frammento di legno scagliato in alto durante i lavori di rimozione del tronco. Il responsabile, convenuto in giudizio dagli eredi del committente, aveva sostenuto in giudizio che in definitiva del proprio fatto illecito doveva risponder il committente stesso, ex art. 2049 cod. civ., sicché la medesima persona veniva ad assumere contemporaneamente la qualità di creditore e debitore, con conseguente estinzione dell'obbligazione per confusione. La S.C. ha rigettato tale ricostruzione.

Tra le due decisioni, tuttavia, non esiste alcun contrasto; anzi, l'una costituisce il necessario complemento dogmatico dell'altra. Si legge infatti nella motivazione di Cass. 6528 del 2011, cit. (nella quale, come accennato, si è esclusa l'applicabilità dell'art. 2049 cod. civ. nel caso di danno patito dal commesso) che tutte le responsabilità previste dagli artt. da 2049 a 2054 cod. civ. sono accomunate dal fatto che in ciascuna di tali previsioni il danno è causato da un bene che si trova in particolare relazione col soggetto presunto responsabile, oppure da un'attività direttamente svolta o esercitata a mezzo di un'entità strumentale inanimata (cosa), animale, umana (preposto).

Al contrario, nelle ipotesi di cui agli artt. 2047 e 2048 cod. civ., manca questo rapporto di strumentalità tra l'autore diretto del danno e colui che ne deve rispondere, e la responsabilità si fonda piuttosto sulla colpa (presunta) *in vigilando* ovvero *in educando*.

L'art. 2049 cod. civ., ha perciò concluso la corte nella sentenza appena ricordata, ha lo scopo di tutelare i terzi che siano stati lesi dal fatto illecito del preposto, ma non è applicabile nei casi in cui il danneggiato sia il preposto stesso o, addirittura, il preponente.

5. La responsabilità per l'esercizio di attività pericolose.

Poche, ma non indegne di nota, le novità registrate nel 2011 in tema di responsabilità per esercizio di attività pericolose. La più rilevante è rappresentata dall'espressa affermazione, compiuta dalla Corte di cassazione, secondo cui non costituisce esercizio di attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., l'attività del ministero della salute di vigilanza, coordinamento e controllo della somministrazione di vaccini obbligatori, come quello antipolio [Sez. 3, Sentenza n. 9406 del 27 aprile 2011 (rv. 617748)].

Recuperando principi già affermati con riferimento all'affine problema della responsabilità del ministero per i danni da trasfusioni con sangue infetto, la S.C. ha stabilito che "pericolosa" ex art.

2050 cod. civ. è l'attività di produzione, commercio e somministrazione dei vaccini, ma non quella di vigilanza sul corretto svolgimento di tali procedure, la sola demandata al ministero. Pertanto, ove si intenda ascrivere al ministero la responsabilità per i danni causati da un vaccino, occorre dimostrare - ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. - se la pericolosità di quel vaccino fosse o meno nota all'epoca dei fatti e se sussistessero, alla stregua delle conoscenze di quel momento, ragioni di precauzione tali da vietare quel tipo di vaccinazione o da consentirla solo con modalità idonee a limitare i rischi ad essa connessi.

6. La responsabilità da cose in custodia.

Sull'interpretazione dell'art. 2051 cod. civ. la giurisprudenza (anche di legittimità) aveva espresso orientamenti oscillanti, in particolare su due questioni:

- (a) quali fossero i presupposti per l'applicazione dell'art. 2051 cod. civ.;
- (b) quale fosse il contenuto della prova liberatoria gravante sul custode.

Sulla prima di tali questioni nell'anno 2011 si è registrata una progressiva uniformizzazione della giurisprudenza di legittimità, sì che i precedenti contrasti parrebbero da ritenersi superati od in via di superamento; sulla seconda questione permangono invece talune incertezze.

6.1. I presupposti applicativi dell'art. 2051 cod. civ.

Sotto il primo profilo, va ricordato che l'art. 2051 cod. civ. esige due presupposti per l'applicabilità della presunzione ivi prevista:

- (a) che il danno sia stato causato dalla cosa;
- (b) che la cosa fosse legata al responsabile da un rapporto definibile come "custodia".

Ciascuno di questi due presupposti, chiaro a livello teorico, a livello pratico, come accennato, aveva dato a disparità di vedute.

Il primo presupposto aveva generato incertezze circa la possibilità di considerare arrecato "dalla cosa" anche il danno provocato dall'impatto della vittima contro cose inerti (come nel caso di scivolate o cadute su pavimenti, scale, e via dicendo). Su tale questione si è tuttavia registrato nell'anno 2011 un progressivo e sempre più uniforme allineamento della giurisprudenza verso un'applicazione assai ampia dell'art. 2051 cod. civ.. Questo orientamento considera arrecato "dalla cosa" anche il danno patito da chi, per effetto della propria condotta, entri in contatto con un oggetto altrui, ed è divenuto nell'ultimo anno preponderante [da ultimo, in tal senso, Sez. 3, Sentenza n. 4476 del 24 febbraio 2011 (rv. 616827), la quale ha ritenuto applicabile l'art. 2051 cod. civ. al caso del cliente di un supermercato inciampato in una pedana di legno contenente merce in attesa di

collocazione sugli scaffali]. In precedenza la stessa S.C. aveva escluso l'applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. in un caso in cui il cliente di un supermercato era finito, spingendo il carrello per gli acquisti, in una buca, cadendo e riportando lesioni. In quel caso la Corte affermò l'inapplicabilità dell'art. 2051 cod. civ. per avere avuto il pavimento solo "il ruolo di occasione dell'evento (...), svilita a mero tramite del danno in effetti provocato da una causa ad essa estranea [Cass., sez. 3, 17 gennaio 2001 n. 584 (rv. 543213)].

In definitiva, per giurisprudenza prevalente costituisce oggi danno arrecato "dalla cosa" qualunque ipotesi di lesioni causata da cadute, scivoloni, perdita di equilibrio, e via dicendo.

Anche il secondo dei presupposti per l'applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. (che il danno arrecato sia stato arrecato da una cosa che formi oggetto di custodia), come accennato, aveva formato oggetto di vari contrasti. Tali contrasti riguardavano in particolare la configurabilità di un rapporto di "custodia" tra la pubblica amministrazione ed i beni ad essa appartenenti che siano di vaste dimensioni e destinati all'uso indiscriminato da parte del pubblico (quali strade, ponti, boschi, dighe, il lido del mare, gli alberi che adornano il centro urbano di una città, e via dicendo).

Su tale questione, negli anni passati, la giurisprudenza di legittimità si era divisa in ben tre orientamenti diversi:

(-) un primo orientamento riteneva inapplicabile *tout court* l'art. 2051 cod. civ. al danno causato da beni della pubblica amministrazione di rilevanti dimensioni; (in questo senso, *ex multis*, Cass., sez. 3, 4 dicembre 1998, n. 12314 rv.521408; Cass., sez.3, 23 luglio 2003, n. 11446 rv. 565360; Cass., sez. 3, 26 settembre 2006, n. 20827 rv. 59540; la tesi era stata avallata anche da Corte costit. ord., 6 marzo 1995, n. 82);

(-) un secondo orientamento riteneva applicabile l'art. 2051 cod. civ. alla p.a. in tutti i casi in cui la cosa fonte danno poteva essere oggettivamente controllata, e presumeva *iuris tantum* "oggettivamente controllabili" tutte le strade comunali incluse nel perimetro del centro abitato; Cass., sez. 3, 21 luglio 2006, n. 16770 (rv. 591472); Cass., sez. 3, 12 luglio 2006, n. 15779 (rv.591272); Cass., sez. 3, 6 luglio 2006, n. 15383 (rv. 591249).

(-) un terzo orientamento, infine, riteneva che ai fini dell'applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. nei confronti della pubblica amministrazione, per i danni arrecati da cose di grandi dimensioni, occorresse distinguere due diverse ipotesi:

(a) le situazioni di pericolo "*immanentemente connesso alla struttura o alle pertinenze dell'autostrada*" (ad es., irregolarità del manto stradale, insufficienza delle protezioni laterali, segnaletica insidiosa o contraddittoria);

(b) le situazioni di pericolo "*provocato dagli stessi utenti ovvero da una repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa, che pongano a repentaglio*

l'incolumità degli utenti e l'integrità del loro patrimonio" (ad esempio, perdita di oggetti da parte di veicoli in transito, formazione di ghiaccio sul manto stradale, perdita di sostanze oleose da parte di veicoli in transito).

Mentre, ricorrendo la prima ipotesi, l'art. 2051 cod. civ. sarà sempre applicabile, nella seconda ipotesi la responsabilità del custode sarà disciplinata dall'art. 2043 cod. civ., con la conseguenza che la vittima avrà l'onere di provare - secondo i criteri generali - l'imprevedibilità e l'inevitabilità del pericolo. Cass., sez. 3, 19 novembre 2009, n. 24419 (rv. 610663); Cass., sez. 3, 20 febbraio 2006, n. 3651 (rv. 591249).

E' possibile affermare che, con l'anno 2011, questo terzo orientamento è divenuto dominante se non univoco, e che quindi sotto questo aspetto l'anno appena trascorso abbia visto sopire, senza l'intervento delle Sezioni Unite, uno dei contrasti giurisprudenziali concernenti l'art. 2051 cod. civ. [in tal senso, Sez. 3, Sentenza n. 4495 del 24 febbraio 2011 (rv. 616873); Sez. 3, Sentenza n. 6677 del 23 marzo 2011 (rv. 617580); Sez. 3, Sentenza n. 11016 del 19 maggio 2011 (rv. 618175)].

Per effetto di questo assestamento giurisprudenziale può concludersi che oggidi la giurisprudenza di legittimità, nel caso di danni causati da beni dell'amministrazione, distingue l'ipotesi in cui il danno è stato determinato da cause intrinseche alla cosa (come il vizio costruttivo o manutentivo), nel qual caso l'amministrazione ne risponde ai sensi dell'art. 2051 cod. civ.; da quella in cui l'amministrazione dimostri che il danno sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi (come ad esempio la perdita o l'abbandono sulla pubblica via di oggetti pericolosi), non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione, nel qual caso essa è liberata da responsabilità [Cass. 6677/11, cit.; nello stesso senso Cass., sez. 3, 3 aprile 2009, n. 8157 (rv.607904); Cass., sez. 3, 6 giugno 2008, n. 15042 (rv. 603742); Cass., sez. 3, 16 maggio 2008, n. 12449 (rv. 603341)].

6.2. La prova liberatoria gravante sul custode.

Come accennato, un secondo e tormentato contrasto, in questo caso addirittura occulto, divide la giurisprudenza circa il contenuto della prova liberatoria che il custode deve fornire per vincere la presunzione posta a suo carico dall'art. 2051 cod. civ.. Esso si è perpetuato, e forse acuito, anche nel 2011.

A livello teorico, la giurisprudenza di legittimità è da molti anni unanime nell'affermare che quella di cui all'art. 2051 cod. civ. è una "presunzione di responsabilità", non una "presunzione di colpa". Di conseguenza, il custode può scampare alla condanna non già limitandosi a dimostrare di avere tenuto una condotta diligente, ma dimostrando in concreto che il danno è derivato da un caso

fortuito (il fatto della vittima, il fatto del terzo, l'evento imprevedibile). Così la decisione capostipite rappresentata da Cass., sez. 3, 20 maggio 1998, n. 5031 (rv. 515604). Ciò significa nella sostanza ancorare la responsabilità del custode alla sussistenza del solo nesso causale, e non anche alla negligenza.

Questo principio è stato ripetutamente espresso dalla S.C. attraverso la massima secondo cui nella responsabilità per custodia “non rileva la condotta del custode, ma soltanto la relazione di lui con la cosa”, e che di conseguenza la prova liberatoria non deve riguardare la condotta, ma le modalità di causazione del danno, ed il nesso eziologico tra quest'ultimo e la cosa in custodia.

Tuttavia, sebbene le affermazioni appena riassunte siano pacifiche nella giurisprudenza di legittimità, una analisi di quest'ultima che non si arresti alle massime, ma si spinga ad esaminare le fattispecie concrete, evidenzia due criticità:

(-) la prima è rappresentata dal contrasto tra l'affermazione di principio appena trascritta, e la *ratio decidendi* concretamente adottata;

(-) la seconda è rappresentata dal contenuto della nozione di “caso fortuito”, e dal ruolo che in essa può giudicare la condotta negligente della vittima.

Sotto il primo profilo, va ricordato che in numerose decisioni la S.C. sembra avere sconfessato in pratica il principio affermato in teoria, e cioè che nella responsabilità del custode non rileva la condotta di quest'ultimo, ma il suo rapporto con la cosa. Così, ad esempio:

(-) nella motivazione di Cass., sez. 3, 9 agosto 2007, n. 17493, si legge che presupposto per l'applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. è “l'evitabilità e la prevedibilità” del danno: ma se un danno è inevitabile od imprevedibile, manca per definizione la colpa, la cui essenza è appunto la prevedibilità dell'evento. Dire, pertanto, che presupposto dell'art. 2051 cod. civ. è l'evitabilità del danno significa affermare che, dimostrata dal custode la sua diligenza, e cioè la mancanza di colpa, questi dovrebbe essere liberato da responsabilità: e cioè collide col principio già ricordato, secondo cui la prova liberatoria richiesta al custode non riguarda la condotta da questi tenuta, ma il suo rapporto con la cosa;

(-) nella motivazione di Cass., sez. 3, 10 marzo 2009, n. 5741 (avente ad oggetto un caso di incendio propagatosi da uno ad un altro immobile), si afferma che il custode ha “l'obbligo di vigilare” la cosa; ma anche questa affermazione contrasta con l'affermata irrilevanza della condotta: se infatti obbligo del custode è quello di vigilanza, perché non viene liberato se prova la diligenza nella vigilanza?

Ed ancora: nella stessa sentenza da ultimo ricordata, si soggiunge che nella responsabilità ex art. 2051 cod. civ. qualora persista l'incertezza sull'individuazione della concreta causa del danno, “rimane a carico del custode il fatto ignoto, in quanto non idoneo ad eliminare il dubbio in ordine

allo svolgimento eziologico dell'accadimento". Il che è assai curioso: quella di cui all'art. 2051 cod. civ. è una presunzione che esonera la vittima dalla prova della colpa, non dalla prova del nesso causale: eppure il dubbio sul nesso causale si fa ricadere sul custode;

(-) nella motivazione di Cass., sez. 3, 3 aprile 2009, n. 8157 (avente ad oggetto un caso di danni ad un automobilista causati da una frana staccatasi da un terreno demaniale) si legge che l'ente proprietario della cosa va esente da responsabilità *"quando la situazione che provoca il danno si determina non come conseguenza di un precedente difetto di diligenza nella sorveglianza della strada ma in maniera improvvisa"*: ed anche questa affermazione stride con il principio affermato in teoria, e cioè che la prova che il custode abbia tenuto una condotta diligente non vale a sollevarlo da responsabilità. Affermare, infatti, che il custode risponde se il danno sia conseguenza *"di un precedente difetto di diligenza nella sorveglianza"* significa che - in teoria - se questi dimostrasse di essersi comportato diligentemente dovrebbe andare esente da condanna: il che invece è proprio quanto a livello teorico la giurisprudenza di legittimità nega.

Il secondo contrasto occulto nella giurisprudenza di legittimità, in merito al contenuto della prova liberatoria gravante sul custode, riguarda il rilievo eziologico da attribuire alla condotta negligente, distratta o malaccorta della vittima.

A tale condotta si attribuisce in teoria l'idoneità ad escludere la responsabilità del custode, pacifico essendo che il concorso colposo della vittima nella causazione dell'evento costituisce un caso fortuito, idoneo ad interrompere il nesso causale tra la cosa ed il danno. Tuttavia, allorché si tratta di stabilire quale sia il grado di diligenza minima esigibile dalla vittima, superato il quale viene meno la responsabilità del custode, la giurisprudenza torna a dibattersi in un mare di incertezze.

Così ad esempio, mentre Cass., sez. 3, 15 ottobre 2004, n. 20334 (rv. 577729), ha escluso la responsabilità del proprietario di una piscina, in un caso in cui nel corso di una festa uno degli ospiti decideva improvvisamente di tuffarsi riportando gravi lesioni, con logica esattamente opposta Cass., sez. 3, 3 aprile 2009, n. 8128 (non massimata) ha affermato l'invocabilità dell'art. 2051 cod. civ. nei confronti del gestore di una discoteca, convenuto in giudizio da persona che, azzuffatasi con un altro cliente in un'area pertinenziale antistante al locale notturno e recintata in modo inadeguato, a causa della colluttazione aveva infranto la recinzione precipitando nella strada sottostante.

I numerosi contrasti di cui si è appena detto nell'anno 2011 hanno ricevuto dalla giurisprudenza di legittimità nuovo alimento, sicché sarebbe auspicabile un risolutore intervento delle Sezioni Unite.

In particolare, con la già ricordata sentenza n. 4476 del 2011, la S.C. era stata chiamata ad occuparsi del caso del cliente di un supermercato, il quale era scivolato sul pavimento bagnato del

negozio, riportando lesioni. Il giudice di merito, muovendo dal fatto che il luogo del sinistro fosse ben visibile e normalmente illuminato, rigettò la domanda, addebitando l'accaduto a distrazione della vittima.

La Corte di legittimità, invece, ha cassato tale decisione, osservando che nella valutazione dell'apporto causale fornito dalla vittima alla produzione dell'evento *“il giudice deve tenere conto della natura della cosa e delle modalità che in concreto e normalmente ne caratterizzano la fruizione”*. E poiché - ha proseguito la Corte - in un supermercato è normale e ragionevole che i frequentatori prestino attenzione alla merce sugli scaffali, non al pavimento, la prova liberatoria non poteva reputarsi fornita dal custode.

Tale decisione tuttavia parrebbe porsi in aperto contrasto con quella pronunciata solo due anni prima da Cass., sez. 3, 16 gennaio 2009, n. 993 (rv. 606411). Anche in quel caso il cliente di un supermercato era caduto riportando lesioni, inciampando (non sul pavimento bagnato, ma) su una pedana predisposta per l'esposizione di elettrodomestici e ricoperta da un tappeto). Tuttavia la Corte ritenne corretta la sentenza di merito che esclude la responsabilità del custode per essere stato accertato che il cliente, *“mentre era intento ad osservare gli elettrodomestici riposti sulle scatole collocate sulla pedana, è inciampato sulla stessa ed è caduto”*.

7. Circolazione stradale.

La materia della responsabilità da circolazione stradale e quella, connessa, dell'assicurazione della r.c.a., hanno fatto registrare nel 2011 alcune importanti novità.

Con l'importante sentenza pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 524 del 12 gennaio 2011 (rv. 616132), la Corte di cassazione ha notevolmente appesantito l'onere probatorio gravante sul conducente di un veicolo a motore, ai sensi dell'art. 2054, comma primo, cod. civ., nel caso di investimento pedonale.

Come noto, nel caso di investimento pedonale sorge frequentemente il problema di stabilire se ed a quali condizioni la condotta imprudente del pedone (ad es., che attraversi repentinamente e distrattamente la sede stradale) possa escludere o ridurre la colpa del conducente. A tale questione, in passato, la S.C. aveva dato risposta nei seguenti termini:

(a) il pedone può essere ritenuto responsabile esclusivo del sinistro soltanto quando si pari improvvisamente ed imprevedibilmente dinanzi a traiettoria del veicolo;

(b) la violazione di una regola di condotta da parte del pedone non è di per sé sufficiente a ritenere la colpa esclusiva di quest'ultimo;

(c) la violazione di una regola di condotta da parte del pedone è però sufficiente a ritenere un concorso di colpa del pedone stesso, *ex* articolo 1227 cod. civ., nella causazione del sinistro. *Ex multis*, Cass., sez. 3, 29 settembre 2006, n. 21249 (rv. 593596); Cass., sez. 3, 16 giugno 2003, n. 9620 (rv. 564285); Cass., sez. 3, 23 agosto 1997, n. 7922 (rv. 507041).

Con la sentenza del 2011 sopra ricordata (Cass. 524 del 2011), invece, la Corte di legittimità è pervenuta ad affermare la responsabilità dell'automobilista anche quando la condotta del pedone sia stata repentina e scorretta, se il *contesto ambientale* poteva o doveva ragionevolmente indurre l'automobilista a prevedere quella condotta. Il caso concreto aveva ad oggetto la vicenda di una bambina investita da un automobilista mentre attraversava distrattamente la strada all'uscita della scuola. Il giudice di merito, accertato che la vittima aveva attraversato la strada sbadatamente, aveva rigettato la domanda di risarcimento. La Corte ha tuttavia cassato tale decisione, osservando come la circostanza che il pedone avesse repentinamente attraversato la strada non vale ad escludere la responsabilità dell'automobilista, “*ove tale condotta anomala del pedone fosse, per le circostanze di tempo e di luogo, ragionevolmente prevedibile*”; e soggiungendo che tale prevedibilità “*deve ritenersi di norma sussistente con riferimento alla condotta dei bambini, in quanto istintivamente imprudenti, con la conseguenza che in presenza di essi, e massimamente in prossimità di istituti scolastici, l'automobilista ha l'obbligo di procedere con la massima cautela, e tenersi pronto ad arrestare il veicolo in caso di necessità*”.

8. Tutela della salute e responsabilità sanitaria.

1. Nel 2011 sono state depositate diverse decisioni di rilievo in materia di responsabilità medica.

Tra queste, le più significative hanno riguardato l'accertamento del nesso di causalità tra la condotta illecita ed il danno.

2. Su questo argomento spicca, per l'importanza dei principi affermati e la diffusa motivazione, la decisione pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21 luglio 2011 (rv. 618882), la quale peraltro ha stabilito principi, in materia di nesso causale, suscettibili di applicazione generale e non limitata alla sola materia della responsabilità del sanitario.

Con questa sentenza è stato risolto un importante problema in tema di nesso di causalità, e cioè se il concorso di cause umane e cause naturali alla produzione dell'evento possa giustificare una riduzione percentuale del grado di colpa del danneggiante e, di conseguenza, della misura del risarcimento.

Per la comprensione di tale problema occorre ricordare come, per lunghi anni, la Corte di cassazione aveva costantemente affermato che se alla produzione dell'evento di danno concorrono

la condotta dell'uomo e cause naturali, il responsabile non può invocare alcuna riduzione della propria responsabilità, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile. [Così, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. 2, 28 marzo 2007, n. 7577 (rv. 596272); Cass. civ., sez. lav., 9 aprile 2003, n. 5539 (rv. 561998)].

Poi, nel 2009, la Corte di legittimità aveva sorprendentemente mutato avviso proprio nel decidere un caso di colpa medica, con la sentenza pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 975 del 16 gennaio 2009 (rv. 606131).

Il caso oggetto di quest'ultima decisione riguardava la vicenda di un paziente, già infartuato, al quale i chirurghi nel corso di un intervento procuravano un'emorragia in conseguenza della lesione accidentale di un vaso sanguigno. Dopo l'emorragia il paziente pativa un secondo infarto che lo conduceva a morte: sicché era sorto il problema di stabilire se la morte fosse stata causata dall'emorragia, ovvero se il secondo infarto fosse sopravvenuto per un fattore autonomo, quale naturale sviluppo dello stato di salute in cui il paziente si trovava al momento del ricovero.

La corte nel decidere questa vicenda, dopo avere ribadito il tradizionale principio secondo cui il nesso di causalità tra la condotta e l'illecito sussiste, ai sensi dell'art. 40 cod. pen., a condizione che senza la prima il secondo non si sarebbe mai potuto verificare, ha sentito il bisogno di aggiungere, a mo' di *obiter dictum*, che in ogni caso il giudice di merito, cui sarebbe stata rinviata la causa, nella liquidazione del danno avrebbe dovuto tenere conto delle gravi condizioni di salute del paziente, preesistenti all'intervento.

In particolare, ove avesse accertato che la morte del paziente fu determinata da un concorso di causa (la condotta imperita dei sanitari e le pregresse condizioni di salute), secondo la S.C. il giudice di merito avrebbe dovuto "*procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo*". Anche nel caso di incertezza sulle cause dell'illecito dovrebbe infatti trovare applicazione l'art. 1226 cod. civ., per evitare di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso.

Questa conclusione venne corroborata poi da due rilievi: sia l'art. 2055 cod. civ., in tema di regresso fra condebitori solidali; sia l'art. 1227 cod. civ., in tema di concorso colposo della vittima nella produzione del danno, prevedono che la misura del regresso e - rispettivamente - la riduzione del risarcimento siano determinate in funzione delle conseguenze derivate dalla condotta del condebitore o della vittima, in tal modo ammettendo che il nesso di causalità possa essere concettualmente frazionato.

L'effetto di questa sentenza, di fatto, fu quello di circoscrivere l'area della responsabilità medica. Infatti, quando il paziente avesse invocato la responsabilità del sanitario che l'aveva avuto in cura, ma fosse emerso che comunque alla produzione del danno alla persona del paziente aveva concorso non solo l'opera del medico, ma anche le pregresse condizioni di salute del paziente stesso, si consentiva al giudice di ridurre in via equitativa - ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. - l'ammontare del risarcimento.

La soluzione adottata dalla sentenza 975 del 2009 è stata oggi abbandonata dalla più recente decisione 15991 del 2011, cit., in termini così recisi e risoluti da indurre a ritenere che ci si trovi dinanzi non ad un contrasto di giurisprudenza, ma ad un autentico e definitivo *revirement* della Cassazione.

La sentenza più recente ha infatti rilevato come la soluzione adottata nel 2009 (e cioè la graduabilità della responsabilità del medico in funzione delle pregresse condizioni del paziente) confondeva due diversi nessi di causalità: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale, disciplinata dall'art. 40 cod. pen.), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. causalità giuridica, disciplinata dall'art. 1223 cod. civ.).

Secondo questa impostazione, nel caso di responsabilità per danno biologico derivante da colpa del medico, occorre in primo luogo stabilire se dall'azione od omissione del medico sia derivata una lesione della salute; quindi - in caso affermativo - accertare quali conseguenze dannose (in termini di sofferenza, compromissione della validità psicofisica, pregiudizi patrimoniali) ne siano derivate. L'obbligo risarcitorio sorge dunque allorché siano positivamente accertati tre fatti giuridici (condotta, lesione e danno), legati da due nessi causali (causalità materiale tra la condotta e la lesione, causalità giuridica tra quest'ultima ed il danno).

La circostanza che un paziente, prima dell'intervento rivelatosi infausto, fosse portatore di patologie pregresse non può mai comportare - ha stabilito Cass. 15991 del 2011 - il "frazionamento" del nesso di causalità tra condotta e danno. Tale nesso o c'è o manca, senza che sia possibile alcuna graduazione percentuale. Pertanto, quand'anche il medico abbia con la propria azione od omissione fornito un contributo causale solo dell'1% alla produzione del danno, il quale è dovuto per il resto al concorso di cause naturali, egli dovrà comunque risponderne per intero.

Le pregresse condizioni di salute del paziente, e più in generale il concorso di concause naturali alla produzione del danno, vengono invece in rilievo nel momento della liquidazione del danno: più esattamente, nella selezione, tra tutte le conseguenze provocate dall'errore medico, delle sole che siano *giuridicamente* risarcibili, quali conseguenze immediate e dirette dell'illecito ai sensi dell'art. 1223 cod. civ..

Sotto questo profilo, la sentenza 15991 del 2011 si spinge a suggerire una autentica tassonomia dei casi più frequentemente ricorrenti:

(a) se il paziente era già malato od invalido, e l'atto medico aggrava le sue condizioni di salute, il danno va liquidato considerando quale sarebbe stata la condizione del paziente se non ci fosse stato l'errore medico;

(b) se il paziente era già "affetto da patologie prive di effetti invalidanti", e l'atto medico gli causa un danno alla salute, il danno va liquidato senza tenere conto dello stato pregresso del paziente;

(c) se il paziente era affetto da una patologia non letale, e l'errore del medico ne causa la morte, lo stato di salute pregresso:

(c') è irrilevante ai fini della liquidazione del danno patito *iure proprio* dai familiari della vittima;

(c'') può giustificare la riduzione del risarcimento dell'eventuale danno alla salute patito dalla vittima primaria e trasmesso *iure successionis* agli eredi;

(d) se il paziente era già affetto da una malattia letale, ma l'errore del medico ne accelera la morte, le sue pregresse condizioni di salute possono giustificare una riduzione del risarcimento spettante *iure proprio* ai familiari, in proporzione dello scarto temporale tra la durata della vita effettivamente vissuta e quella che la vittima, in assenza dell'errore medico, avrebbe verosimilmente potuto sperare.

3. Un cenno meritano, in materia di accertamento del nesso di causalità tra condotta del medico e danno del paziente, alcune decisioni che, approfondendo e precisando principi pur non nuovi, li hanno trasformati in "diritto vivente".

Tali decisioni hanno riguardato in particolare i criteri di accertamento del nesso di causalità ed il riparto dell'onere della prova.

Sotto il primo profilo, si è ribadito [da Sez. 3, Sentenza n. 15386 del 13 luglio 2011 (rv. 618771)] che nell'ipotesi di erronea diagnosi prenatale, la quale abbia omesso di rilevare gravi malformazioni del feto e, di conseguenza, precluso alla gestante di interrompere la gravidanza, la prova del nesso di causalità tra omessa informazione prenatale e perdita possibilità di abortire, pur se incombente sulla parte attrice, non può che essere di natura presuntiva quanto al grave pericolo per la salute psichica della donna che costituisce la condizione richiesta dalla legge per l'interruzione di gravidanza.

Nello stesso ordine di idee si pone il *decisum* di Cass., Sez. 3, Sentenza n. 12686 del 9 giugno 2011 (rv. 618137). Questa sentenza aveva ad oggetto la vicenda di un bambino nato con un grave *deficit* neurologico, dovuto ad ipossia cerebrale. Mentre i genitori sostenevano che la causa dell'ipossia era dovuta al personale sanitario, negligente ed intempestivo nell'esecuzione del parto

cesareo, i convenuti asserivano che la causa dell'ipossia era naturale e si era già prodotta durante la gestazione.

Si trattava dunque di stabilire se vi fosse o no prova dell'origine *ante partum* dell'ipossia, e la Corte ha sì ammesso che la prova della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari ed il danno va fornita dal danneggiato, ma ha soggiunto che tale prova deve ritenersi sussistente quando ricorrano congiuntamente due condizioni:

(a) non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche;

(b) appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento o da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato.

In buona sostanza, con questa decisione si è ribadito che quando l'evento di danno sia astrattamente imputabile a più cause, la responsabilità del convenuto può essere esclusa solo quando sia certo che la causa effettiva del danno non sia a lui ascrivibile.

Infine, sempre in tema di nesso causale merita di essere ricordata la decisione pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 3847 del 17 febbraio 2011 (rv. 616273), la quale ha stabilito che la *mancata documentazione* dell'atto medico può bastare di per sé a ritenere sussistente il nesso di causalità tra l'omissione del medico ed il danno patito dal paziente, quando quella omissione era astrattamente idonea a provocare l'evento, ed il reale andamento dei fatti sia divenuto inconoscibile proprio a causa della trascuratezza della cartella clinica. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistere un nesso di causalità tra la condotta dei medici, i quali avevano ritardato l'esecuzione di un parto cesareo, e la grave asfissia del neonato, reputando irrilevante la pur elevata probabilità statistica che l'asfissia cerebrale potesse avere avuto origine fisiologica in base all'assunto per cui, per escludere con certezza il nesso di causalità tra l'evento e la condotta del sanitario, si sarebbe dovuto disporre di un tracciato cardiocografico, che i medici stessi avevano però ommesso di eseguire nell'imminenza del parto.

PARTE TERZA

IL GIUDICE CIVILE E L'ECONOMIA
(coordinamento di Massimo Ferro)

I CONTRATTI DELL'IMPRESA (a cura di Marco Rossetti)

SOMMARIO: 1. L'appalto. 2. Il deposito. 3. Il trasporto e la spedizione. 4. L'assicurazione.

1. L'appalto.

1. L'anno 2011 ha registrato una copiosa produzione giurisprudenziale, la quale ha riguardato pressoché tutti gli aspetti del contratto. Le decisioni pronunciate dalla S.C. in materia di appalto hanno in molti casi confermato orientamenti consolidati; in altri hanno apportato importanti precisazioni e chiarimenti; un terzo gruppo di decisioni ha infine fatto chiarezza su questioni mai in precedenza esaminate. Tali decisioni possono essere divise in due gruppi: quelle che hanno riguardato la fisiologia del contratto (natura del rapporto, presupposti di validità, effetti, scioglimento) e quelle aventi ad oggetto la patologia del contratto (inadempimento, risoluzione, garanzia per i vizi, risarcimento del danno).

2. Per quanto attiene la natura del contratto e delle obbligazioni da esso scaturenti, la decisione pronunciata da Sez. 2, Sentenza n. 10927 del 18 maggio 2011 (rv. 618100), ha ribadito che quella dell'appaltatore è una obbligazione di risultato e non di mezzi: da ciò l'importante conseguenza che l'appaltatore è sempre responsabile nei confronti del committente nel caso di mancato raggiungimento del risultato promesso, a nulla rilevando che l'insuccesso sia dipeso dal fatto del terzo od addirittura dello stesso committente. Infatti, anche dinanzi ad impedimenti, difficoltà o ritardi dovuti alla condotta di terzi o del committente, l'appaltatore ha l'obbligo innanzitutto di segnalarli all'altra parte, e, quindi, di adottare gli accorgimenti opportuni per far conseguire il risultato utile. A tale regola, però, la stessa decisione appena ricordata ha consentito due deroghe: l'appaltatore, infatti, non risponde dell'insuccesso causato dal fatto del terzo o del committente sia quando nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza poteva conoscere la circostanza impeditiva del raggiungimento del risultato; sia quando abbia ottenuto un espresso esonero di responsabilità da parte del committente.

Così, in applicazione di questo principio, la citata sentenza n. 10927 del 2011 ha ritenuto l'appaltatore responsabile della difettosa impermeabilizzazione del solaio di un immobile, dovuta alla difettosa esecuzione dei lavori da parte di altra impresa, cui in un primo momento era stata appaltata l'opera.

3. Due importanti decisioni hanno poi riguardato il problema della nullità del contratto di appalto avente ad oggetto l'edificazione di immobili, per contrarietà con gli strumenti urbanistici. La prima di queste decisioni ha riguardato il caso di contrarietà dell'appalto al vincolo paesaggistico, l'altra al

permesso di costruire. Con la sentenza pronunciata da Sez. 1, Sentenza n. 13969 del 24 giugno 2011 (rv. 618451), la Corte ha ritenuto nullo il contratto d'appalto per la costruzione di un'opera senza la prescritta autorizzazione paesaggistica (di cui agli artt. 7 e 8 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, nella specie applicabile *ratione temporis*).

Un contratto di questo tipo, ha precisato la Corte, è nullo ai sensi degli artt. 1346 e 1418 cod. civ., avendo un oggetto illecito per violazione delle norme imperative in materia urbanistico-ambientale.

Da ciò la conseguenza che, essendo tale nullità insanabile e rendendo il contratto assolutamente privo di effetti, l'appaltatore non può pretendere alcun corrispettivo dal committente.

La medesima sentenza appena ricordata ha poi affrontato il problema della rilevanza, ai fini dell'esclusione della suddetta nullità, della eventuale buona fede dei contraenti, dandovi risposta negativa. Sia che le parti abbiano ignorato l'esistenza del difetto dell'autorizzazione paesaggistica, sia che una delle parti abbia fatto affidamento sull'obbligo, volontariamente assunto dall'altra, di richiederla alla competente amministrazione, tutto ciò non vale ad escludere la nullità del contratto. L'eventuale buona fede dei contraenti, infatti, non rileva perché l'errore in cui essi sono incorsi è inescusabile, dal momento che il *deficit* di autorizzazione è agevolmente verificabile. Quanto, poi, alla circostanza che uno solo dei contraenti abbia assunto contrattualmente l'obbligo di ottenere le prescritte autorizzazioni amministrative, ciò non vale a rendere lecita un'opera oggettivamente contrastante con norme imperative.

4. Affine alla fattispecie esaminata al paragrafo precedente è stata quella decisa da Sez. 2, Sentenza n. 2187 del 31 gennaio 2011 (rv. 615962), avente ad oggetto un appalto per la costruzione di un immobile eseguito in difformità rispetto alla concessione edilizia (oggi, "permesso di costruire"). Ricorrendo tale ipotesi, la decisione appena ricordata ha stabilito che occorre distinguere due ipotesi: *a*) se la difformità dell'opera rispetto alla concessione sia totale (nella specie, ai sensi dell'art. 7 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, applicabile *ratione temporis*), e dunque quando è stato realizzato un edificio radicalmente diverso per caratteristiche tipologiche e volumetriche, l'opera è da equiparare a quella costruita in assenza di concessione, con la conseguenza che il relativo contratto di appalto è nullo per illiceità dell'oggetto e violazione delle norme imperative in materia urbanistica; *b*) se, invece, la difformità soltanto parziale (*ex art. 12 della legge n. 47 del 1985*), e cioè quando la difformità concerne parti non essenziali del progetto, il contratto è valido ed efficace, salva ovviamente la responsabilità amministrativa.

5. Il problema della derivazione contrattuale, e dei rapporti tra committente, appaltatore e subappaltatore è stato affrontato da Sez. 2, Sentenza n. 16917 del 2 agosto 2011 (rv. 618898). Ribadendo un orientamento già consolidato, tale arresto ha confermato quella che si potrebbe

definire la teoria dei compartimenti stagni, in virtù della quale la stipula del contratto di subappalto non vale a stabilire alcun rapporto giuridico tra il committente ed il subappaltatore, nemmeno nel caso in cui il committente fosse consapevole della stipula del subappalto, ovvero l'abbia espressamente consentito. Da ciò la conseguenza che, in difetto di diversi accordi *inter partes*: a) il subappaltatore risponde della relativa esecuzione nei confronti del solo appaltatore; b) il subappaltatore può domandare il pagamento del corrispettivo solo nei confronti dell'appaltatore (cioè il subcommittente), e non nei confronti del committente; c) il subappaltatore può domandare il pagamento dell'indennizzo nel caso di recesso del committente (ex art. 1671 cod. civ.) solo nei confronti dell'appaltatore (cioè il subcommittente), e non nei confronti del committente.

6. Tre importanti decisioni sono state pronunciate nel 2011 anche per quanto concerne la misura del corrispettivo dovuto all'appaltatore. La prima di esse ha riguardato il problema delle varianti in corso d'opera; la seconda quello della revisione prezzi, la terza il problema della prova delle opere eseguite e per le quali si domanda il pagamento del corrispettivo. Con la prima decisione [Sez. 2, Sentenza n. 9796 del 4 maggio 2011 (rv. 617946)], si è stabilito che nel caso in cui il corrispettivo sia stato stabilito solo per l'esecuzione di determinate opere, ma l'appaltatore ne abbia realizzate di ulteriori, il compenso per queste ultime non può mai considerarsi compreso in quello previsto nel contratto originario, nemmeno quando il progetto sia stato predisposto dall'appaltatore. Ricorrendo tale ipotesi, pertanto, il compenso per le opere aggiuntive va determinato dal giudice ai sensi dell'art. 1660 cod. civ., a meno che ovviamente non risulti una contraria volontà delle parti.

Del problema della revisione dei prezzi si è invece occupata la decisione pronunciata da Sez. 2, Sentenza n. 1494 del 21 gennaio 2011 (rv. 616612), la quale ha affermato che quando il corrispettivo sia stato determinato a corpo e non a misura, l'appaltatore non può invocare la revisione dei prezzi, di cui all'art. 1664 cod. civ., per le variazioni di costo intervenute in corso di esecuzione e dipendenti da fattori che al momento della stipula del contratto potevano essere preveduti. Se, invece, gli aumenti siano dipesi da fattori del tutto imprevedibili al momento della stipula del contratto, la revisione dei prezzi è dovuta anche nell'appalto con corrispettivo a corpo, a meno che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, non vi abbiano inequivocabilmente rinunciato.

Infine, la decisione pronunciata da Sez. 2, Sentenza n. 106 del 4 gennaio 2011 (rv. 616239) è stata chiamata ad occuparsi del problema del contenuto della prova che l'appaltatore deve fornire, quando invochi il pagamento del corrispettivo per le opere realizzate (siano esse state originariamente previste dal contratto, ovvero aggiunte in corso d'opera). E' infatti usuale, anche negli appalti privati, che i pagamenti avvengano per *tranches* in base allo stato di avanzamento dei lavori; e che in tal caso l'appaltatore (in contraddittorio col committente o col direttore dei lavori) predisponga dei

documenti detti, appunto *stati di avanzamento lavori* (o S.A.L.) dai quali risulti l'effettiva quantità e qualità delle opere a mano a mano realizzate.

E' sorto, così, il problema se tali S.A.L. siano idonei di per sé a costituire prova della spettanza del corrispettivo: a tale quesito la sentenza sopra ricordata ha dato risposta negativa, osservando che l'emissione dei S.A.L. non è idonea ad integrare e sostituire la verifica dell'opera che, ai sensi dell'art. 1665 cod. civ., il committente ha il diritto di eseguire dopo l'ultimazione dei lavori medesimi, né costituisce prova legale del diritto al corrispettivo maturato sulla base dei conteggi eseguiti. I suddetti S.A.L., tuttavia, quando siano stati approvati dal committente (anche in modo indiretto od implicito), costituiscono una presunzione semplice (art. 2727 cod. civ.) in favore dell'appaltatore, in virtù della quale diventa onere del committente dimostrare che l'opera effettivamente realizzata è difforme da quella che da tali atti complessivamente risulta.

7. Sempre in tema di diritti ed obblighi scaturenti dal contratto di appalto, un importante chiarimento in materia di varianti di progetto è venuto dalla decisione pronunciata da Sez. 2, Sentenza n. 9796 del 4 maggio 2011 (rv. 617947). Con essa si è precisato che l'art. 1661 cod. civ. distingue tra varianti "non notevoli" e varianti "notevoli". Il committente ha sempre un diritto soggettivo perfetto di chiedere le prime, a fronte del quale sta l'obbligo dell'appaltatore di eseguirle, salvo ovviamente il diritto al maggior compenso per i lavori eseguiti.

Il committente, per contro, non ha alcun diritto soggettivo perfetto a domandare variazioni "notevoli": ove perciò le chieda ugualmente, non troverà applicazione l'art. 1661 cod. civ. e l'appaltatore non ha alcun obbligo di eseguirle. Anche in tal caso, tuttavia, se l'appaltatore decida volontariamente di eseguirle, egli avrà diritto a richiedere il riconoscimento del maggior prezzo rispetto al corrispettivo originariamente concordato.

8. L'analisi delle sentenze che hanno affrontato gli aspetti strutturali del contratto di appalto deve concludersi con un cenno all'importante decisione pronunciata da Sez. 2, Sentenza n. 9645 del 2 maggio 2011 (rv. 617702), in materia di recesso del committente ex art. 1671 cod. civ. Quest'ultimo, ha stabilito la sentenza ora ricordata, forma oggetto di un diritto potestativo, e perciò può essere esercitato anche in assenza di qualsiasi giusta causa. Dall'affermazione di principio sostanziale è stata tratta la conseguenza processuale secondo cui domanda di condanna del committente al pagamento dell'indennizzo dovuto in caso di recesso, ex art. 1671 cod. civ., e quella di condanna del committente al pagamento del corrispettivo pattuito, si fondano su presupposti del tutto diversi, con quanto ne consegue in tema di mutatio libelli e proponibilità per la prima volta in appello.

9. Detto delle sentenze che si sono occupate degli aspetti strutturali dell'appalto, esaminando le decisioni che, nel corso del 2011, si sono occupate della patologia del contratto - inadempimento, garanzia per vizi, risarcimento del danno – ci si imbatte in arresti altrettanto importanti.

Così è noto che, ai sensi dell'art. 1667 cod. civ., l'appaltatore è tenuto a garantire il committente per i vizi e le difformità dell'opera. Di tale norma la Corte ha precisato (ovvero, talora, ribadito) tre importanti aspetti dell'istituto: a) l'ambito di applicazione; b) i presupposti per l'esercizio della garanzia; c) i suoi rapporti con le responsabilità di cui agli artt. 1669 e 1453 cod. civ.

Sotto il primo profilo (ambito di applicazione della garanzia), la sentenza pronunciata da Sez. 2, Sentenza n. 13983 del 24 giugno 2011 (rv. 618324), ha precisato che la disciplina di cui all'art. 1667 cod. civ. può trovare applicazione solo quando l'opera sia stata comunque portata a termine, ma presenti vizi, difformità o difetti. Quando, invece, l'opera non sia stata nemmeno completata, sarà applicabile la disciplina generale in materia di inadempimento contrattuale, dettata dagli artt. 1453 e 1455 cod. civ., e non quella di cui agli artt. 1667 e 1668 cod. civ..

Da ciò la conseguenza che in caso di omesso completamento dell'opera, anche se questa, per la parte eseguita, risulti difettosa o difforme, non è consentito al committente, al fine di accertare la responsabilità dell'appaltatore per inesatto adempimento, invocare la garanzia per i vizi di cui all'art. 1667 cod. civ.

10. Per quanto attiene i presupposti per l'esercizio della garanzia, ha ritenuto Sez. 2, Sentenza n. 11520 del 25 maggio 2011 (rv. 618102), che a tal fine non sia necessaria una denuncia specifica ed analitica delle difformità e dei vizi dell'opera, tale da consentire l'individuazione di ogni anomalia di quest'ultima. Condizione necessaria e sufficiente per avvalersi della garanzia è, invece, una pur sintetica, indicazione delle difformità, idonea cioè a conservare l'azione di garanzia anche con riferimento a quei difetti accertabili solo in un momento successivo. In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto eccessivamente generica la denuncia di "carenze nel fabbricato", in quanto non idonea a consentire di avere cognizione, sia pure in modo conciso, dei vizi riscontrati.

11. Per quanto attiene, infine, i rapporti tra la garanzia di cui all'art. 1667 e quella di cui all'art. 1669 cod. civ., la S.C. ha avuto modo di precisare con Sez. 2, Sentenza n. 3702 del 15 febbraio 2011 (rv. 616711) che tra le due norme ora ricordate non sussiste alcuna incompatibilità. Il committente di un immobile che presenti "*gravi difetti*" infatti può invocare sia il risarcimento del danno ex art. 1669 cod. civ., sia i rimedi di cui all'art. 1668 cod. civ. (eliminazione dei vizi, riduzione del prezzo, risoluzione del contratto). A fondamento di questa conclusione la Corte ha osservato che le responsabilità di cui agli artt. 1667 e 1669 cod. civ. hanno natura diversa (la prima, infatti, è negoziale, la seconda aquiliana), ma costituiscono l'una una sottospecie dell'altra: infatti i "*gravi difetti dell'opera*" (di cui all'art. 1669 cod. civ.) costituiscono necessariamente anche un "*vizio*" della

medesima (ai sensi dell'art. 1667 cod. civ.). Da ciò deriva che la norma generale continua ad applicarsi anche in presenza dei presupposti di operatività della norma speciale, così da determinare una concorrenza delle due garanzie, quale risultato conforme alla ratio di rafforzamento della tutela del committente sottesa allo stesso art. 1669 cod. civ.

Nella stessa sentenza da ultimo citata, la S.C. ha altresì precisato che non sussiste alcun contrasto dell'art. 1669 cod. civ. con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina posta dall'art. 1667 cod. civ. in tema di prescrizione, non patendo il committente alcun *deficit* di protezione per il fatto che i difetti dell'opera presentino il carattere di particolare gravità indicato dall'art. 1669 citato.

12. Importanti decisioni sono state pronunciate dalla S.C. nel 2011 anche in tema di risarcimento del danno da inadempimento dell'appaltatore. Innanzitutto, si è ribadito che, nel caso di inadempimento dell'appaltatore, il risarcimento del danno che si aggiunge alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453, primo comma, e 1668 cod. civ., non può avere natura di reintegrazione in forma specifica, nel senso che non può essere richiesto il ripristino della situazione esistente anteriormente all'esecuzione del contratto e, contemporaneamente, anche la realizzazione di quella che sarebbe conseguita all'esatto adempimento del medesimo. Se così fosse, infatti, il committente trarrebbe un illegittimo duplice beneficio, perché a risarcimento avvenuto verrebbe a trovarsi in una condizione addirittura più favorevole rispetto a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato puntualmente avvenuto. In quest'ultimo caso, infatti, il committente avrebbe ottenuto un'opera eseguita a regola d'arte, ma avrebbe dovuto pagare il corrispettivo; nel caso di inadempimento, invece, se fosse consentito cumulare il risarcimento in forma specifica con la restituzione del prezzo pagato il committente avrebbe l'*opus* realizzato a regola d'arte, ma senza pagare alcun prezzo [Sez. 2, Sentenza n. 8889 del 18 aprile 2011 (rv. 617681)].

Infine, mette conto ricordare che secondo Sez. 2, Sentenza n. 6181 del 16 marzo 2011 (rv. 617080), anche nel caso di risoluzione del contratto di appalto per colpa dell'appaltatore, quest'ultimo ha diritto - in detrazione alle ragioni di danno spettanti al committente - al riconoscimento del compenso per le opere già effettuate e delle quali il committente abbia comunque profittato.

2. Il deposito.

1. L'anno 2011 non ha fatto registrare molte novità in materia di contratto di deposito. Due sentenze, nondimeno, meritano di essere segnalate al riguardo. La prima concerne la configurabilità di un contratto di deposito, e della conseguente responsabilità *ex recepto*, nel caso di istituzione da

parte dei Comuni, previa deliberazione della Giunta, di aree di sosta a pagamento ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera f), del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada).

Su tale questione sono intervenute le Sezioni Unite, stabilendo che la suddetta istituzione di aree di sosta a pagamento non comporti l'assunzione dell'obbligo del gestore di custodire i veicoli su di esse parcheggiati se l'avviso "*parcheggio incustodito*" è esposto in modo adeguatamente percepibile prima della conclusione del contratto (artt. 1326, primo comma, e 1327 cod. civ.), perché l'esclusione attiene all'oggetto dell'offerta al pubblico ex art. 1336 cod. civ. (senza che sia necessaria l'approvazione per iscritto della relativa clausola, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ., non potendo presumersene la vessatorietà), e l'univoca qualificazione contrattuale del servizio, reso per finalità di pubblico interesse, normativamente disciplinate, non consente, al fine di costituire l'obbligo di custodia, il ricorso al sussidiario criterio della buona fede ovvero al principio della tutela dell'affidamento incolpevole sulle modalità di offerta del servizio stesso (quali, ad esempio, l'adozione di recinzioni, di speciali modalità di accesso ed uscita, di dispositivi o di personale di controllo), potendo queste ascriversi all'organizzazione della sosta. Ne consegue che il gestore concessionario del Comune di un parcheggio senza custodia non è responsabile del furto del veicolo in sosta nell'area a tal fine predisposta [Sez. Unite, Sentenza n. 14319 del 28 giugno 2011 (rv. 618073)].

2. La seconda decisione in materia è rappresentata da Sez. 3, Sentenza n. 759 del 14 gennaio 2011 (rv. 616269), che ha riguardato il tormentato tema degli obblighi e dei diritti scaturenti dal rinvenimento di un veicolo rubato, e dall'affidamento di esso in custodia ad una pubblica depositaria. La Corte, qualificato come contratto a favore di terzi, ex art. 1411 cod. civ., quello stipulato tra la P.A. ed il depositario, ha precisato che tale tipo di contratto può attribuire al beneficiario diritti, ma mai imporgli obblighi: pertanto, nell'ipotesi in cui un autoveicolo oggetto di furto sia recuperato dalla polizia giudiziaria ed affidato ad un depositario, questi non può pretendere dal proprietario, o dall'impresa assicuratrice che abbia risarcito il danno a quest'ultimo, alcun corrispettivo per il deposito se né la polizia, né egli stesso, abbiano informato il proprietario dell'avvenuto ritrovamento e del deposito.

3. Il trasporto e la spedizione.

1. Nel 2011 la Corte si è espressa con rilevanti arresti quanto al trasporto di persone ed in materia di trasporto di cose. Per il primo, con due significative decisioni sono stati fissati i limiti della presunzione di cui all'art. 1681 cod. civ.: in particolare, si è ribadito che essa non costituisce una forma di responsabilità oggettiva, ma una semplice presunzione di colpa. Di conseguenza, essa resta

superata quando il vettore dimostri che l'infornuto al passeggero è avvenuto in assenza di un valido nesso causale tra il trasporto e il danno, come nel caso in cui sia stato il passeggero stesso, con la propria condotta imprudente, a determinare il sinistro. In applicazione di tale principio, è stata esclusa la responsabilità del vettore in un caso in cui il passeggero di un autobus sosteneva di essere stato fatto cadere dalla chiusura delle porte, ma non era riuscito a dimostrare che il fatto era avvenuto durante la salita sul mezzo [Sez. 6 - III, Ordinanza n. 9593 del 30 aprile 2011 (rv. 618007)], come pure nel caso del passeggero di un treno che aveva riportato danni alla persona scendendo da un treno in movimento [Sez. 3, Sentenza n. 9409 del 27 aprile 2011 (rv. 617901)].

2. In tema di trasporto di cose si segnalano due decisioni in materia di responsabilità dello spedizioniere. La prima aveva ad oggetto la vicenda di un vettore marittimo che aveva messo a disposizione dello spedizioniere vari *containers* per il trasporto di merce [Sez. 3, Sentenza n. 4900 del 28 febbraio 2011 (rv. 616868)]. Tuttavia, giunta quest'ultima a destinazione, il destinatario non l'aveva ritirata e, di conseguenza, il mittente aveva domandato allo spedizioniere il pagamento delle controstallie (cioè il risarcimento dovuto dal noleggiatore per i danni derivati dal ritardo nella restituzione della nave o di altro mezzo di trasporto, come appunto i *containers*) per la ritardata restituzione dei containers.

La Corte, investita di tale questione, ha escluso la responsabilità dello spedizioniere, osservando che sebbene questi sia tenuto, per legge, al compimento delle "operazioni accessorie" alla conclusione del contratto di trasporto per conto del mandante (art. 1737 cod. civ.), la legge rimette all'autonomia delle parti di stabilire quali operazioni dello spedizioniere debbano ritenersi giuridicamente accessorie e, come tali, soggette alla disciplina del contratto di spedizione e quali, invece, debbano ritenersi accessorie solo in via di fatto e perciò soggette alla disciplina del tipo contrattuale in cui vanno di volta in volta inquadrare, e che il relativo accertamento è devoluto al giudice del merito ed è insindacabile in sede di legittimità.

Pertanto, poiché nel caso di specie il giudice di merito aveva ritenuto - motivando correttamente la propria decisione - che la locazione dei *containers* fosse operazione accessoria in senso lato compiuta dallo spedizioniere in rappresentanza del mittente, come tale estranea all'oggetto del contratto di spedizione, la sentenza sopra ricordata ha rigettato la pretesa del mittente.

3. La responsabilità dello spedizioniere è stata altresì esclusa da Sez. 3, Sentenza n. 1425 del 21 gennaio 2011 (rv. 616362), la quale ha stabilito che l'introduzione in un magazzino di temporanea custodia di merce che non abbia ancora una "*destinazione doganale*", secondo le previsioni dell'art. 96 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, esula dalle operazioni doganali in senso proprio, le quali presuppongono la suddetta destinazione. Pertanto lo spedizioniere, il quale non abbia assunto anche la veste di vettore, non è tenuto al pagamento delle spese di custodia ed assicurazioni derivanti dal

deposito della merce da lui spedita nei suddetti magazzini, gravando invece tale obbligo sul proprietario o sul vettore.

4. L'assicurazione.

1. Nel 2011 la maggior parte della produzione giurisprudenziale della Corte in materia ha riguardato l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore: accanto a varie conferme, si sono tuttavia registrate anche diverse oscillazioni. Sul piano del rapporto (contrattuale) tra l'assicuratore e l'assicurato, la S.C. ha affermato due importanti principi: che la confessione dell'assicurato in favore del terzo danneggiato non vincola l'assicuratore; e che la richiesta di risarcimento del danno fatta pervenire dal terzo danneggiato all'assicuratore è idonea a costituire in mora anche quest'ultimo nei confronti dell'assicurato.

Il primo principio - non nuovo, in verità - è stato affermato da Sez. 2, Sentenza n. 10919 del 18 maggio 2011 (rv. 618131), la quale ha stabilito che qualora in uno stesso giudizio di risarcimento dei danni conseguenti alla responsabilità civile automobilistica siano stati dedotti due diversi rapporti, uno tra danneggiato e danneggiante e l'altro tra il danneggiante e il suo assicuratore (tra i quali non sussiste un rapporto di inscindibilità), nell'ambito del rapporto tra assicurato e assicuratore la ricostruzione dell'incidente può portare a negare il diritto del primo ad essere manlevato dal secondo, anche se venga accertato (con efficacia di giudicato) il diritto al risarcimento del danno del danneggiato nei confronti del danneggiante, in quanto il giudicato formatosi nel primo rapporto non può avere efficacia in relazione al secondo, diverso, rapporto processuale.

2. Il secondo principio - nuovo e di rilievo - è stato invece affermato da Sez. 3, Sentenza n. 1083 del 18 gennaio 2011 (rv. 616268), la quale ha stabilito che il termine di adempimento di 60 (o 90) giorni che la legge accorda all'assicuratore della r.c.a. per adempiere la propria obbligazione risarcitoria nei confronti del terzo danneggiato rileva anche nei rapporti con l'assicurato, in quanto la colposa violazione di quel termine fa sorgere in capo all'assicuratore una responsabilità per *mala gestio* nei confronti dell'assicurato, se a causa del ritardo il massimale, capiente all'epoca del sinistro, sia divenuto incapiante, sicché, ricorrendo tale ipotesi, l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato per l'intero risarcimento cui questi sia tenuto verso il danneggiato.

3. Più numerose, com'è intuibile, le sentenze concernenti il rapporto tra il terzo danneggiato e l'assicuratore del responsabile. Tra queste, va ricordata innanzitutto la pronuncia di Sez. 3, Sentenza n. 9140 del 21 aprile 2011 (rv. 617786), la quale - ponendo fine alle incertezze registrate al riguardo nella giurisprudenza di merito - ha stabilito che nel caso in cui la vittima di un sinistro stradale proponga la domanda di risarcimento nei confronti dell'assicuratore del responsabile dopo l'entrata in

vigore del codice delle assicurazioni (1° gennaio 2006), non è parimenti tenuta a reiterare la richiesta scritta di risarcimento con le nuove modalità previste dagli artt. 145 e 148 del suddetto codice, se a tale adempimento abbia già provveduto nel vigore dell'abrogata legge 24 dicembre 1969, n. 990, con le modalità previste dall'art. 22 di tale legge.

4. Altre decisioni hanno semplicemente reiterato principi già affermati in passato; tra queste meritano di essere segnalate: *a*) Sez. 3, Sentenza n. 14410 del 30 giugno 2011 (rv. 618282), la quale ha stabilito che la disposizione del secondo comma dell'art. 18 della legge 24 dicembre 1969, n. 990 (ratione temporis applicabile nella specie e identica al vigente art. 144, comma 2, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), che nega all'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli o natanti la facoltà di opporre al danneggiato, il quale agisca direttamente nei suoi confronti, eccezioni derivanti dal contratto o clausole che prevedono eventuali contributi dell'assicurato al risarcimento, concerne le sole eccezioni relative all'invalidità ed all'inefficacia del contratto di assicurazione, mentre non è applicabile per le eccezioni di inesistenza e nullità del contratto stesso, quale quella di nullità per inesistenza del rischio, a norma dell'art. 1895 cod. civ., che vizia la polizza stipulata per un periodo di tempo antecedente la data della sua sottoscrizione e dopo che il danno si è verificato; *b*) Sez. 3, Sentenza n. 8988 del 19 aprile 2011 (rv. 617895), la quale ha stabilito che l'obbligazione dell'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli nei confronti della vittima di un sinistro stradale ha natura di debito di valuta; essa tuttavia, nei limiti del massimale, va liquidata secondo i criteri propri dei debiti di valore, perché di valore è l'obbligazione risarcitoria che determina l'entità del debito indennitario; quando, invece, il credito della vittima ecceda il massimale, l'obbligazione dell'assicuratore del responsabile va liquidata applicando le regole dettate per le obbligazioni di valuta dall'art. 1224 cod. civ.; infine *c*) Sez. 3, Sentenza n. 5111 del 3 marzo 2011 (rv. 616974), la quale ha stabilito che la vittima di un sinistro stradale ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile del responsabile quando il sinistro sia avvenuto su strade pubbliche od a queste equiparate, per tali ultime intendendosi anche le aree private dove è consentita la circolazione ad un numero indeterminato di persone, come ad esempio le aree destinate alla distribuzione di carburante agli utenti, a nulla rilevando che, ai diversi fini della disciplina dell'obbligo di precedenza, tali aree siano qualificabili come "*non soggette a pubblico transito*", ai sensi dell'art. 145, comma quinto, codice della strada, alla luce della diversità degli scopi cui sono finalizzate, da un lato, le norme relative alla circolazione e, dall'altro, quelle relative all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore.

5. Come accennato, la materia dell'assicurazione obbligatoria della r.c.a. ha fatto registrare nell'anno 2011 qualche oscillazione in seno alla giurisprudenza della Corte. Un profilo di contrasto parrebbe essere stato determinato da Sez. 3, Sentenza n. 15367 del 13 luglio 2011 (rv. 618653), la quale - in motivazione - ha affermato che il danneggiato il quale promuova richiesta di risarcimento nei confronti del fondo di garanzia per le vittime della strada, sul presupposto che il sinistro sia stato cagionato da veicolo o natante non identificato (*ex art. 19, primo comma lett. A, legge 24 dicembre 1969 n. 990, oggi trasfuso nell'art. 283 cod. ass.*), ha il preciso onere di denunciare l'accaduto all'autorità di polizia. In passato, però, la Corte aveva assunto su tale questione una posizione diversa, ritenendo che la presentazione (così come l'omessa presentazione) di una denuncia alla polizia, in caso di sinistro causato da veicolo non identificato, potesse avere valore solo indiziario: pertanto, così come non era risolutiva per rigettare la domanda l'omessa denuncia, allo stesso modo non era risolutiva per accoglierla la circostanza che la pretesa vittima avesse denunciato l'accaduto [Sez. 3, Sentenza n. 18532 del 3 settembre 2007 (rv. 599825)].

6. Un contrasto - emerso in passato - è stato riassorbito da Sez. 6 - III, Ordinanza n. 10839 del 17 maggio 2011 (rv. 618214), la quale ha affermato che l'assicuratore della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, ove ritardi colposamente il pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento in favore del terzo danneggiato (incorrendo così nell'ipotesi di cosiddetto *mala gestio* impropria), è tenuto alla corresponsione degli interessi sul massimale ed, eventualmente, del maggior danno *ex art. 1224, comma secondo, cod. civ.*; ma tale responsabilità per *mala gestio* può comportare la responsabilità ultramassimale dell'assicuratore solo per gli interessi e per il maggior danno, e non per il capitale, rispetto al quale il limite del massimale è insuperabile. Si consolida, così, l'indirizzo espresso dalla Sent. 18 luglio 2008, n. 19919 (rv. 604904). In precedenza, invece, la Corte era pervenuta a conclusioni diverse, distinguendo a tal riguardo due ipotesi: *a)* se il massimale era capiente all'epoca del sinistro, ma è divenuto incapiente per effetto della svalutazione sopravvenuta *medio tempore*, l'assicuratore è tenuto a manlevare l'assicurato in misura pari all'intero danno subito dal danneggiato, quale che ne sia l'ammontare; infatti, in questo caso, un tempestivo adempimento avrebbe tenuto indenne l'assicurato dagli effetti della svalutazione monetaria, e gli avrebbe garantito l'integrale manleva rispetto alla pretesa del terzo; *b)* se, invece, il massimale era incapiente già all'epoca del sinistro, quand'anche l'assicuratore avesse tempestivamente adempiuto la propria obbligazione, l'assicurato comunque non sarebbe stato manlevato per intero dalla pretesa del terzo danneggiato; in questa evenienza, pertanto, il colposo ritardo nell'adempimento da parte dell'assicuratore non può essere invocato dal danneggiato per ottenere il risarcimento integrale del danno, ma può portare soltanto alla rivalutazione del massimale

[Sez. 3, Sentenza n. 10931 del 16 ottobre 1991 (rv. 474230); Sez. 3, Sentenza n. 4870 del 14 maggio 1998 (rv. 515445); Sez. 3, Sentenza n. 4494 del 21 aprile 1995 (rv. 491964)].

7. Un contrasto è stato introdotto da Sez. 3, Sentenza n. 4492 del 24 febbraio 2011 (rv. 616795), la quale ha stabilito che, se in pendenza del giudizio promosso dal danneggiato contro l'impresa assicuratrice venga disposta la liquidazione coatta amministrativa di quest'ultima ed il trasferimento di ufficio del suo portafoglio ad altra impresa (ai sensi dell'art. 1 del d.l. 26 settembre 1978, n. 576, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 1978, n. 738), il processo, che sia interrotto, può essere riassunto anche solo nei confronti dell'impresa cessionaria in nome e per conto dell'I.N.A. - Gestione Autonoma del Fondo di Garanzia per le vittime della strada - senza necessità della preventiva richiesta di risarcimento a tale società o al Fondo, che è, invece, prevista dall'art. 8 del citato d.l. n. 576 del 1978 nella diversa ipotesi di instaurazione di giudizio *ex novo* direttamente nei confronti della predetta impresa (nella qualità), e senza necessità di estendere il contraddittorio al commissario liquidatore dell'impresa in liquidazione coatta, essendo sufficiente la presenza nel processo dell'uno o dell'altro soggetto, dato che entrambi rappresentano un unico centro di interessi. In precedenza, tuttavia, Sez. 3, Sentenza n. 18208 del 3 luglio 2008 (rv. 604780) aveva affermato un principio opposto, e cioè che se nel corso del giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore del responsabile, quest'ultimo venga posto in liquidazione coatta amministrativa, il giudizio che sia stato interrotto a causa della liquidazione coatta deve essere riassunto nei confronti del commissario liquidatore, il quale deve necessariamente partecipare al giudizio, mentre non è sufficiente la riassunzione nei soli confronti dell'impresa designata. E' tuttavia doveroso segnalare che il contrasto appena segnalato sarà inevitabilmente destinato ad esaurirsi nel breve periodo, posto che l'istituto della cessione del portafoglio di cui all'art. 1 d. l. 26 settembre 1978, n. 576, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 1978, n. 738, è stato abrogato dal codice delle assicurazioni.

8. Un profilo di contrasto, infine, si registra per effetto di quanto stabilito da Sez. 3, Sentenza n. 2347 del 1 febbraio 2011 (rv. 617266), secondo cui nel caso di sinistro stradale causato da veicolo non assicurato, l'obbligazione indennitaria gravante sull'impresa designata nei confronti del danneggiato, per conto del Fondo di garanzia vittime della strada, ha natura sostitutiva, e non solidale, rispetto a quella dei responsabili. Da ciò consegue che, se più sono i responsabili (come nel caso in cui il conducente del veicolo che ha causato il danno sia persona diversa dal proprietario), la suddetta impresa, una volta indennizzata la vittima, stante l'inapplicabilità dell'art. 2055 cod. civ., può agire, per il recupero dell'intero importo pagato, nei confronti di ciascuno di essi sui quali resta l'alea dell'eventuale insolvenza dei corresponsabili. Sebbene la decisione appena ricordata non sia isolata, deve tuttavia segnalarsi che in precedenza varie decisioni erano pervenute a conclusioni

opposte, affermando che tra l'impresa designata ed il responsabile del sinistro esiste pur sempre un vincolo solidale, sebbene si tratti di solidarietà atipica (cd. ad interesse unisoggettivo): in tal senso, in particolare, si erano espresse Sez. 3, Sentenza n. 10827 del 11 maggio 2007 (rv. 596729); Sez. 3, Sentenza n. 18644 del 5 dicembre 2003 (rv. 568686); Sez. 3, Sentenza n. 2313 del 10 marzo 1994 (rv. 485631). Nel senso della natura solidale, invece, v. Sez. 3, Sentenza n.18401 del 19 agosto 2009 (rv. 609072).

SOGGETTIVITÀ E CONFLITTI NELLA PROSPETTIVA DI UN INTERESSE DEL CONDOMINIO

(a cura di Antonio Scarpa)

SOMMARIO: 1. Le deliberazioni dell'assemblea di condominio ed il conflitto di interessi. 2. Verso una soggettività del condominio negli edifici. 3. Il processo di entificazione del condominio nella giurisprudenza. 4. L'applicazione analogica dell'art. 2373 cod. civ. e l'interesse istituzionale del condominio.

1. Le deliberazioni dell'assemblea di condominio ed il conflitto di interessi.

1. Con la sentenza n. 10754 del 16 maggio 2011 (rv. 617841) della seconda sezione, la Corte ha ribadito che, ai fini della invalidità della delibera assembleare di condominio, possa essere riconosciuto il conflitto di interessi ove risulti dimostrata una sicura divergenza tra specifiche ragioni personali di determinati singoli condomini, il cui voto abbia concorso a determinare la maggioranza assembleare, ed un parimenti specifico contrario "*interesse istituzionale del condominio*".

2. Con la sentenza n. 17140 del 9 agosto 2011, della seconda sezione, (non massimata), la S.C. ha poi condiviso la tesi dell'applicazione analogica dell'art. 2373 cod. civ., dettato in tema di società per azioni, al condominio negli edifici, in relazione a fattispecie di impugnazione della deliberazione assembleare, *ex art.* 1137 cod. civ., con la quale si denunciava la situazione di conflitto di interessi, nel partecipare alla riunione e nell'esprimere il voto, di un condomino, su cui incombeva specificamente l'esecuzione di lavori urgenti ordinati dall'amministrazione comunale ed assunti in carico dall'intera compagine condominiale.

2. Verso una soggettività del condominio negli edifici.

1. E' noto, in realtà, come - in attesa del compimento dei progetti di Riforma all'esame del Parlamento (ci si riferisce, in particolare, al DDL 4041, recante «*Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici*», approvato in prima lettura dal Senato il 26 gennaio 2011, ora all'esame della Camera dei Deputati) - non vi sia, allo stato, alcuna base normativa per contrassegnare il condominio con i tratti della personalità giuridica, né probabilmente con quelli meno impegnativi della semplice soggettività [cfr. tra le più recenti, Cass., sez. 3, n. 10717 del 16 maggio 2011 (rv. 617438); Cass., sez. 3, n. 3900 del 18 febbraio 2010 (rv. 611840)].

Di tanto in tanto, l'attribuzione al condominio di un'autonoma capacità giuridica torna, peraltro, a base degli stessi disegni riformatori, favorita dalle spinte delle organizzazioni dei proprietari edilizi e dagli auspici di parte della dottrina, che vi intravede, tra l'altro, il rimedio per affermare la responsabilità della cassa e del patrimonio comuni riguardo alle obbligazioni assunte verso terzi

nella amministrazione. Sembra tuttavia ormai maturato il convincimento che l'apposito schema giurisprudenziale dell'*ente di gestione* sia servito ad eludere i problemi piuttosto che a risolverli (sono in tal senso densi di contenuto alcuni passaggi motivazionali di Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148).

2. Se è, infatti, indubitabile l'essenzialità del ruolo delle situazioni individuali nella dinamica del fenomeno condominiale, è però altrettanto certo che esse trovano completezza e funzionalità nella relazione con le parti comuni. In riferimento agli elementi comuni, le situazioni singole si combinano in una situazione soggettivamente collettiva che conserva rilevanza esterna, capace cioè di riverberare i suoi effetti anche su soggetti esterni al gruppo dei titolari delle medesime situazioni individuali di base. Si professa, così, una distinzione tra la situazione giuridica di contitolarità dei diritti e l'organizzazione dei condomini, dotata di propri organi aventi competenze esclusive e, in quanto tale, centro di imputazione di diritti e doveri.

Un'analisi ulteriore andrebbe condotta, non tanto al fine di stabilire se il condominio concreti un "soggetto diverso", cui imputare i rapporti giuridici, quanto per verificare se i rapporti giuridici coinvolgenti il medesimo condominio siano, in realtà, sottoposti ad una speciale disciplina normativa, che li differenzi dai rapporti giuridici frazionatamente ed individualmente riferibili ai singoli partecipanti. Fin troppo spesso, l'aprioristica opzione definitoria, consistente nella negazione che il condominio costituisca un soggetto separato e distinto dai singoli, rivela, infatti, una natura essenzialmente ideologica, servendo in primo luogo a riaffermare la preminenza che, nell'istituto condominiale, devono avere l'individuo e la proprietà individuale.

Non è, del resto, esatto che il condominio di edificio possa definirsi "soggetto" di autonomi e distinti rapporti giuridici solo quale conseguenza dell'attribuzione di una capacità di diritto patrimoniale. Indubbiamente, il riconoscimento della personalità giuridica del condominio porterebbe a ravvisare nella situazione soggettiva di spettanza condominiale una destinazione a servire uno scopo impersonale, trascendente l'interesse individuale dei partecipanti: tuttavia, l'imputazione di rapporti giuridici "*oltre l'uomo singolo*" non è, di certo, effetto esclusivo dell'attribuzione della personalità giuridica.

Il condominio presenta, allora, numerosi indici di evidenza normativa di una "soggettività attenuata": basti pensare alla capacità processuale attiva e passiva dell'amministratore, alle modalità con cui il condominio assume obbligazioni sempre per mezzo dell'amministratore o, ancora, proprio alla notevole rilevanza in ambito condominiale del principio di maggioranza, che è di per sé espressione di autonomia della struttura organizzata.

3. Il processo di entificazione del condominio nella giurisprudenza.

1. Il rilievo da assicurare al principio di organizzazione e di unificazione dell'insieme, caratteristico del regime condominiale, induce così le sentenze, in alcune occasioni, a lasciare il passo ad un reale "*processo di entificazione*" del condominio. Con riferimento, ad esempio, alla polizza assicurativa per la responsabilità civile contro i danni causati a terzi, la qualità di contraente assicurato viene attribuita al condominio, in quanto tale, arrivandosi a negare al singolo condomino danneggiato la legittimazione ad agire in proprio direttamente nei confronti della compagnia assicuratrice [Cass., sez. 3, n. 4245 del 20 febbraio 2009 (rv. 607063)].

Nel caso in cui il condomino sia committente in un contratto di appalto, il termine per la denuncia dei vizi e delle difformità dell'opera, ai sensi dell'art. 1667 cod.civ., vien fatto decorrere solo dal momento in cui l'amministratore abbia acquisito un apprezzabile grado di conoscenza obiettiva della gravità dei difetti e della loro derivazione causale dall'imperfetta esecuzione dell'opera e non dal momento in cui ne abbiano avuto conoscenza i condomini a seguito di informazione fornita dall'amministratore in sede assembleare [Cass., sez. 3, n. 4619 del 18 maggio 1996 (rv. 497684)].

2. Si professa, ancora, la natura extracontrattuale della responsabilità ascrivibile all'appaltatore con riguardo al danno derivante per il furto consumato da persona introdottasi in un appartamento avvalendosi dei ponteggi installati per i lavori di manutenzione dell'edificio condominiale [Cass., sez. 3, n. 292 del 10 gennaio 2011 (rv. 615249); Cass., sez. 3, n. 8630 del 12 aprile 2006 (rv. 592533); Cass., sez. 3, n. 24897 del 25 novembre 2005 (rv. 585727)]. Ed allora, l'individuazione del condomino derubato come terzo rispetto al contratto d'appalto stipulato dal condominio, in quanto tale legittimato ad invocare solamente la responsabilità extracontrattuale dell'appaltatore, può logicamente accettarsi solo convincendosi che i condomini, rispetto al contratto d'appalto concluso dall'amministratore, formano un'unica parte complessa del rapporto obbligatorio.

La spinta, però, più forte a tale "*processo di entificazione*" del condominio discende indubbiamente dall'applicazione analogica della disciplina dettata in tema di società di condominio alle vicende interne condominiali.

4. L'applicazione analogica dell'art. 2373 cod. civ. e l'interesse istituzionale del condominio.

1. Con l'orientamento ancora confermato da Cass., sez. 2, n. 17140 del 9 agosto 2011 (non massimata), si sostiene, così, che, ai fini del calcolo delle maggioranze assembleari richieste dall'art. 1136 cod. civ., debbano essere sottratte le quote millesimali dei condomini in conflitto di interessi,

reale o virtuale, con il condominio. Ciò sulla base di una interpretazione estensiva (o meglio, appunto, mediante ricorso ad un procedimento analogico) che prende origine dall'art. 2373 cod. civ., norma riguardante il conflitto di interessi del socio nelle deliberazioni della società per azioni. La giurisprudenza rinviene, in entrambe le fattispecie, un'identità di *ratio* ed il comune carattere della posizione conflittuale in cui l'interesse del singolo, socio o condomino, si pone rispetto a quello generale e prioritario della società o del condominio [in tal senso, già Cass., sez. 2, n. 10683 del 22 luglio 2002 (rv. 556050); Cass., sez. 2, n. 6853 del 18 maggio 2001 (rv. 546804)].

Presupposto dell'ammissibilità del conflitto è, però, l'accertamento di un contrasto obiettivo e preesistente tra l'interesse concretamente perseguito dai partecipanti al condominio e quello istituzionale del condominio stesso. Questo interesse comune ai singoli condomini, in quanto tali, è connesso con lo scopo in vista del quale il condominio si è costituito; esso equivale, perciò, all'interesse all'utilizzazione, al godimento ed alla gestione delle parti comuni, in funzione del godimento dei piani o delle porzioni di piano in proprietà esclusiva siti nell'edificio. Il perseguimento attraverso il voto di un vantaggio personale speciale, estraneo al condominio, è configurato quale limite di incompatibilità rispetto allo scopo del gruppo.

2. L'importanza di simili conclusioni non è limitata all'affermazione di una regola di tutela del condominio contro il condomino che persegua, attraverso l'esercizio del voto, suoi interessi particolari. Le sentenze sul conflitto di interessi, senza arrivare a riconoscere al condominio la personalità giuridica, appaiono peraltro consapevoli dell'importanza da assegnare a potestà e poteri di carattere sostanziale e processuale, desumibili dalla disciplina della struttura del condominio e dei suoi organi. In passato, la Corte aveva statuito come il conflitto di interessi avesse per suo presupposto due soggetti – persone fisiche o giuridiche – mentre il condominio altro non sarebbe che un centro di gestione privo di personalità, non configurabile alla stregua di ente collettivo cui imputare propri diritti ed obblighi [così già Cass., sez. 2, n. 270 del 28 gennaio 1976 (rv. 378939)].

Ma il timore che l'estensione della disciplina societaria sul conflitto di interessi potesse involontariamente favorire il processo di entificazione del condominio aveva pervaso, in qualche passaggio, pure pronunce più recenti, che denunciavano come il procedimento analogico relativo all'art. 2373 cod. civ. trascurasse, in realtà, le peculiarità dell'istituto e le differenze rispetto alle società dotate di personalità giuridica. L'assenza, nel condominio, di un fine gestorio autonomo produrrebbe, cioè, un riflesso altresì sulla disciplina delle maggioranze assembleari. L'inderogabilità, anche pattizia, dei *quorum* costitutivi e deliberativi dell'assemblea condominiale rinverrebbe dunque la sua funzione nel freno da portare al principio maggioritario, onde impedire la possibile menomazione dei diritti dei singoli partecipanti sulle parti comuni e sulle porzioni in proprietà esclusiva. Pertanto, se pure ai condomini animati da interessi estranei al godimento delle

parti comuni o delle unità immobiliari site nell'edificio, potesse, per identità di *ratio*, estendersi il divieto di esercizio del diritto di voto, le quote dei partecipanti in potenziale conflitto andrebbero, in ogni caso, computate nel conteggio delle maggioranze necessarie secondo legge per costituire l'assemblea e per approvare le delibere [Cass., sez. 2, n. 1201 del 30 gennaio 2002 (rv. 551968)].

3. In realtà, il regime delineato dall'art. 2373 cod. civ. intende neutralizzare il pericolo che, in forza del principio maggioritario, venga imputata alla collettività una volontà orientata verso il perseguimento di interessi particolari configgenti con l'interesse sociale. La regola del conflitto di interessi, nell'ambito della dinamica contrattuale societaria, funge, insomma, da argine del criterio organizzativo di maggioranza, ma si innesta nelle relazioni di interesse correnti tra i singoli soci e la società, che è organizzazione ordinamentale indubbiamente soggettivata. L'art. 2373 cod. civ. valorizza un interesse afferente al gruppo sociale, distinto dagli interessi individuali grazie alla prospettazione di un autonomo centro d'imputazione ed alla funzionalizzazione dei meccanismi deliberativi al perseguimento dell'attività comune.

Il ricorso al procedimento analogico, per espandere la disciplina societaria sul conflitto d'interessi all'assemblea di condominio, implica allora l'individuazione di una somiglianza rilevante tra il caso regolato ed il caso non regolato, ritenuto simile. Qual è la condivisa qualità di *ratio legis* tra le due fattispecie? C'è, dunque, un *interesse comune ai condomini in quanto tali*, costituente il presupposto ed il fondamento dell'organizzazione unitaria del condominio ?

4. Come visto, la stessa Cass., sez. 2, n. 10754 del 16 maggio 2011 (rv. 617841) non ha remore a prospettare il conflitto d'interesse in termini di contrasto tra le ragioni personali di alcuni singoli condomini, il cui voto sia stato determinante nell'espressione della volontà assembleare, ed uno specifico opposto "*interesse istituzionale del condominio*".

Per tale via, potrà dunque arrivarsi al punto di sconfessare la tesi dell'indistinguibilità del condominio dai singoli partecipanti, fino a ricostruire il condominio come autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici. Una volta isolato un interesse comune riferito al condominio come gruppo, risulta facilitata l'aspirazione a sganciarsi dalle concezioni individualistiche della realtà condominiale.

D'altra parte, il criterio di valutazione normativo del conflitto d'interessi corrisponde altresì all'esigenza che i rapporti all'interno degli ordinamenti associati si sviluppino attraverso comportamenti conformi a correttezza. L'applicazione analogica della regola all'assemblea dei condomini permette così di estendere al condominio l'espressione di quel dovere di correttezza, tipico del diritto delle obbligazioni, ma invocato pure per conformare le condotte dei condomini in tutte le loro varie manifestazioni.

5. Ciò nonostante, viene obiettato tuttora che dall'adozione del metodo collegiale e del principio maggioritario, in ragione dell'interesse alla collaborazione tra i partecipanti, non discenda necessariamente la soggettivazione del condominio. Ciò perché un'organizzazione di tipo collegiale ben può sussistere anche dove manchi un soggetto unitario. Ribadito che per il condominio non viene, all'attualità, espresso nessun giudizio ordinamentale che gli conferisca la personalità giuridica, mancano invero con riguardo ad esso altresì i tratti essenziali della "persona collettiva" e cioè, comunque, di un autonomo polo di riferimento di rapporti attivi e passivi.

Non è significativo che il condominio abbia una denominazione ed una sede; è decisivo, invece, che esso non abbia un patrimonio separato ed uno scopo proprio. Sicché, neppure potrebbe ravvisarsi un interesse comune appartenente al soggetto-condominio, ma soltanto un'identità della posizione dei condomini nella relazione con le parti comuni. L'interesse comune nel condominio sarebbe, piuttosto, unicamente l'interesse individuale risultato prevalente in sede assembleare: interesse alla utilizzazione, al godimento ed alla gestione delle parti comuni dell'edificio, in funzione del godimento delle porzioni di proprietà esclusiva site nell'edificio stesso. In tale più ridotta prospettiva, non vi sarebbe mai, perciò, nei rapporti di condominio, un interesse collettivo inteso come superiore interesse comune, o di gruppo, ma unicamente una somma di interessi individuali volti alla migliore utilizzazione dei beni di ciascun proprietario.

IL FUNZIONAMENTO DEL MERCATO (a cura di Loredana Nazzicone)

SOMMARIO: 1. L'impresa. 2. La concorrenza. 3. Il consumatore. 4. La borsa.

1. L'impresa.

1. L'interpretazione delle norme in materia di impresa deve tener conto delle esigenze sottese all'art. 41 Cost. e, nel contempo, del maggiore favore per un'economia di mercato e di concorrenza fra le imprese, quale portato essenziale del diritto comunitario.

Così, l'obbligo di indicare negli atti e nella corrispondenza, ai sensi dell'art. 2250 cod. civ., l'ammontare del capitale sociale effettivamente versato, presidiato da sanzione amministrativa, è violato ad ogni utilizzo del singolo stampato od atto privo delle prescritte indicazioni, non al momento della predisposizione unitaria e generalizzata di esso, in quanto il fine è quello informativo dei terzi, dovendo quindi escludersi il concorso formale degli illeciti [Sez. 2, 16 marzo 2011, n. 6194 (rv. 617097)]: il principio, affermato con riguardo all'art. 2627 cod. civ., nel testo anteriore alla novella recata dal d. lgs. 11 aprile 2001, n. 61, potrà guidare l'applicazione del nuovo art. 2630 cod. civ.

Con riguardo al privilegio *ex art. 2751-bis* cod. civ., ciò che discrimina l'impresa artigiana rispetto a quella industriale è la circostanza che il risultato dell'attività, inteso come volume dei ricavi, sia attribuibile per la maggior parte all'intervento personale del titolare o dei soci e non all'incidenza degli altri fattori della produzione: come non era nella specie, ove l'impresa svolgeva l'attività di installazione di impianti elettrici [Sez. 6-I, 31 maggio 2011, n. 12012 (rv. 618239)].

2. In tema di impresa individuale, un arresto penale - Cass. pen., Sez. 3, 15 dicembre 2010 (dep. 20 aprile 2011), n. 15657, rv. 249320 - ha ritenuto che anch'essa rientri nell'ambito di applicazione della disciplina sulla responsabilità da reato degli enti di cui al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: in tal modo finendo, però, per obliare la distinzione, sempre tenuta ferma nelle sentenze anche di legittimità (fra le tante, cfr. la n. 9744 del 2011, citata nel cap. sulle *Società*, *paragrafo 2*), fra impresa individuale e collettiva, associato ed associazione, titolare della quota rappresentativa del capitale di una società e società stessa.

Si tratta di una normativa che ha inteso introdurre uno strumento di prevenzione della criminalità economica e che è rivolta alle persone giuridiche, società ed associazioni, anche prive di personalità giuridica, dato che del reato commesso dall'esponente aziendale rispondeva in passato solo il medesimo, laddove oggi ne risponde, a mezzo di apposite sanzioni (in fatto, repute più afflittive

rispetto a quelle individuali), anche l'ente collettivo, purché il reato sia stato commesso "nell'interesse" o "a vantaggio" dello stesso, e salvo che l'ente provi (quale onere per esonerarsi da responsabilità) la predisposizione di misure idonee mediante un modello di auto-organizzazione con finalità penal-preventiva, e l'affidamento del compito di controllo ad un "organismo di vigilanza" (nel ricondurre la situazione ad una condizione soggettiva dell'ente, si è parlato di diligenza organizzativa).

Dunque, le disposizioni del d. lgs. n. 231 del 2001 – volte a porre rimedio alla crescente spersonalizzazione della moderna organizzazione d'impresa – presuppongono l'alterità soggettiva fra l'ente e le persone socie o che lo amministrano e rappresentano, quale fondamento stesso dell'esigenza di superare la regola *societas delinquere non potest*, la quale, in caso di soggetto individuale, non viene neppure in discussione. In definitiva, l'impresa individuale non è soggetto diverso dalla persona fisica dell'imprenditore, ma neppure vi si ravvisa alcuna graduazione dell'autonomia patrimoniale; apprezzandosi, sotto questo profilo, la differenza essenziale con la società unipersonale.

2. La concorrenza.

1. Interessante è la fattispecie esaminata dall'ordinanza della Sez. 1, 14 gennaio 2011, n. 813 (rv. 616536), concernente un patto di non concorrenza pretesamente nullo, sol perché, in quanto riferito al divieto di partecipare a trattative commerciali con enti pubblici mediante gara, avrebbe integrato il reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 cod. pen.. La Corte ha disatteso la deduzione, perché il patto di non concorrenza è rivolto ad una pluralità indeterminata di contratti possibili, che solo accidentalmente possono riguardare la pubblica amministrazione e, dunque, si tratta di una mera "*contingente applicabilità a forme di partecipazione ad incanti pubblici*"; fra l'altro, osserva la Corte, assumere il contrario "*in caso di impresa attiva esclusivamente o prevalentemente nel settore dei contratti pubblici, importerebbe, di fatto, la sua disapplicazione*".

Non è dunque integrato né l'elemento oggettivo della norma incriminatrice, quale intesa che abbia come finalità esclusiva l'impedimento o la turbativa della gara, ovvero l'allontanamento degli offerenti, né l'elemento psicologico del dolo. Ed il patto di concorrenza in questione non è perciò neppure viziato da nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.

Le Sezioni Unite (30 dicembre 2011, n. 30175, in corso di massimazione) hanno stabilito che la competenza della corte d'appello a giudicare sulle azioni risarcitorie di cui all'art. 33, secondo comma, della l. 10 ottobre 1990, n. 287, sussiste qualora sia proposta un'azione risarcitoria per violazione del divieto di abuso di posizione dominante, non occorrendo, a tal fine, che sia

individuabile uno specifico atto, del quale debba predicarsi la nullità e del quale l'attore sia destinatario attuale o potenziale.

La vicenda riguarda l'azione risarcitoria intrapresa da alcune società contro l'Agenzia del territorio ed ha fornito alla Corte l'occasione di compiere importanti affermazioni al riguardo.

Vi si afferma invero, ricordando la giurisprudenza comunitaria, che la nozione d'impresa ricomprende qualsiasi entità la quale eserciti in modo organizzato e durevole un'attività economica sul mercato, al di là del suo *status* giuridico e della definizione che i singoli ordinamenti nazionali diano del soggetto che tale attività esercita.

Anche l'Agenzia del territorio, pertanto, sebbene ente pubblico affidatario di compiti d'interesse generale – la formazione, conservazione e gestione dei pubblici registri ipotecari e catastali, ai sensi della legge 2004, n. 311 – è soggetta alla disciplina antimonopolistica, in ordine al mercato dell'utilizzazione economica delle informazioni commerciali, tratte dalla consultazione di detti registri e che l'agenzia è abilitata, in forza di statuto, a consentire ad altri soggetti, previa stipula di convenzioni alle condizioni da essa stabilite e dietro pagamento di tributi e tasse.

3. Il consumatore.

1. Circa la nozione di consumatore, si è ritenuto che la tutela forte, di cui alla disciplina del Codice del consumo, approvato con il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, sia accordata soltanto alla persona fisica e solo allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana; laddove, poi, essa rivesta anche la qualità di professionista od imprenditore, è sufficiente ad escludere la qualità di “consumatore” l'aver concluso il contratto per uno scopo anche solo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale [Sez. 1, 14 luglio 2011, n. 15531, (rv. 618573)].

Nella prospettiva di un rafforzamento della tutela, il foro del consumatore è quello esclusivo del giudice del luogo in cui il medesimo ha la residenza o il domicilio elettivo [Sez. 1, 12 giugno 2011, n. 12872, rv. 617814, sull'art. 1469-*bis* cod. civ.)] e prevale sul foro speciale dell'avvocato, di cui all'art. 637, terzo comma, cod. proc. civ., permanendo inoltre anche ove il lavoratore subordinato si sia avvalso del legale per questioni relative alla propria attività di lavoro [Sez. 3, 9 giugno 2011, n. 12685, (rv. 618124-618125)]; mentre integra la nozione di domicilio eletto, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u) del codice suddetto, soltanto quello che il consumatore sceglie al momento della conclusione del contratto, non successivamente [Sez. 6-III, 17 maggio 2011, n. 10832 (rv. 618043)].

2. Con alcune sentenze pronunciate nel corso dell'anno [Sez. 3, 21 marzo 2011, n. 6347 (non massimata); Sez. 3, 26 maggio 2011, n. 11610, rv. 618225 e n. 11611 (non massimata); Sez. 3, 20 giugno 2011, n. 13486, rv. 618735; Sez. 3, 18 agosto 2011, n. 17362 (rv. 619110); Sez. 3, 29 agosto 2011, n. 17698, rv. 619449; più le analoghe nn. 5941, 5942, 10211, 10212 (non massimate); in senso in parte diverso, sez. 6-III, 20 gennaio 2011, n. 1339 e 1340 (non massimate), le quali hanno invece confermato le pronunce impugnate che avevano reputato raggiunta la prova contraria dell'assicuratore, per inidoneità delle censure], la Corte attribuisce pregnante valore probatorio agli accertamenti compiuti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai fini del giudizio di risarcimento promosso dal consumatore per il danno patito a causa di un'illecita intesa anticoncorrenziale: infatti, laddove sia stata irrogata la sanzione amministrativa ad impresa partecipe del giudizio svoltosi davanti all'Autorità garante, possono ritenersi oggetto di una presunzione a favore del consumatore gli elementi della condotta illecita, del nesso causale e dell'entità del danno, desumendosi ciò secondo una valutazione probabilistica come normale conseguenza dell'intesa.

La compagnia può vincere la presunzione, provando la specifica determinazione del premio con riferimento al caso concreto ed estranea all'intesa, non certo però adducendo circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo (es. levitazione dei costi a causa delle truffe o degli adeguamenti imposti da direttive comunitarie) ed, in particolare, le medesime circostanze già considerate dall'Antitrust nel formulare il suo giudizio.

Sembra, dunque, compiuto un ulteriore passo avanti rispetto alla pronuncia di Sez. 3, 2 febbraio 2007, n. 2305 (rv. 595539) la quale respinse categoricamente la "*aberrante tesi che il danno sia in re ipsa*": tesi tuttora certamente non accolta dalla Corte, che però pare restringere ancor più lo spazio di controprova per l'impresa sanzionata.

La piena utilizzabilità degli accertamenti conseguiti nel procedimento amministrativo sottintende invero il riconoscimento (come per la responsabilità della Consob: v. *infra*, par. 4) di una disciplina di protezione, nella normativa di settore, posta anche a tutela degli interessi dei consumatori, quali soggetti partecipanti al mercato al pari degli imprenditori, interessi cui si intende dunque dare effettività.

3. Con la sentenza n. 17351 [Sez. 3, 18 agosto 2011 (rv. 619109)] si è, inoltre, riconosciuta alle associazioni dei consumatori la legittimazione attiva – non quanto alle azioni risarcitorie individuali in favore dei singoli soggetti lesi da comportamenti anticoncorrenziali, ma – con riguardo all'accertamento di profili comuni quali le condotte scorrette, il nesso causale fra l'illecito e il danno, l'esistenza ed entità potenziale dei danni "*ed ogni altra questione idonea ad agevolare le iniziative individuali, sollevando i singoli danneggiati dai relativi oneri e rischi*". Laddove, osserva la Corte in un *obiter*, il nuovo art. 140-*bis* del codice del consumo ha, invece, l'effetto innovativo di concedere

agli enti esponenziali accreditati la legittimazione, prima insussistente, a proporre anche le azioni in difesa dei diritti risarcitori individuali. Si noti che l'art. 140-*bis* menzionato ha recepito il diritto vivente – interno e comunitario – circa l'immediata applicabilità del diritto *antitrust* a favore dei consumatori.

Il quadro di rigore è completato dall'orientamento, che ormai può dirsi costante, secondo cui le sanzioni irrogate all'impresa per avere posto in essere una pratica concordata avente l'effetto di falsare in maniera consistente la concorrenza sul mercato non sono deducibili dal reddito, ai sensi dell'art. 75, comma 5, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, perché la Corte non li considera dei costi funzionali alla produzione del reddito e si finirebbe per neutralizzare interamente la *ratio* punitiva della penalità, trasformandola in un risparmio d'imposta [così Sez. 5, 11 aprile 2011, n. 8135 (rv. 617641), e già 12 gennaio 2011, n. 600 (non massimata)].

4. La borsa.

1. Quel particolare settore che è il mercato finanziario, per l'estrema velocità dei suoi cambiamenti ed il conseguente delicato bilanciamento degli interessi che lo connota, ha richiesto, nel tempo, regole di disciplina stringenti, nella presa d'atto dell'impossibilità del suo funzionamento senza un sistema di controlli, peraltro di continuo rivisto e mai adeguato ad eliminarne davvero le "imperfezioni", soprattutto per la difficoltà di trovare un equilibrio tra le esigenze di rapidità e quelle della vigilanza. Dai vari scandali finanziari, la letteratura economica e giuridica trae la conclusione di "insegnamenti presunti", ma "fallimenti reali", anche in quanto i soggetti a vario titolo coinvolti nella tutela del funzionamento del mercato – analisti finanziari, revisori, agenzie di *rating*, banche d'affari responsabili del collocamento etc. – sono sovente non alieni da conflitti d'interesse.

La tutela dell'investitore, vista come un profilo d'efficienza, ha condotto all'individuazione, nella legislazione interna e comunitaria, da un lato di un sistema di *corporate governance* societario idoneo a prevenire le conseguenze di politiche imperniate sulla disinvoltata ricerca del profitto a discapito di qualsiasi valutazione previsionale sulle conseguenze di date condotte; dall'altro lato, all'attribuzione di maggiori poteri alle autorità indipendenti di vigilanza, con il conseguente innalzamento della soglia di diligenza esigibile in ragione delle posizioni di garanzia alle stesse affidate e la conseguente responsabilità per il cattivo uso del potere.

2. Anche la giurisprudenza interviene a rafforzare la tutela dei risparmiatori, chiamando a rispondere dei danni loro cagionati una pluralità di soggetti ed inviando così agli operatori segnali di rigore. In questo contesto, la tutela giurisdizionale svolge, prima ancora che una funzione riparatoria della responsabilità civile, un ruolo di deterrenza e prevenzione, con conseguenze positive anche sui

soggetti non direttamente coinvolti. Con riguardo alla nozione di *strumento finanziario*, la Corte ha chiarito che costituisce sollecitazione abusiva all'investimento finanziario l'offerta al pubblico della "moneta della Repubblica della terra" denominata "dhana", in quanto non qualificabile come moneta o mezzo di pagamento universalmente accettato *ex art. 1, comma 4, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, ma esclusivamente come prodotto finanziario, acquistabile solo a titolo oneroso, convertibile in azioni o quote di capitale della società promotrice (Sez. 2, 2 dicembre 2011, n. 25837, rv. 619666). Nel corso del 2011, la Corte ha avuto modo di esaminare le responsabilità concorrenti nel danno cagionato al risparmiatore-investitore, ad opera dei diversi soggetti agenti: le società protagoniste dell'offerta (emittente, collocatore, intermediaria, depositaria, società di gestione, società di consulenza finanziaria e altro), i loro organi amministrativi e sindacali, i revisori, i promotori ed, in generale, ogni soggetto, la cui responsabilità si possa ricondurre agli artt. 1228 o 2049 cod. civ.

Un'ordinanza delle S.U. (8 aprile 2011, n. 8034, rv. 616881-616882), sia pure in sede di regolamento di giurisdizione, si è pronunciata sopra due importanti questioni. Da un lato, essa ha preso posizione sulla localizzazione delle *azioni dematerializzate*, immesse in un sistema di gestione accentrata, le quali presentano allocazione "spaziale" nel sito del conto dell'intermediario, dove avviene la registrazione in favore del titolare. Dall'altro lato, viene confermata la responsabilità da prospetto non veridico in capo all'emittente, come conseguenza di un illecito aquiliano autonomo: su tale profilo, v. pure la sentenza Sez. 1, 11 giugno 2010, n. 14056 (rv. 613523-613524), che accomuna, in via solidale, chi lo ha redatto e chi lo ha utilizzato in sede di offerta dei titoli, così che la materiale consegna da parte dell'offerente del prospetto, di cui l'investitore assuma la non veridicità, costituisce l'azione illecita, la quale si consuma nel luogo in cui il prospetto viene diffuso.

3. Peraltro, il nuovo art. 94 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (come sostituito dal d.lgs. 28 marzo 2007, n. 51), ha posto espressamente a carico dell'emittente, offerente o garante, nonché delle persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto, l'onere di provare "*di aver adottato ogni diligenza allo scopo di assicurare che le informazioni in questione fossero conformi ai fatti e non presentassero omissioni tali da alterarne il senso*". In mancanza, essi rispondono, in forza di una presunzione di colpa e della stessa sussistenza di un nesso eziologico fra prospetto informativo recante una rappresentazione della situazione patrimoniale della società rivelatasi poi non veridica e danno del sottoscrittore (consistente nell'aver acquistato beni aventi un valore diverso ed inferiore rispetto a quanto le informazioni ricevute dall'acquirente avrebbero fatto ragionevolmente supporre: cioè di aver acquistato ad un prezzo che dichiaratamente presupponeva un determinato valore, risultato poi invece inferiore).

La Corte non si è occupata, nei casi ricordati, della possibile responsabilità degli amministratori dell'emittente, la quale può concorrere nella produzione del danno. In ogni caso, il danno da prospetto inveridico, che abbia comportato un minor valore delle azioni sottoscritte, viene incontrovertibilmente ricondotto alla lesione diretta del patrimonio del sottoscrittore, indotto ad un acquisto perlomeno a condizioni più onerose; si resta dunque in una prospettiva coerente con la perdurante affermazione della necessità di un danno diretto del socio per l'art. 2395 cod. civ. [v. oltre, par. 2 del capitolo su *Le società*].

4. Accanto alla predetta responsabilità da prospetto, che di regola è a carico dell'emittente, si pone poi quella da inosservanza delle *norme di comportamento da parte dell'intermediario*, ai sensi dell'art. 21 t.u.f., ben più frequente in ragione della difficoltà a volte di citare l'emittente, perché insolvente [si vedano Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724 (rv. 600330) e Sez. 1, 29 ottobre 2010, n. 22147 (rv. 615478), mentre nel 2011 v. Sez. 6-I, 17 gennaio 2011, n. 937 (rv. 616232)].

Quanto al *promotore infedele*, è stato ribadito il principio della responsabilità della società preponente in ragione del suo stesso inserimento nell'attività da quella svolta, dovendo così ravvisarsi il nesso eziologico, con onere a carico dell'intermediario di provare eventualmente che l'illecito sia stato agevolato dall'investitore, ad esempio per la consapevole acquiescenza alla violazione delle regole di condotta gravanti sul promotore [Sez. 3, 25 gennaio 2011, n. 1741 (rv. 616355); Sez. 1, 24 marzo 2011, n. 6829 (rv. 616357)].

5. Orbene, in questo complesso settore, la *Consob* è l'ente pubblico di controllo e vigilanza sul mercato dei valori mobiliari e sulla raccolta finanziaria del risparmio, cui vengono riposte le esigenze di tutela dei risparmiatori e degli investitori italiani ed esteri. Alla stessa può, dunque, a date condizioni, essere imputata una responsabilità di tipo omissivo: non si tratta della responsabilità verso il soggetto direttamente vigilato, ma verso gli investitori. Si ravvisa un certo rigore della Corte nel valutare l'attività della Commissione: non soltanto organo di vigilanza per il buon funzionamento dei mercati finanziari, ma anche "*organo di garanzia del risparmio pubblico e privato*", affermandosi come la violazione dei compiti ad essa imposti dalle leggi speciali, secondo il canone fondamentale della buona amministrazione, possa integrare il mancato rispetto della norma primaria del *neminem laedere*, di cui all'art. 2043 cod. civ., applicabile secondo le comuni regole del codice civile anche quanto ad imputabilità soggettiva, causalità, evento di danno e sua quantificazione [Sez. 3, 23 marzo 2011, n. 6681 (rv. 617286), che riguarda l'iscrizione di una società all'albo delle SIM ed il deposito del prospetto informativo senza i requisiti di legge; cfr. altresì Sez. 1, 25 febbraio 2009, n. 4587 (rv. 606821) e Sez. 3, 27 marzo 2009, n. 7531 (rv. 607198), in ordine rispettivamente alla responsabilità da prospetto ed all'affidamento di somme per la gestione a società fiduciarie, su cui si veda la *Rassegna* di tale anno].

La Corte riconosce dunque una tutela anche dell'interesse dei risparmiatori alla protezione della loro integrità patrimoniale e nega la tesi garantista del controllo meramente formale della Commissione, per propugnare la tesi della "condotta virtuosa" invece richiesta. Si predica, pertanto, un modello astratto di buona amministrazione da parte dell'autorità di vigilanza, fondato sui principi di cui agli artt. 41, 47 e 97 Cost.: questi devono guidarne l'azione concreta, laddove operi scelte discrezionali di azione, potendo in contrario ravvisarsi la colpa. La novità della posizione della Corte risiede nell'importanza data ad una lettura costituzionalmente orientata delle norme in tema di beni patrimoniali: ed invero, se è ormai usuale l'argomento costituzionale in tema di azione risarcitoria dei beni della persona, è invece più recente, come la dottrina non ha mancato di notare, tale richiamo con riguardo a norme che più direttamente preservano il patrimonio.

L'art. 97 Cost., in particolare, con la regola di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione che esso pone, viene valorizzato quale guida all'interpretazione delle norme primarie, quali fonti, oltre che di tutela del risparmio e del mercato, anche di obblighi di protezione verso il patrimonio. Si può ravvisare, in tal modo, la lesione di interessi giuridicamente tutelati (in quanto presi in considerazione da qualche norma di protezione, sia pure dettata a fini diversi da quelli risarcitori e di tutela primaria della sfera del privato), quale che sia la qualificazione formale di detti interessi. La causalità giuridica è quella da condotta omissiva, che sorge in seguito all'inadempimento di un obbligo di garanzia, attesa la rilevanza costituzionale del risparmio.

Sotto il profilo soggettivo, potrebbe dirsi allora che il discrimine della responsabilità sia da individuare – così come per altre posizioni di controllo – nell'esistenza di "indici di anomalia" o "segnali di allarme", che possano mettere sull'avviso il controllore circa situazioni pericolose (cfr. pure par. 2 del capitolo su *Le società*, in tema di amministratori non esecutivi).

Peraltro, da un lato, è necessario prevenire comportamenti strumentali degli investitori e tenere conto della cd. insostenibilità finanziaria di un sistema che ribaltasse sull'autorità di vigilanza le perdite degli investimenti finanziari, così compromettendo lo stesso conseguimento delle finalità pubbliche affidate (per tale motivo, non è stata ammessa la *class action* verso le autorità amministrative indipendenti: art. 1, comma 1-ter, d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198; dal loro canto, gli artt. 140-bis d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e 32-bis d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 presuppongono condotte d'impresa). Dall'altro lato, però, non può reputarsi, come da più parti si osserva, che il funzionamento dei mercati finanziari debba dipendere dalla prudenza degli operatori privati, dovendo questa essere piuttosto una specifica virtù delle istituzioni pubbliche di vigilanza.

Alla tecnica della responsabilità civile spetta dunque il compito di comporre in equilibrio tali esigenze.

IL CONTROLLO GIUDIZIALE SUL MERITO DELLA COMPOSIZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA: NUOVE LINEE DELLA GIURISPRUDENZA DEI CONCORDATI

(a cura di Massimo Ferro)

SOMMARIO: 1. I limiti del controllo giudiziale sul progetto di concordato. 2. Le criticità degli schemi negoziali nelle controversie definite nel 2011. 3. L'abuso del diritto nel concordato fallimentare. 4. L'abuso del diritto nel concordato preventivo. 5. Gli orientamenti in tema di transazione fiscale.

1. I limiti del controllo giudiziale sul progetto di concordato.

1. Le riforme inaugurate dal decreto legge n. 35 del 14 marzo 2005 e culminate nel decreto legislativo del 12 settembre 2007, n. 169 hanno ridisegnato la tradizionale geometria di controllo del campo concorsuale e, in essa, i poteri di intervento degli organi dei procedimenti in cui la proposta (del debitore o di un terzo), proiettata a riflettersi in termini di efficacia sulla generalità dei creditori, necessari dell'omologazione giudiziale. Solo a seguito di questa peculiare attività di verifica e valutazione condotta nella giurisdizione, ma con scrutinio di un'iniziativa rimessa in via esclusiva ad una parte privata, una serie anche assai vasta di rapporti giuridici subisce la riscrittura del proprio statuto economico, in tesi anche a prescindere dal consenso ad ogni modifica espresso da tutti gli interessati. Tale peculiare forza ascrivibile al dictum del provvedimento omologatorio non è mutata di segno nell'architettura del concordato fallimentare e preventivo, nei quali però l'investimento sulla funzione di efficienza sprigionabile dal ruolo propulsore degli organi interni di elezione privatistica e la fiducia attribuita alla formazione del consenso, quale elemento rivelatore della bontà economica della ristrutturazione dei debiti d'impresa, hanno implicato un consistente ridimensionamento contenutistico dei compiti di garanzia assegnati al giudice ovvero, secondo altra ricostruzione dottrinale, una ritrazione di essi da ogni veste tutoria rispetto al merito delle proposte stesse.

2. Il conseguente, inevitabile, nuovo perimetro delle attività di indagine e valutazione propriamente rimesse alle verifiche spettanti al giudice deputato all'ammissione ed omologazione del concordato preventivo, nonché alla regolazione dell'accesso e poi dell'omologa di quello fallimentare, ha rinvenuto, nel corso del 2011, una significativa duplice focalizzazione: esso appare invero precisato, da un canto, nell'ambito della ordinaria dialettica vertente sulle prospettive di realizzazione del progetto concordatario (riflettenti di per sé una altrettanto consueta contrapposizione fra diversi interessati al piano, come sono singoli creditori o loro classi rispetto al debitore o al proponente) e, per converso, altresì in una zona relativamente inedita, ove, non

esprimendosi le parti con ruoli processuali attivi, competerebbe ancora al giudice intervenire in termini diretti sul merito dei progetti.

3. Il premesso distanziamento dei poteri del giudice dalle categorie della convenienza economica, e financo della opportunità che ad ogni crisi d'impresa corrisponda l'effettiva instaurazione della corrispondente tipologia normativa [orizzonte indebolito dall'abrogazione dell'iniziativa officiosa nell'art. 6 legge fall., come ricordato da Sez. 1, Sentenza n. 9260 del 21 aprile 2011 (rv. 617672), in un'interpretazione rigorosamente applicata anche alle vicende anomale del concordato da Sez. 1, Sentenza n. 8186 del 2 aprile 2010 (rv. 612624)], non ha invero impedito che anche il nuovo oggetto dell'accertamento giudiziale, cioè l'avvenuto rispetto – nei concordati - delle regole procedurali e le occasionali – perché dipendenti da opposizioni - verifiche del merito delle proposte formulate dagli attori della crisi d'impresa, interrogassero l'assegnazione complessiva di senso allo stesso ruolo ora assegnato all'autorità giudiziaria [fino a porre decisive questioni, da ultimo rimesse alle Sezioni Unite il 20 dicembre 2011: la questione è in Sez. 1, Ordinanza, n. 27063 del 15 dicembre 2011]. Difettando un unanime consenso dei creditori alla proposta, e pur a prescindere da minoritarie resistenze palesate nel giudizio di omologazione, al giudice è stato così restituito il compito, frutto di sollecitazioni continue, di un'indagine ulteriore rispetto alla mera soluzione dei conflitti che nascono da tali istituti. Ne sono conseguite puntualizzazioni importanti sia sul ruolo degli organi concorsuali, parametrato sulla base del loro grado di rappresentanza di interessi e di vocazione istituzionale, sia sui poteri dei creditori, sia infine sulla attenuazione del predicato sacrificio dell'eterotutela giudiziale rispetto all'autotutela informata dei creditori.

4. La contrapposizione dottrinale, tuttora rintracciabile, tra sostenitori di una regolazione giudiziale unicamente finalizzata alla realizzazione delle più opportune ed efficienti condizioni di espressione del consenso maturo da parte dei creditori [in adunanza, nel concordato preventivo ovvero quali legittimati dal dissenso, per le scelte che scaturiscono dal progetto di riordino dei debiti, su cui da ultimo Sez. 1, Sentenza n. 16738 del 29 luglio 2011 (rv. 619321), sulla scia di Sez. 1, Sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011 (rv. 617051), Sez. 1, Sentenza n. 3327 del 12 febbraio 2010 (rv. 611638) in materia di concordato fallimentare ma di identica valenza generale] e fautori di una almeno concomitante valorizzazione dei residui elementi di interesse pubblico sottesi alla disciplina dell'insolvenza [da cui Sez. 1, n. 18987 del 16 settembre 2011, oltre che Sez. 1, Sentenza n. 18864 del 15 settembre 2011 (rv. 619142)] è altresì sfociata, non del tutto prevedibilmente, in un utilizzo di separati strumenti ermeneutici: per entrambi gli indirizzi, nella giurisprudenza di legittimità è apparsa matura la percezione dei limiti di un'applicazione formalistica cui ridurre il controllo giudiziale sul merito delle proposte di ristrutturazione del passivo. La comune consapevolezza di una necessaria reattività idonea a censire fenomeni di deviazione strumentale dagli scopi istituzionali dei

concordati – una corretta accettazione di trattamento peggiorativo della condizione dei creditori, rispetto al loro statuto nominale – è tuttavia sfociata verso vie diversamente repressive: con il ricorso all’abuso del diritto, per una tesi e con l’impiego di clausole generali tratte dal codice civile, nella seconda opzione. Rispettivamente, il controllo giudiziale è parso limitato entro il recinto delle verifiche sulla (sola) <<regolarità della procedura>> (dall’ossequio alla quale far discendere una almeno presunta conformità di utilizzo dello schema procedimentale alle finalità di sacrificio per una parte del ceto creditorio) ovvero anche esteso alla <<legittimità sostanziale>>, in un lessico condiviso con una puntuale indagine della dottrina, dunque allargato a requisiti sostanziali della proposta, degni di commensurabilità anche officiosa ove palesemente refluenti in obbligazioni infattibili.

2. Le criticità degli schemi negoziali nelle controversie definite nel 2011.

1. I temi che hanno segnato il 2011 hanno attraversato la questione della determinatezza (o determinabilità) che già *ex ante* dovrebbe connotare la proposta del debitore, articolata sul piano, la natura progressiva delle verifiche di fattibilità (dall’ammissibilità all’omologazione), avendo riguardo al soddisfacimento dei creditori ed al suo minore o maggiore indice di ragionevole predittibilità, la latitudine dell’intervento dell’unica parte pubblica, il Pubblico Ministero, esponenziale – sul piano processuale – di un interesse terzo rispetto a quello delle parti, il chiarito ruolo della transazione fiscale rispetto alla procedura base del concordato preventivo, la chiave risolutiva di tipo patologico, imperniata su un aggiornamento della nozione di frode [per il concordato preventivo ex art. 173 legge fall.]. Il temperamento degli evidenti limiti di realizzabilità di un progetto negoziale puro è stato dunque rinvenuto in modelli oscillanti tra l’approfondimento del controllo di conformità al tipo legale, secondo la disciplina concorsuale e senza referenti ad essa esterni e la possibilità, con il citato ricorso a clausole generali, di assicurare una permeabilità più propriamente civilistica alle proposte concordatizie.

2. La rilevante precisazione operata dalla S.C., in continuità con il primo approccio del biennio precedente [sin dalle fondamentali puntualizzazioni sul limite della discrezionalità nella formazione delle classi in Sez. 1, Sentenza n. 2706 del 4 febbraio 2009 (rv. 606617)], ha dunque tratto le mosse da un’inclinazione generale a rispettare uno schema dualistico: esso appare imperniato su un ruolo del giudice deputato a verificare che la regolarità della procedura assicuri la formazione del consenso più informato, cui viene rimessa ogni scelta di opportunità, senza rilievo per le motivazioni egoistiche dei creditori e salvo un esame più approfondito degli scenari alternativi del *cram dawn* ove sia fatta valere la leva dell’opposizione all’omologazione. In realtà, tale rigida assegnazione di

ruoli – al giudice il controllo sull’organizzazione del processo, ai creditori l’integrazione di una volontà di maggioranza idonea a costruire l’accordo, di nuovo al giudice la prerogativa di sigillare tale consenso raggiunto omologandolo e così imponendolo anche alle minoranze ed ai terzi – appare severamente temperata da un responsabile, diffuso e realistico approccio ancorato ad una visione sincretistica dei parametri concorsuali: così, sulla nozione di fattibilità è stato affermato che <<il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi degli artt. 162 e 163 legge fall., ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all’adeguatezza sotto il profilo del merito>> [Sez. 1, Sentenza n. 3586 del 14 febbraio 2011 (rv. 617276)], ma per la fase dell’omologazione, si è opposta la categoria civilistica dell’impossibilità dell’oggetto ove la proposta risulti manifestamente irrealizzabile, e ciò anche in difetto di singole contestazioni formalizzate dai creditori [Sez. 1, Sentenza n. 18864 del 15 settembre 2011 (rv. 619142)].

3. In tema di revoca, <<la nozione di atto in frode, che opera ... quale presupposto ... esige ... che la condotta del debitore sia stata volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, cioè tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e, dunque, che esse siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo prima ignorate dagli organi della procedura o dai creditori>>, con il corollario per cui in tale nozione <<non rientra qualunque comportamento volontario idoneo a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio e, quindi, risulta estraneo a tale qualificazione il comportamento del debitore che, già nel ricorso, abbia indicato gli atti di disposizione del patrimonio, stipulati anteriormente, implicanti la concessione di diritti di godimento a terzi e che, successivamente esaminati dal commissario giudiziale, siano ritenuti suscettibili di depauperare il detto patrimonio, così da scoraggiare l’acquisto degli immobili oggetto della cessione ai creditori, pregiudicando la fattibilità della proposta concordataria.>> [Sez. 1, Sentenza n. 13817 del 23 giugno 2011 (rv. 618346)]. Più recentemente la stessa S.C. ha chiarito che, ai medesimi fini della revoca del concordato inizialmente ammesso, <<la divergenza tra la situazione patrimoniale dell’impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale non può essere inquadrata in alcuna delle ipotesi specificatamente tipizzate nella prima parte del primo comma dell’art.173 legge fall. (accertamento o dissimulazione di parte dell’attivo, omessa dolosa denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività inesistenti), bensì esclusivamente nell’ipotesi residuale e generica degli "altri atti di frode", con la conseguenza che occorre accertare il carattere doloso di detta divergenza, non essendo concepibile un atto fraudolento, che non sia

sorretto da una precisa intenzione di compierlo.>>, così ricorrendo ad una nozione comune presupposta dalla disciplina concorsuale [Sez. 1, Sentenza n. 17038 del 05/08/2011 (rv. 619247)].

4. Un'importante delimitazione di intervento giudiziale è stata peraltro assicurata, sul terreno delle classi e sia pur in una pronuncia relativa al concordato fallimentare (ma con evidente vocazione generale), ove si è chiuso il quadro ermeneutico – apparentemente in modo netto e pur tra qualche perplessità dottrinale - a qualunque ipotesi di classamento obbligatorio. Il tema è sintetizzabile in due proposizioni: da un lato, nella votazione con le classi di creditori, *<<all'interno di esse il voto di ciascun creditore non può essere valutato alla stregua del rispetto o meno di un interesse comune trascendente quello dei singoli, non essendo configurabile alcun conflitto d'interesse>>*, difettando di soggettività giuridica il fallimento in sé e non essendo i creditori partecipi ad altro titolo di esso, ma soprattutto in quanto essi *<<sono costituiti in corpo deliberante in modo involontario e casuale>>* per cui non sussiste *<<alcuna norma generale, avendo il legislatore disciplinato i casi di rilevanza del conflitto con specifiche disposizioni positive, così che la partecipazione al voto è la regola, mentre l'esclusione dallo stesso deve essere espressamente prevista.>>* [Sez. 1, Sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011 (rv. 617051); dall'altro, però, *<<non sussiste alcuna obbligatorietà nella formazione delle classi dei creditori, pur in presenza di interessi di alcuni creditori differenziati rispetto a quelli della generalità degli altri: la mera discrezionalità di tale suddivisione discende, da un lato, dal dato testuale (relativo alla proposta, ex artt. 124, comma 2 e 125, comma 3, legge fall., ed alla approvazione, ex artt. 128, comma 1 e 129, comma 5, legge fall.) e, dall'altro, dall'impossibilità di censire tutti gli interessi di cui sono portatori i creditori, apparendo fisiologico il conflitto tra gli stessi ed invero essendo accomunati, ove non siano prospettate modalità soddisfattive diverse per creditori nella medesima posizione giuridica, dall'interesse, uguale per tutti, consistente nel perseguimento del maggior grado di soddisfacimento.>>* [nella medesima sentenza, sub rv. 617052]. Tale seconda tesi, per ora non ribadita in altri casi, può dirsi generalmente apprezzata in ambito dottrinale, per una maggioritaria propensione a ravvisare l'assenza di un meccanismo ripartitorio dei creditori imposto al debitore, che dunque se ne avvale solo a propria discrezione. È tuttavia largamente diffusa l'aspirazione a robusti correttivi del congegno di voto a maggioranza, al fine di fronteggiare, si rileva, la frequenza di esperienze in cui al difetto di opposizioni non corrisponde un'assenza di conflitto, come rivelato (in modo formale e processualmente impeccabile) dal parere negativo espresso – nei concordati preventivi dal commissario giudiziale, in quelli fallimentari dal curatore - quanto alla fattibilità, seriamente esclusa ma non avversata da un singolo creditore. Sul punto, in dottrina, alla teorica dell'abuso del diritto di voto, si affiancano spunti per il recupero di istituti civilistici almeno ove siano invocati i parametri pubblicistici (o di sistema) propri dell'impianto delle cause di prelazione,

a presidio di limiti alla citata discrezionalità con cui il debitore potrebbe assortire, per classi e trattamento, i creditori.

5. La consapevolezza di tali criticità, cui si aggiunge quella in ordine alla natura imperfetta di ogni assimilazione dei concordati ai contratti (rispetto ad essi facendo difetto l'unanimità del consenso), in una sofferta lettura delimitativa dei poteri di controllo del giudice, non è per vero assente nella medesima giurisprudenza di legittimità, chiamata a censire la latitudine dell'interesse oppositivo: una maggiore o minore estensione di esso, essendo tale leva l'unica ad integrare le premesse dell'intervento giudiziale, di fatto reagisce sull'ampiezza della giurisdizione concorsuale *lato sensu* officiosa o, comunque, allargata al merito. In questa direzione si dà conto di una giurisprudenza, su cui talune voci dottrinali non hanno mancato di intervenire auspicandone l'attenuazione del rigore selettivo, che ha circoscritto con interpretazione ristretta, ad esempio, l'interesse del Pubblico Ministero: così nel concordato preventivo [Sez. 1, Sentenza n. 16136 del 22 luglio 2011 (rv. 618799)], pur se si concede che tale intervento è *<<previsto dall'art. 162 della legge fall. a garanzia dell'interesse generale al corretto ingresso e svolgimento della procedura esdebitatoria>>* [in Sez. 1, Sentenza n. 7953 del 31 marzo 2010 (rv. 612524)]. Un'apertura significativa consta invece quanto al commissario giudiziale, la cui costituzione anche formale ex art. 180, quarto comma, legge fall., come parte processuale, integra il controllo di merito ove essa si sia estrinsecata in una rituale opposizione: così, anche nella procedura semplificata, cioè senza opposizioni, il tribunale è tenuto a riscontrare *<<la persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppur già ... scrutinate nella fase iniziale ... l'assenza dei atti o fatti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca>>* ed insomma il rispetto delle regole che assicurano il consenso informato ai creditori, secondo criteri di trasparenza della proposta [Sez. I, n. 18987 del 16 settembre 2011 (rv. 619727)]. Questa stessa pronuncia, significativamente, apre al *<<controllo di legittimità anche sostanziale>>*, nel quale confluisce quello sulla *<<regolarità della procedura>>*, con l'importante limite esterno, ben chiarito ove si *<<impone il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato>>*.

6. Resta da riepilogare, a completamento di questa rassegna sull'opera descrittiva degli elementi fondativi del corretto *iter* omologatorio, quale sia il più ortodosso inquadramento della relazione di fattibilità, demandata al professionista attestatore ai sensi dell'art. 161, terzo comma, legge fall. e vertente, rispettivamente, su un riscontro asseverativo (la veridicità dei dati aziendali) e su una prognosi (la fattibilità del piano). È vero che *<<il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal*

legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui all'art. 180 legge fall.>> [Sez. 1, Sentenza n. 21860 del 25 ottobre 2010 (rv. 615505)]. Ma la difficoltà, descritta a più riprese dalla giurisprudenza di merito e reclamata in dottrina, di far svolgere alla predetta relazione un ruolo istruttorio tale da escludere un controllo giudiziale sovrapposto, implica una completezza formale ed un indice di qualità assertiva agilmente riconoscibili o perché tratteggiati in altri parametri normativi (in realtà generalmente esclusi, difettando una disciplina positiva sul punto) o in quanto intermediati da una sedimentazione tipologica per la quale occorre però probabilmente attendere un tempo di formazione ulteriore. Per ora, in sede di legittimità sono stati esclusi vincoli alla capacità di prestazione da parte del professionista [per Sez. 1, Sentenza n. 22927 del 29 ottobre 2009 (rv. 610654) può essere redatta anche da un professionista che abbia già prestato la sua attività professionale in favore del debitore; conf. già a Sez. 1, Sentenza n. 2706 del 4 febbraio 2009 (rv. 606616)], mentre è stato ribadito che <<il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori ... né ad uno scopo diverso assolve l'eventuale termine concesso al debitore dal tribunale, ex art. 162, comma 1, legge fall., al fine della integrazione del piano e della produzione di nuovi documenti, essendo tale possibilità diretta a soddisfarne maggiormente la completezza informativa al fine di assicurare il consenso informato dei creditori.>> [Sez. 1, Sentenza n. 3586 del 14 febbraio 2011 (rv. 617276)]. Tali precedenti di legittimità, si è osservato in dottrina, sembrano escludere di poter essere in presenza di una relazione che non permetta una valutazione critica della documentazione da parte del commissario giudiziale e, tramite essa, la formazione di un giudizio informato dei creditori. Il dubbio concerne la scissione tra la fase cui sono destinati i relativi elementi informativi (per il concordato preventivo, l'ammissibilità) e la programmatica esclusione del loro esame dall'unico organo in quella fase dotato di poteri di controllo, cioè il giudice: questi è infatti tenuto ad un controllo di completezza esterna e di logicità esplicativa, mentre l'esame del contenuto è riservato per il "merito" al commissario giudiziale e poi ai creditori, dunque solo alla fase successiva. Non a caso, con l'ordinanza di rimessione Sez. 1, n. 27063 del 15 dicembre 2011 (assegnata alle Sezioni Unite il 20 dicembre 2011) si postula l'opportunità di meglio precisare sia i termini di incidenza

della non fattibilità del piano (quale originariamente proposto) rispetto alla categoria dell'impossibilità dell'oggetto (e della conseguente sua nullità), sia la stessa ascrivibilità al giudice di un controllo su quanto attestato dalla relazione *ex art.161 legge fall. ove <<non si dimostri la falsità o l'erroneità dei dati sui quali l'attestazione è basata>>*. Sullo sfondo, la S.C. appare allora chiamata ad interrogarsi sul ruolo svolto dalla stessa fattibilità, cioè dall'oggetto della citata relazione: se vera e propria condizione di ammissibilità (a multiplo livello di controllo anche giudiziale, diretto od occasionato dalle opposizioni) ovvero se requisito "provato" dalla relazione stessa (almeno fino alla prova contraria della sua palese contrarietà al vero o alla plausibile proiezione esecutiva). Il sistema concorsuale riformato, vertente sulle determinazioni dei creditori, appare perciò esigere un coordinamento con la portata della valenza giudiziale che, esclusa in punto di convenienza e salva la sollecitazione dei creditori oppositori, è alla graduale ricerca di un aggiornato assestamento che contemperi primazia del consenso dei creditori con interesse pubblico alla salvaguardia della funzione istituzionale, *id est* non meramente privatistica, di tali procedimenti.

3. L'abuso del diritto nel concordato fallimentare.

1. La teorica dell'abuso del diritto – come per altri capitoli della stessa sezione in questa *Rassegna* - ha varie volte inciso su talune sottolineature giurisprudenziali la cui essenzialità, allo stato, non si è tuttavia declinata in corrispondenti ed univoche *rationes decidendi*: il presidio di taluni interessi superindividuali, se non proprio pubblicistici, sottesi a tale protezione per lo più officiosa, si segnala tuttavia come preziosa occasione di completamento di significativi passaggi motivazionali, agevolmente suscettibili di applicarsi ove ricorrano ulteriori fattispecie simili. Alcune manifestazioni del principio sono rinvenibili in altri comparti, come per l'istruttoria prefallimentare, ove si è osservato che la riforma *«per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare»* [così, nel testo, Sez. 1, Sentenza n. 19214 del 4 settembre 2009]. L'affermazione è di rilievo generale allorché precisa che *«il limite all'esercizio di un diritto soggettivo [nel caso, l'esercizio del diritto di chiedere il fallimento da parte di creditore garantito su patrimonio di terzi] costituito dal dovere di non abusarne è ravvisabile quando l'iniziativa privata sia esclusivo frutto di intento emulativo o di un approfittamento derivante da una posizione di supremazia»*.

2. Già nella giurisprudenza di merito ed in dottrina, si è ipotizzato, anche con riguardo al concordato preventivo, che una selezione arbitraria dello strumento ad opera del debitore, senza un preciso scrutinio già nella prima fase giudiziale quanto alla esistenza dei presupposti di accesso, potrebbe condurre a procedimenti instaurati da debitori privi dello stato di sofferenza esemplificato nella crisi o nell'insolvenza dell'art.160, terzo comma, legge fall., ovvero da soggetti non appartenenti al novero di quelli legittimati, sulla base dell'attuale art. 1, primo comma, legge fall., dunque integrando una condizione di inammissibilità (e nonostante l'apertura agli imprenditori agricoli quanto agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed alla transazione fiscale disposta dal decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, conv. nella legge 15 luglio 2011, n. 111). La vigilanza sulla trasparenza dell'operazione con cui il privato appunto opta per una regolazione concorsuale del suo dissesto refluisce, presso la giurisprudenza della Corte, in una repressione degli abusi del debitore (e dei creditori con quello colluso) indicata, per ora, come il mero fine di un'interpretazione stringente della norma fallimentare, più che alla stregua di parametro normativo autonomo.

3. Di particolare interesse è l'indirizzo che, in termini positivi, fa ricorso esplicito al divieto dell'abuso del diritto nel concordato fallimentare, più precisamente nella sua <<utilizzazione>>. Proprio tale inciso permette infatti di inquadrare la figura nel principio generale per cui l'ordinamento offre tutela a chi ricorre a tali strumenti nei limiti in cui essi sono poi impiegati in coerenza con il fine per cui sono stati istituiti, senza in particolare procurare «*a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente*» [da ultimo Sez. 1, Sentenza n. 16738 del 29 luglio 2011, (in motivazione)]. Già nello stesso anno, la Corte aveva disegnato la possibile ricorrenza dell'abuso del diritto << *quando il fine della procedura (cioè la soluzione anticipata della crisi con tutela dei creditori secondo le modalità approvate dalla maggioranza) ecceda il sacrificio imposto al patrimonio del fallito per la parte non necessaria al soddisfacimento dei creditori* >> e tuttavia va escluso che la figura consista << *nella mera violazione del trattamento paritario fra i creditori, come risulta dalla stessa previsione normativa sia del concordato con classi (con i trattamenti differenziati fra creditori), sia di quello senza classi (proponibile anche da un creditore o gruppo di creditori, che legittimamente possono perseguire utilità maggiori di quelle che potrebbero ritrarre dall'ordinario corso della procedura).* >>. Conclude perciò la Corte che l'abuso << *non sussiste quando la proposta preveda la cessione delle azioni revocatorie al terzo, in quanto il vantaggio che questi ritrae si riflette in un corrispondente maggior vantaggio altresì per i creditori, alla stregua di maggiore percentuale offerta e sicurezza adempitiva.* >> [Sez. 1, Sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011 (rv. 617050)]. Sulla base di tale premessa, ove siano presentate più proposte di concordato, da parte del fallito e di

uno o più creditori o di un terzo, tutte prevedenti identica percentuale di soddisfazione dei crediti (nella specie il pagamento integrale di tutti i creditori), ma solo una di esse sia stata approvata dall'assemblea dei creditori, la S.C. ha puntualizzato che, in presenza di opposizioni all'omologazione, il tribunale – che in tal caso non può limitarsi alla mera verifica della regolarità formale della procedura, ma deve valutare i fatti costitutivi dedotti a sostegno delle opposizioni – può omologarla solo se accerta la sussistenza di un motivo legittimo al rifiuto, da parte dell'assemblea suddetta, della proposta presentata dal fallito, restando altrimenti priva di causa giuridica l'attribuzione dei beni al terzo (o al creditore) e ingiustificato lo spostamento di ricchezza, con conseguente illegittimo impedimento al fallito, una volta tornato in bonis, di intraprendere nuove iniziative imprenditoriali [Sez. 1, Sentenza n. 3327 del 12 febbraio 2010 (rv. 611638)].

4. Viene dunque abbracciata la teorica dell'abuso del diritto come tecnica di riequilibrio fra contestuali e potenziali vicende di contrapposti diritti esercitati da soggetti in conflitto (in questo caso debitore e terzo proponente), mostrando la Corte di voler configurare la compatibilità con un'accettabile ragione redistributiva di tipo patrimoniale solo di quel diritto che non produca un sacrificio eccedente lo scopo utilitaristico che l'istituto persegue, cioè il soddisfacimento dei creditori. A parità di risultati, dovrebbe perciò prevalere il piano proposto dal debitore, perché questo solo sarebbe il modo di far rientrare il congegno espropriativo-ristrutturativo in un'ordinata e misurata proiezione concreta della sua causa astratta. In secondo luogo, non sfugge che l'esaltazione dei poteri di controllo giudiziale, pur se condizionata dalla formale opposizione all'omologa, non si limita alla verifica del rispetto delle norme procedurali ma perviene ad imporre un riscontro di conformità alle norme imperative ed alle norme costituzionali, quale veicolo per assicurare «*la piena conformità della fattispecie all'ordinamento giuridico*». E così la S.C. censura la delibera dei creditori, in applicazione sistematica del principio per cui il creditore, se non ha un motivo legittimo, deve preferire il pagamento dal debitore, ex artt. 1180-1206 c.c., benché gli sia offerto contestualmente da un terzo: il primo *certat de lucro vitando* e va tutelato più del secondo (in questa vicenda i proponenti che *certant de lucro captando*). Secondo tale prospettiva, il controllo di legittimità si spinge sino a verificare «*la legittimità del rifiuto opposto alla proposta del fallito*» che, già espresso dall'assemblea dei creditori, apre una significativa connessione teorica con l'inquadramento giuridico del vizio delle delibere assembleari ove si sia dato rilievo, nella giurisprudenza societaria, all'abuso di maggioranza [declinato come abuso ed eccesso di potere: Sez. 1, Sentenza n. 3628 del 29 maggio 1986 (rv. 446536); Sez. 1, Sentenza n. 4923 del 5 maggio 1995 (rv. 492126); Sez. 1, Sentenza n. 4323 del 4 maggio 1994 (rv. 486482)].

5. Ancora, si è deciso che il controllo demandato al tribunale in sede di omologa del concordato fallimentare, nell'ipotesi di opposizione da parte del fallito tesa ad evitare che l'accordo tra i creditori ed il terzo finisca per espropriarlo dei propri beni in misura sproporzionata rispetto alle obbligazioni contratte, deve essere ispirato ai principi e alle norme che disciplinano il processo di esecuzione forzata nonché agli insegnamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, diretti ad impedire la rottura dell'equilibrio tra interesse generale al pagamento dei creditori del fallimento e interesse del ricorrente al rispetto dei suoi beni nonché alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo [Sez. 1, Sentenza n. 6904 del 22 marzo 2010].

4. L'abuso del diritto nel concordato preventivo.

1. Nel concordato preventivo va premesso che un utilizzo eccedente lo scopo dell'istituto risente della circoscritta legittimazione alla sua proposta, che è in capo al debitore, dunque non prospettandosi uno scenario di contendibilità eguale a quello traducibile nelle plurime proposte di concordato fallimentare, avanzabili anche da terzi. La contrapposizione di interessi ivi rinvenibile è perciò bloccata tra il debitore, che si propone di modificare, con la propria iniziativa, lo statuto giuridico-economico dei creditori, e con esso la composizione dal lato passivo del proprio patrimonio (altrimenti disciplinato dalle regole civilistiche, commerciali ed esecutive comuni) e, dall'altro lato e frontalmente, il ceto creditorio, destinato a subire, con le regole di maggioranza, tale riscrittura. Ciò appare essere presupposto allora nella più piana adesione alla teorica in esame, per cui l'abuso del diritto si estrinseca *«nell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria»*. E si tratterebbe di un *«principio immanente nell'ordinamento»* [così nel testo Sez. 1, Sentenza n. 13817 del 23 giugno 2011 (rv. 618345)].

2. La ricerca di un contenuto univoco della nozione di abuso del concordato riassume così un approccio alla legittimità del controllo di merito del tutto inedito: nel solco dei precedenti in tema di fattibilità [per tutti Sez. 1, Sentenza n. 21860 del 25 ottobre 2010 (rv. 615505)], un dato comune è invero la costante attenzione alle finalità concrete perseguite dalla singola proposta, pervenendosi addirittura ad adombrare una criticità ove essa *«abbia una finalità meramente dilatoria»* [Sez. 1, Sentenza n. 3586 del 14 febbraio 2011 (rv. 617276)]. A sua volta il riconoscimento della categoria

qui analizzata azzera ogni limite temporale all'intervento giudiziale ed invero, fuoriuscendo dallo schema di una procedura plurifasica che progressivamente raffina l'oggetto della disamina giudiziale, altro senso non potrebbe attribuirsi all'espressione per cui, accertata una condotta di abuso del diritto, «*il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento*» [così nel testo, Sez. 1, sentenze nn. 13817,13818 e 13819 del 23 giugno 2011].

3. Lo schema cui sembra essere sottoposta la ricerca dell'abuso del diritto nel concordato contempla peraltro, oltre al divieto di lasciar conseguire al suo proponente vantaggi eccedenti lo scopo dell'istituto, anche la citata speciale considerazione per chi subisce tali strumenti, da proteggere in confronto ad un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente: tale affermazione, appena vista per il concordato fallimentare, esprime portata generale, specie ove il giudicante ha esplicitamente negato che il predetto abuso potesse sovrapporsi e ridursi alla mera violazione «del dovere di correttezza e buona fede che in subiecta materia si identificherebbe con l'obbligo di una corretta informazione che nella specie non sarebbe mancata» [così nel testo, sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011]. E tuttavia va ripetuto che l'alterazione della *par condicio creditorum*, specie ove frutto di una riorganizzazione distributiva che impieghi lo strumento delle classi, non realizza alcuna forma di abuso, in particolare se si ipotizza una violazione del principio del trattamento paritario che, salve le cause di prelazione, è oramai ritenuto modificabile dallo stesso legislatore, ed anche nel concordato senza classi: tale parità, pur se intesa come utilità complessiva e non come diretta offerta di soddisfacimento, non deve necessariamente sussistere «in quanto il concordato può essere proposto anche da un creditore o da un gruppo di creditori e poiché nessuno può pensare, come non è pensabile per il terzo, che questi siano normalmente mossi da intenti non speculativi è evidente che il proponente può legittimamente perseguire un risultato ulteriore rispetto a quello che gli competerebbe per tale sola sua qualità, non fosse altro che per compensare il rischio insito nell'operazione.» [così nel testo, sentenza n. 3274 del 10 febbraio 2011].

4. Il tentativo di focalizzare soluzioni e risposte al dilemma di procedure concordatarie nelle quali non la convenienza – arbitrata dai creditori – bensì la stessa fattibilità sia altamente improbabile o addirittura esclusa e pur tuttavia difettino condizioni oppostive esercitate dai legittimati e così innescanti l'oggetto del relativo giudizio, è proprio di una costante preoccupazione dottrinale. Essa ha fatto breccia anche nel formante giudiziario, con l'apertura verso categorie ermeneutiche fuoriuscenti dalla stretta visione del controllo giurisdizionale sul rispetto dei parametri normativi concorsuali e rinvenute nel diritto dei privati. Se invero si ammette che il ruolo giudiziale si estrinseca altresì in un compito di presidio, cioè a garanzia anche di interessi superindividuali o

pubblicistici, oltre che di controllo formale sulla regolarità e correttezza del procedimento, quel *quid pluris*, la forza di imporsi anche ai creditori dissenzienti o ai silenti, diviene fonte di una combinazione tra istituti idonea, com'è successo, a rivisitare i poteri officiosi coordinando un'ulteriore e parzialmente concorrente analisi del piano, finendo con il negare che la semplificazione istruttoria sulla fattibilità, introdotta con l'attestazione del professionista, realizzi in via definitiva e comunque la prova della idoneità del piano stesso, al riparo da ogni contestazione e nonostante il consenso dei creditori.

5. La categoria ordinante tale controllo, per ora, è stata ricercata nella nullità, rilevabile d'ufficio *ex art.* 1421 cod. civ. e capace di far emergere patologie originarie della proposta, diverse da quelle formali e meramente procedurali: si tratta di vizi genetici della causa delle obbligazioni concorsuali, ogni qual volta sia riconoscibile *ex ante* un certo o assai probabile inadempimento, fuori perciò dalla comune alea, che resta a carico dei creditori. Tra essi sono annoverabili l'illiceità dell'oggetto, quali la offerta di *res extra commercium* (immobili pubblici o assoggettati a confisca penale o insuscettibili di circolazione civilistica perché abusivi ed insanabili o beni per cui sia vietata la vendita nelle forme ordinarie, come le armi) o la violazione di norme imperative (così l'alterazione delle cause legittime di prelazione, ai sensi dell'art.160, secondo comma, legge fall., se un creditore di grado *potiore* sia soddisfatto in modo incompleto rispetto ad uno di grado successivo) ovvero infine l'impossibilità dell'oggetto (come il caso di una proposta che, a giudizio dello stesso commissario, sia priva di probabile realizzabilità, al di fuori dell'alea ordinaria del piano). Si è così dato l'esempio, per quest'ultima e più recente ipotesi di puntualizzazione giurisprudenziale, di un difetto di veridicità dei dati sussistente *ab initio* ma non rilevato e che nemmeno il consenso dei creditori, alterato da errore-vizio, potrebbe allora sanare: come sarebbe ove la proposta avesse ommesso l'appostazione al passivo di un ingente credito concorsuale, idoneo a stravolgere la attuazione sicura del piano [Sez. 1, Sentenza n. 18864 del 15 settembre 2011 (rv. 619142)]. Per tale evenienza, la descritta contaminazione civilistica del diritto concorsuale realizzerebbe con efficacia la finalità di filtro rispetto ad un uso distorto dell'istituto, compiuto nei suoi passaggi procedurali ma svuotato di sensatezza economica.

5. Gli orientamenti in tema di transazione fiscale.

1. Da ultimo, va segnalato, come nuovo punto fermo, che la falcidia dei crediti tributari è stata ritenuta ammissibile, nella proposta di concordato che li contempri, anche in mancanza dell'attivazione dello speciale procedimento di transazione fiscale, mentre resta inammissibile un trattamento concorsuale sull'IVA che incida sul suo capitale, essendo semmai consentito un

intervento solo sui tempi di pagamento. Alla soluzione della non obbligatorietà della transazione fiscale, la Corte è pervenuta osservando che dalla specialità del subprocedimento (con cui il debitore sottopone la proposta al creditore fiscale, un adempimento ulteriore rispetto al deposito della domanda) si ricava altresì una peculiarità di effetti (il consolidamento del debito fiscale), cioè una modalità opzionale di calcolo della tassazione. La scelta del subprocedimento è dunque quella di far conseguire i relativi vantaggi di stabilità, senza però discussione del quadro del carico fiscale indicato; in alternativa, il debitore non ottiene il consolidamento ed il blocco dei giudizi, ma può contestare i citati crediti, alla pari degli altri e, soprattutto, ottenere l'omologa sulla base di una maggioranza che, in tesi, registri il voto contrario del fisco. La assolutezza dell'effetto esdebitatorio, fissata all'art.184 legge fall., non contiene invero eccezioni per i creditori che abbiano partecipato alla procedura, né dunque il fisco assume un improprio potere di veto. A ciò si aggiunga che l'eventuale inerzia del fisco nemmeno potrebbe pregiudicare la prosecuzione della più generale procedura di concordato, dovendosi procedere agli ulteriori adempimenti, compreso il computo delle maggioranze raggiunte. A sua volta il debitore, a fronte del quadro fiscale emerso, ben potrebbe rinunciare all'avviata transazione, per coltivare un contenzioso ritenuto di esito migliore. La previsione, infine, di una delimitazione della proposta sull'IVA alla sola dilazione del pagamento, è stata dall'art. 32 del d. l. n. 185 del 2008 solo chiarita, così confermandosi che tale tributo è tra quelli costituenti risorse proprie dell'UE, il che ha effetti anche sui concordati anteriori *ratione temporis*, essendo la citata fonte posta non da una norma processuale, bensì sostanziale, relativa al trattamento dei crediti nell'ambito dell'esecuzione concorsuale, dunque realizzando una disposizione inderogabile. Tale specialità non muta le tutele normativamente previste, quanto al privilegio, in favore dei creditori di grado anteriore rispetto all'IVA, in coerenza con il principio, di cui all'art. 160, secondo comma, legge fall., del divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione [Sez. I, 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932].

2. Una focalizzazione puntuale dello stesso istituto già era stata, poco prima, operata da Sez. 1, 18 ottobre 2011, n. 21659 (rv. 619699), secondo cui nel concordato con transazione fiscale il voto contrario dell'amministrazione non ostacola l'omologa, in presenza delle altre condizioni di cui all'art. 180 legge fall., quando nel frattempo, al netto del relativo capitale, si sia formata la maggioranza adesiva degli altri creditori. E tuttavia, una specifica adesione del medesimo fisco può ancora sopraggiungere, dunque in modifica del voto contrario, purchè entro il giudizio di omologazione, ancorchè dopo i venti giorni di cui all'ultimo comma dell'art. 178 legge fall.

LE SOCIETÀ

(a cura di Loredana Nazzicone)

SOMMARIO: 1. Lo schermo della soggettività giuridica. 2. Il percorso della Corte verso il nuovo diritto societario.

1. Lo schermo della soggettività giuridica.

1. La Corte Suprema palesa una particolare attenzione, nell'esame del fenomeno aggregativo, al grado di autonomia dello schermo collettivo dai suoi componenti, avuto riguardo alla *ratio legis* e, nel contempo, all'atteggiarsi dell'ente nei suoi caratteri concreti.

Nell'ambito della valorizzazione dell'alterità soggettiva società-socio, si è così ribadito il principio secondo cui il diritto alla liquidazione della quota di società personale va esercitato nei confronti della società, non rivestendo alcun rilievo la deduzione che della società si siano in sostanza "impossessati i convenuti", giacché ciò non ne attenua comunque l'autonomia patrimoniale [Sez. 3, 22 marzo 2011, n. 6558 (rv. 617548)].

Con riguardo al contratto di agenzia concluso da una società personale, non sussiste la competenza del giudice del lavoro, perché l'organizzazione imprenditoriale in forma societaria comporta in ogni caso una soggettività distinta da quella dei soci, onde l'eventuale attività personale del singolo viene mediata dalla società e perde il carattere della personalità nei confronti del preponente, tenuto conto altresì che il rapporto fiduciario si instaura anche fra imprenditori [Sez. 6-L, 19 aprile 2011, n. 8940 (rv. 616855); Sez. 6-III, 21 aprile 2011, n. 9273 (rv. 617789); Sez. 6-III, 14 luglio 2011, n. 15535 (rv. 618636)].

I presupposti logici e giuridici dell'orientamento seguito con riguardo alle società a partecipazione pubblica – per quanto attiene sia all'individuazione del "rapporto di servizio", sia al patrimonio leso – sono del pari essenzialmente fondati sulla non superabile distinzione della personalità giuridica della società partecipata tanto da quella del socio partecipante (che non è direttamente danneggiato dal pregiudizio eventualmente arrecato al patrimonio sociale), quanto degli organi e dipendenti della società medesima [cui non si estende automaticamente il rapporto di servizio che, sotto il profilo funzionale, lega la società alla P.A.: Sez. unite, 11 gennaio 2011, n. 392 (rv. 615319); Sez. unite, 5 luglio 2011, n. 14655 (rv. 618242); Sez. unite, 7 luglio 2011, n. 14957 (rv. 618223); Sezioni unite, 12 ottobre 2011, n. 20940 (rv. 619039), e n. 20941 (rv. 18979); cfr. anche oltre, par. 2, oltre al capitolo su *Stato e mercato*, par. 3].

Nella medesima prospettiva, il pregiudizio patito da una società di capitali per l'irragionevole durata del processo non può essere richiesto dal socio in proprio, perché si frappone lo schermo

societario e il danno da questi lamentato è meramente indiretto [Sez. 1, 12 luglio 2011, n. 15250, (rv. 618908)].

2. Una maggiore propensione al ridimensionamento dell'alterità soggettiva si trova in altre pronunce, che tengono conto delle esigenze sottese a diverse discipline. In tema di società di persone, viene ribadito [Sez. 1, 12 settembre 2011, n. 18600 (rv. 619612), sulla scia di Sez. 1, 5 aprile 2006, n. 7886 (rv. 588238)] come l'unificazione della collettività dei soci – per cui la società ha un nome, una sede, un'amministrazione ed una rappresentanza – e l'autonomia patrimoniale costituiscono un congegno giuridico volto a consentire l'unitarietà di forme di azione, ma non valgono anche a dissolvere tale pluralità nell'unicità esclusiva di un *ens tertium*, così che sul piano processuale è sufficiente, ai fini dell'instaurazione del contraddittorio verso la società, la presenza in giudizio di tutti i soci.

Nell'interpretazione dell'art. 2283 cod. civ., secondo cui si applicano le disposizioni sulla divisione, se in sede di liquidazione della società è convenuta la *ripartizione dei beni in natura*, la Corte [Sez. 2, 5 agosto 2011, n. 17061 (rv. 618899)] ha escluso che la portata della norma sia limitata alle modalità esecutive del negozio e si verifichi comunque l'effetto traslativo in ragione della modifica del titolare dei beni (prima la società, poi i singoli soci). Per giungere a tale conclusione, la Corte precisa che è ben ipotizzabile una “*continuità patrimoniale*” tra società di persone e socio: infatti, “*l'esistenza di una soggettività sociale che si estrinseca in un autonomo centro di imputazione patrimoniale è il predicato indispensabile per consentire la gestione unitaria dei rapporti che facciano capo alla medesima società, ma non costituisce ostacolo logico a che sia ipotizzabile uno stato di comunione sui beni conferiti originariamente dal socio o acquistati dalla società, limitandosi detta soggettività a reagire solo sul vincolo di destinazione di quei beni sino a che duri l'attività sociale*”.

Ancora, si afferma che la sentenza di condanna, emessa nei confronti di una società di persone, costituisce *titolo esecutivo* contro il socio illimitatamente responsabile, in ragione dell'imperfetta soggettività giuridica delle società personali, la quale si risolve e sostanzialmente si identifica in quella dei soci, i cui patrimoni sono protetti dalle iniziative dei terzi solo a mezzo del “*fragile diaframma della sussidiarietà della loro responsabilità*” rispetto a quella del patrimonio sociale [Sez. 3, 24 marzo 2011, n. 6734 (rv. 617488), la quale ha concluso che il socio di s.n.c., dichiarato fallito ed escluso di diritto *ex art. 2288 cod. civ.*, va considerato sempre socio, per effetto della revoca del fallimento; Sez. 3, 23 maggio 2011, n. 11311 (rv. 618154), secondo cui, pertanto, il mandato alla lite contro la società di persone comprende implicitamente il potere di agire in via esecutiva, come pure di intimare il preventivo precetto, per conseguire l'oggetto della condanna anche nei confronti del socio].

Purtuttavia, non può trascurarsi come, in senso diverso, si sia esclusa l'efficacia diretta del *giudicato* per il socio di società personale, perché la responsabilità illimitata e solidale dei soci per le obbligazioni sociali non può comportare anche la diretta estensione del giudicato formatosi tra il creditore e la società, in quanto, costituendo le società di persone, sebbene prive di personalità giuridica, un centro di interessi diverso dalle persone fisiche dei soci e dotato di autonomia, i soci devono considerarsi terzi *ex art.* 2909 cod. civ. rispetto al giudicato formatosi nei confronti della società; in ogni caso, prestando dunque la Corte attenzione al fenomeno concreto, viene precisato come dal giudicato possa trarsi un elemento di prova documentale in ordine alla situazione giuridica che abbia formato oggetto dell'accertamento giudiziale, con il conseguente vizio di motivazione ove il giudice di merito ne ometta l'esame [Sez. 5, 15 giugno 2011, n. 13084 (rv. 618473)].

3. D'altro canto, è vero che permane la separazione soggettiva in forza dell'utilizzo dello strumento societario, ma non ha rilievo il tipo utilizzato, allorché il legislatore colleghi all'inserimento nell'organizzazione collettiva imprenditoriale particolari conseguenze, come nel caso di *elettorato passivo*, precluso, nello spirito dell'art. 48 Cost., all'amministratore o al dirigente di società controllata comunale, pur quando non avente la forma di s.p.a., ma di s.r.l., nonostante la dizione letterale d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, art. 60 [Sez. 1, 29 agosto 2011, n. 17679 (rv. 619633)].

Il superamento del diaframma societario si apprezza specie nelle pronunce in *materia tributaria*, ove esso è, peraltro, evidenziato in misura variabile a seconda delle *rationes* delle normative (pur sempre rimanendo sotteso il principio antielusivo del divieto di abuso del diritto, su cui cfr. l'apposito capitolo, par. 4 in questa *Sezione*): infatti, ed a mo' di esempio, la Corte continua a reputare che l'autonoma soggettività giuridica non assuma rilievo, quanto all'imputazione dei rapporti fiscali ad uno stesso soggetto sostanziale, ravvisando il requisito della *stabile organizzazione* del soggetto non residente, che aveva offerto servizi didattici avvalendosi di una molteplicità di imprese, ma economicamente integrate [Sez. 5, 7 ottobre 2011, n. 20597 (rv. 619296)]. Viceversa, in caso di *utili extrabilancio*, che siano oggetto di imposta sia in capo all'ente che al socio, non si verifica doppia imposizione, proprio in ragione della distinta soggettività [Sez. 5, 27 settembre 2011, n. 19687 (rv. 618991)] ed i *costi di regia* sostenuti dalla capogruppo per le altre società vengono legittimamente imputati *pro quota* in relazione ai ricavi di ciascuna, ove la capogruppo, che invece intenda dedurli per intero, non provi la misura dell'inerenza alla propria attività [Sez. 5, 16 settembre 2011, n. 18930 (rv. 618797)].

Parimenti, quanto al problema della notificazione al soggetto che sia, nel contempo, anche il legale rappresentante di una società, la Corte reputa sufficiente la notificazione dell'atto in *una sola copia*, essendo la piena conoscenza garantita dall'"unicità, sul piano processuale, della persona che

agisce contemporaneamente in proprio e nella veste di legale rappresentante di altro soggetto” [Sez. 1, 13 settembre 2011, n. 18761 (rv. 619656)].

2. Il percorso della Corte verso il nuovo diritto societario.

1. Prosegue, in continuità con quanto rilevato nelle passate rassegne, la propensione della Corte a riflettere sui profili di continuità, o piuttosto di cambiamento, del nuovo assetto delle società di capitali derivante dalla riforma del 2003, nell’espletamento della sua funzione di nomofilachia e secondo un atteggiamento che mira a favorire l’emersione delle relazioni di valore tra le diverse discipline.

Con riguardo al tema delle azioni proprie, l’art. 2357 cod. civ. – nel testo antecedente le riforme che hanno interessato la disposizione (d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, d. lgs. 4 agosto 2008, n. 142 e d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. in legge 9 aprile 2009, n. 33) – è interpretato nel senso che il suo comma terzo, laddove prevedeva il limite della “*decima parte del capitale sociale*”, comprende anche l’aumento deliberato prima dall’assemblea straordinaria della società, pur se successivamente all’ultimo bilancio d’esercizio, mentre sempre all’atto della delibera autorizzativa va giudicata la disponibilità della riserva da sovrapprezzo [Sez. 1, 20 gennaio 2011, n. 1361 (rv. 616233-616237)]. Sebbene il nuovo testo della disposizione ponga il limite del 20% del capitale solo con riguardo alle società “aperte” (con la conseguenza che, in ipotesi, le altre potrebbero essere persino “società senza soci”, in quanto titolari dell’intero proprio capitale sociale, sebbene, si presume, in via esclusivamente transitoria, atteso il perdurante disposto degli artt. 2357-ter e 2484, n. 3, cod. civ.), il principio potrà costituire una guida anche per esse.

Nella medesima pronuncia, con riguardo ai vizi della deliberazione assembleare e parimenti con lo sguardo rivolto alla riforma del 2003, la Corte ha osservato che non può parlarsi di “*inesistenza*” in caso di mancanza del *quorum* deliberativo, in quanto tale categoria è “*contraria alle fondamentali esigenze di certezza e di affidamento che ispirano (ed ispiravano anche nel regime anteriore alla cennata riforma societaria) la disciplina dell’art. 2377 e ss. cod. civ.*”. Ha ribadito, inoltre, che può verificarsi il vizio di *abuso o eccesso di potere*, quando vi sia la prova che il voto determinante del socio di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, oppure risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell’esecuzione del contratto. Sciogliendo un equivoco, si è poi affermato che non è possibile al convenuto opporre, in via di eccezione, l’annullabilità di una deliberazione assembleare di società, ai sensi dell’art. 1442, ultimo comma, cod. civ., in quanto la norma si applica ai contratti e non alle deliberazioni societarie, il cui

annullamento può essere conseguito mediante impugnazione, soggetta a termini di decadenza (Sez. 1, 25 dicembre 2011, n. 25945, in corso di massimazione).

2. In tema di amministratori e sindaci, la Corte ha tracciato i limiti, pur con riguardo a vicenda maturata prima della riforma societaria, della responsabilità da omesso controllo secondo la formula della “*vigilanza sul generale andamento della gestione*”, di cui al previgente art. 2392, secondo comma, cod. civ. [Sez. 1, 27 aprile 2011, n. 9384 (rv. 617144), sulla traccia di Sez. 1, 11 novembre 2010, n. 22911 (rv. 614696), nella medesima vicenda]. In capo ai consiglieri di amministrazione non esecutivi e ai sindaci grava, infatti, il dovere primario di controllare la gestione svolta dai delegati.

Nel caso di specie, la condotta omissiva è stata individuata nel fatto che tali soggetti non operativi, pur non compiendo atti diretti di gestione, avevano però lasciato che la società esercitasse un’attività non autorizzata, pur conoscendo o dovendo conoscere l’illiceità della gestione degli esecutivi. Tutta la decisione si gioca con riguardo all’elemento della colpa, quale esigibile e doverosa conoscenza della condotta altrui (fatto storico) e della sua contrarietà alla legge (qualificazione giuridica): e, se l’attività continuativa non autorizzata era indubbiamente visibile, parimenti eclatante doveva apparirne l’illegittimità per difetto della necessaria autorizzazione amministrativa; né rileva che si trattasse di una materia tecnica, perché la qualifica ricoperta rendeva esigibile la verifica della liceità della condotta altrui, anche mediante interlocuzione con l’Isvap.

Ridisegnati dalla riforma societaria i contorni dei doveri gestori e di informazione – con i nuovi artt. 2381 e 2392, secondo comma, cod. civ. – mentre le Sezioni civili non hanno ancora avuto l’occasione di pronunciarsi, la V Sezione penale ha individuato le posizioni di garanzia (richieste dall’art. 40 cpv. cod. pen.) per gli amministratori nell’art. 2392 cod. civ. e per i sindaci negli artt. 2403-2407 cod. civ., secondo il “*criterio dell’agire informato*”, per il quale tali organi sono responsabili non solo ove debitamente informati, ma anche se omettano dolosamente di attivarsi per richiedere informazioni in presenza di “*segnali di pericolo o sintomi di patologia*” o “*campanelli di allarme*” [cfr. Sez. 5, 10 febbraio 2009, n. 9736, Cacioppo (rv. 243023); Sez. 5, 16 aprile 2009, n. 36595, Bossio (rv. 245138); Sez. 5, 28 aprile 2009, n. 21581, Mare (rv. 243889)]. Occorre dunque che “*l’amministratore non operativo abbia avuto percezione dei sintomi di illecito o che le attività incriminate fossero talmente anomale da non potere sfuggire. Oltre a ciò è necessario che l’amministratore non operativo abbia avuto la concreta possibilità di intervenire per impedire l’evento dannoso*” [Sez. 5, 19 ottobre 2010, n. 41136, Gorgoni (non massimata)].

3. Tali concetti sono stati ripresi nel 2011, quando la S.C. [Sez. 3, 11 gennaio 2011, n. 16422 (rv. 249983)], nel caso dell’inquinamento cagionato dalla centrale termoelettrica di Porto Tolle, ha affermato come “*la responsabilità dell’amministratore residui comunque, indipendentemente dal regime delle deleghe, quando egli si sia sottratto ai propri doveri di controllo e di intervento in*

presenza di 'anormalità' che egli era in grado di apprezzare e di affrontare". Allo stato, le Sezioni civili si sono pronunciate con riguardo alle sanzioni amministrative regolate dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, stabilendo che, allorché la condotta sia fuori dal controllo dell'amministratore della società (come in caso di esposizione per la vendita di confezioni alimentari senza le prescrizioni di legge in uno nei numerosi punti vendita sparsi sul territorio nazionale), questi non può considerarsi responsabile dell'illecito, ai sensi dell'art. 6, comma terzo, della legge citata, *"non essendo ragionevolmente ipotizzabile nella fattispecie in esame ... alcuna omissione, di direttive o di controlli, imputabile al legale rappresentante"* [Sez. 6-II, 25 maggio 2011, n. 11481 (rv. 618110); cfr. pure, in tema di gruppi, più oltre in questo paragrafo].

4. In ordine alla *prova del danno e del nesso causale*, la Corte ha poi ribadito che la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili, tale da comportare l'impossibilità di provare il danno cagionato dagli amministratori, non esonera questi da responsabilità, perché al contrario ciò può comportare addirittura l'inversione dell'onere della prova in ordine all'elemento oggettivo della fattispecie, dal momento che tale condotta è di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale [Sez. 1, 11 marzo 2011, n. 5876 (rv. 617197) e Sez. 1, 4 aprile 2011, n. 7606 (rv. 617663)]. Si è escluso che possa operarsi una "compensazione" fra il pregiudizio cagionato alla società con l'assunzione di un lavoratore dipendente in conflitto di interessi e senza che questi svolgesse di fatto attività lavorativa, e la rinuncia dell'amministratore ad una parte corrispondente del compenso, per non scaturire i due eventi dalla medesima serie causale (Sez. 1, 7 dicembre 2011, n. 26362, in corso di massimazione).

In una vicenda *ante riforma*, ma con riguardo a disciplina per tale profilo non modificata, la Corte ha stabilito che *la rinuncia e la transazione* effettuate senza la preventiva delibera assembleare sono affette da nullità assoluta insanabile, perché la delibera è *"modo formale e inderogabile di espressione della volontà della società di cui non sono ammessi equipollenti"* [Sez. lav., 7 luglio 2011, n. 14963 (rv. 617769)].

5. Continua l'affermazione di altri consolidati principi in tema di azioni di responsabilità del socio o del creditore. Quanto all'azione individuale di cui all'art. 2395 cod. civ., essa può riguardare solo il danno diretto del socio (n. 6558 del 2011, cit., che ne fa applicazione a società personale e S.U. n. 14655 del 2011, cit., in tema di società pubblica); nessuna occasione ha reso ancora necessario al momento risolvere il contrasto, almeno apparente, fra tale disposizione ed il nuovo art. 2497 cod. civ.. Peraltro, al riguardo la Corte ha chiarito che la società risponde civilmente degli illeciti commessi dai suoi organi nell'esercizio delle loro funzioni, secondo la regola derivante dall'immedesimazione organica delle persone fisiche, titolari dell'organo, nell'ente, che fa sì che l'agire delle prime costituisca agire dell'ente stesso, e tale responsabilità si aggiunge a quella degli

amministratori prevista dall'art. 2395 cod. civ. (Sez. 1, 5 dicembre 2011, n. 25946, in corso di massimazione).

Ai fini dell'azione di cui all'art. 2394 cod. civ., la prescrizione decorre dal momento dell'oggettiva conoscibilità della situazione di incapacienza patrimoniale in cui versa la società, e non dalla mera sua esistenza [Sez. 1, 19 settembre 2011, n. 19051 (non massimata)].

6. In tema di controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., la Corte ha ribadito che l'amministratore nominato dal tribunale non è un "ausiliario del giudice", onde è inammissibile il ricorso per cassazione da lui proposto contro il provvedimento di liquidazione del compenso [Sez. 2, 4 aprile 2011, n. 7631 (rv. 617353)]. Ha, inoltre, qualificato come atto di ordinaria amministrazione, proponibile dall'amministratore giudiziario senza alcuna autorizzazione del tribunale *ex art. 92 att. cod. civ.*, l'impugnazione di una sentenza in appello, essendo egli "*investito della gestione della società con conseguente legittimazione a stare in giudizio nella controversie relative a tale gestione*", dal momento che "*l'appello si atteggia come prosecuzione del giudizio per la realizzazione dello stesso interesse perseguito*" con l'atto introduttivo del giudizio [Sez. 2, 5 agosto 2011, n. 17059 (rv. 618937)].

7. Si conferma la funzione prudenziale delle iscrizioni in bilancio, posto che la norma secondo cui i crediti "devono essere valutati secondo il presumibile valore di realizzazione", dettata dal vecchio art. 2425, n. 6 (anteriore alle modifiche introdotte con il d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127) e del tutto analoga al nuovo art. 2426, n. 8 ("devono essere iscritti secondo il valore presumibile di realizzazione"), non attribuisce affatto agli amministratori una discrezionalità assoluta, ma li vincola a principi di razionalità alla stregua della situazione concreta, dovendo quindi escludersi l'iscrizione (integrale) in bilancio dei crediti semplicemente sperati o anche di quelli certi, liquidi ed esigibili, ove di dubbia o difficile esazione [Sez. 5, 21 aprile 2011, n. 9218 (rv. 617611)].

8. Lo spinoso problema della sorte dei diritti e dei crediti sopravvenuti o sopravvissuti alla cancellazione della società dal registro delle imprese è stato sinora solo parzialmente esaminato dalla Corte. Come è noto, il nuovo art. 2495 cod. civ. dispone in modo drastico l'estinzione della società, quale effetto costitutivo della cancellazione. La norma è stata dalla Corte interpretata, negli anni trascorsi, come applicabile anche alle società cancellate prima del 1° gennaio 2004, a decorrere da tale data, ed alle società personali [con le coeve S.U., 22 febbraio 2010, n. 4060 (rv. 612083-612084); n. 4061 (rv. 612085); n. 4062], nonché ai consorzi con attività esterna [Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19347 (rv. 599920)]. La Corte ha, peraltro, posto un argine netto all'applicazione analogica o estensiva della norma, escludendola con riguardo all'imprenditore individuale, che non si distingue dalla persona fisica, così che tale qualità non è subordinata alla realizzazione di

formalità, ma all'effettivo svolgimento dell'attività imprenditoriale [Sez. 1, 4 maggio 2011, n. 9744 (rv. 618015)].

Ed invero, seri problemi sostanziali e processuali si pongono per i casi in cui esistano ancora beni e crediti, o viceversa debiti, precedenti o sopravvenuti alla cancellazione. Si potrebbe peraltro ritenere che la questione sostanziale si ponga soprattutto per la titolarità di diritti e beni, in quanto ai rapporti passivi provvede l'art. 2495 cod. civ., coinvolgendo cioè soci e liquidatori solo ove ne ricorrano i presupposti.

Fra le soluzioni proposte, si reputa da alcuni che i beni cadano automaticamente in comunione ordinaria tra gli ex soci, i quali diventano così contitolari di diritti; mentre dei debiti rispondono soci e liquidatori, nei limiti del distribuito per i soci e della colpa per i liquidatori *ex art.* 2495 cod. civ.; di conseguenza, il venir meno, in capo alla società estinta, della capacità processuale comporta la perdita dei poteri di rappresentanza del liquidatore, spettando la capacità processuale, attiva e passiva, solo agli ex soci fin dal momento della cancellazione e nei limiti predetti. Tale opinione è fatta propria dalla Corte in un'ordinanza [Sez. 5, 3 novembre 2011, n. 22863 (rv. 619700)], la quale ha disposto la cassazione senza rinvio, a norma dell'art. 382, terzo comma, cod. proc. civ., della sentenza impugnata dal liquidatore di una società di capitali, cancellata dal registro delle imprese ed ormai estinta, con riguardo a cartella di pagamento emessa nei confronti della società già cancellata, in quanto la domanda non poteva essere proposta.

La Corte, tuttavia, non ha ancora avuto occasione di farsi carico delle obiezioni al riguardo avanzate, quanto alle modalità del trasferimento dell'imputazione dei beni dalla società alla comunione, dal momento che le possibili prospettazioni (successione universale ereditaria, successione a titolo particolare in forza del bilancio finale di liquidazione, trasformazione eterogenea da società a comunione) sembrano tutte richiedere una qualche forzatura (anche per il principio, nel caso di beni immobili, della continuità delle trascrizioni; ulteriori incertezze riguardano la misura della partecipazione di ciascun *ex socio* alla comunione, se proporzionale al conferimento o alla quota percentuale del residuo attivo del bilancio finale di liquidazione).

Non può, infine, sottacersi come, allo scopo di superare tali alquanto complesse questioni, sia stato proposto il ricorso alla cancellazione d'ufficio *ex art.* 2191 cod. civ. [v. spunti in Sez. unite, 9 aprile 2010, n. 8426 (rv. 612504) e nella gemella n. 8427; Sez. 1, 16 luglio 2010, n. 16758 (rv. 614466)]: soluzione che va, a sua volta, attentamente soppesata, quanto a casi e situazioni, pena l'abrogazione di fatto della innovazione dell'art. 2495 cod. civ.

9. Attenzione al concreto assetto degli interessi si ravvisa in tema di gruppi. Si è puntualizzato come l'*influenza notevole*, di cui all'art. 2359, terzo comma, cod. civ., quale regola generale valida per tutte le società di capitali, si riscontra anche al di fuori del possesso di una quota di voti in

assemblea, in tutti i casi in cui sussista una ristretta base familiare, da cui discende la più agevole conoscibilità degli affari ed il controllo reciproco, nonché quel particolare “vincolo di complicità che, quanto meno secondo l’id quod plerumque accidit, connota i rapporti dei parenti di primo e di secondo grado, facendone derivare intese dirette a realizzare finalità comuni, attraverso una convergente politica societaria e mediante l’utilizzazione delle risorse patrimoniali di ciascuna delle società” [Sez. 1, 1° aprile 2011, n. 7554 (rv. 617707); in tema di gruppi, cfr. altresì il par. 1].

Giova ricordare che per la S.C. anche la società capogruppo può essere chiamata a rispondere del reato degli enti, ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con riguardo ad illecito commesso da soggetto inserito nell’organizzazione imprenditoriale di una sua controllata: purché il reato sia commesso, almeno a titolo di concorso, da una persona fisica che abbia un rapporto funzionale ed agisca per conto della holding, perseguendo anche l’interesse di quest’ultima. Interesse e vantaggio devono essere “verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale, derivante dalla commissione del reato presupposto” [così Cass. pen., Sez. 5, 18 gennaio 2011, n. 24583 (rv. 249820)].

Il criterio dell’interesse o del vantaggio per l’ente sono quindi il discrimine dell’imputazione di responsabilità. Ciò è coerente con il rilievo civilistico, al di là della possibile unità economica del fenomeno, dell’interesse delle singole società del gruppo, che traspare dall’art. 2497 cod. civ. (in particolare dal 1° comma, ultima parte, secondo la teoria dei cd. vantaggi compensativi).

10. Circa gli effetti della fusione, la Corte ha ribadito che essa, ove realizzata prima dell’entrata in vigore del novellato art. 2504-bis cod. civ., determina l’estinzione della società incorporata, non avendo la nuova disciplina introdotta dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 carattere interpretativo ed efficacia retroattiva [Sez. 3, 7 gennaio 2011, n. 266 (rv. 615512); Sez. 2, 25 febbraio 2011, 4740 (rv. 617701); Sez. lav., 13 maggio 2011, n. 10614 (rv. 617401); Sez. 2, 11 luglio 2011, n. 15180, (rv. 619152): tutte sulla scia di S.U. 14 settembre 2010, n. 19509 (rv. 614374)].

Laddove, invece, la fusione sia retta dalle nuove norme, essa per la Corte si risolve in una vicenda meramente “evolutive-modificativa” dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità pur nel nuovo assetto organizzativo [Sez. lav., 13 maggio 2011, n. 10614 (rv. 617401), in un obiter, sulla scorta di Sez. un., 17 settembre 2010, n. 19698 (rv. 614542) e della citata n. 19509 del 2010].

Ed il disposto del nuovo art. 2504-bis cod. civ. è coerente con quanto già aveva disposto, in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti, il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, secondo cui l’ente risultante o incorporante “risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione” (art. 29) e la reiterazione nel reato si valuta, per l’ente post fusione, tenuto conto anche di condanne pronunciate nei confronti della società ante fusione (art. 32), alla stregua di

una logica propria di ogni operazione straordinaria, ove sussiste la regola della continuità soggettiva e della permanenza della sanzione pecuniaria o interdittiva comminata.

11. Quanto ai profili processuali societari se, da un lato, si conferma la giurisprudenza della Corte su questioni processuali afferenti le società, non manca la presa di posizione su questioni nuove circa le norme non abrogate del d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5. Oltre quanto sopra ricordato in tema di *poteri di rappresentanza processuale* del direttore generale, si è affermato che, ove la società si costituisca in giudizio a mezzo di consigliere delegato, occorre la chiara allegazione del potere del medesimo di rappresentare la società, dal momento che tale potere sussiste solo in presenza di una specifica attribuzione (Sez. 2, 25 ottobre 2011, n. 22101, rv. 619431).

Viene ribadito il principio, secondo cui non è ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., il decreto di corte d'appello che dichiara inammissibile il reclamo avverso il decreto con cui il tribunale abbia *nominato il liquidatore di società personale*, ai sensi dell'art. 2275 cod. civ., neppure qualora si discuta di mero profilo processuale, perché si tratta di provvedimento di volontaria giurisdizione che non assume carattere decisorio, neppure ove fra le parti vi sia contrasto sulla causa di scioglimento [Sez. 6-I, 7 luglio 2011, n. 15070 (rv. 618602), fra le *certalex*].

In forza dell'art. 34 del d. lgs. n. 5 del 2003, lasciato in vita dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, che per il resto ha abrogato il cd. rito societario ordinario e camerale, le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio possono pattuire negli statuti *clausole compromissorie*, che (a) riguardino “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” e (b) purché sia attribuito il potere di nomina di tutti gli arbitri a “soggetto estraneo” alla società.

Sotto il primo profilo, la norma utilizza il criterio della natura disponibile delle questioni coinvolte, dovendosi però rilevare che in ambito societario – al pari che in ogni altro contesto associativo – qualsiasi decisione si riflette (se non anche all'esterno, perlomeno) sull'ente nel suo complesso, onde la nozione di *diritti disponibili* ha un significato in parte diverso da quello tipico dei rapporti privati non commerciali, dove è più agevole circoscrivere la nozione al singolo contraente. Ma situazione soggettiva superindividuale coinvolta non significa, necessariamente, indisponibilità del diritto: questioni attinenti a diritti indisponibili essendo soltanto quelle che riguardano interessi più generali, identificabili in quanto si operi una violazione di norme inderogabili: occorre cioè accertare che il legislatore abbia inteso tutelare interessi superindividuali a tal punto da escludere ogni disponibilità del diritto in capo alle parti, intesa come alienabilità o rinuncia ad esso.

Così, in materia di revoca della facoltà di amministrare nelle società personali ai sensi dell'art. 2259 cod. civ., le tesi estreme reputano per definizione non arbitrabili (in quanto attinenti alla gestione) o all'opposto sempre arbitrabili (perché si tratta di società personali ove non sarebbero coinvolti interessi superindividuali) le relative controversie. L'opzione intermedia mira, invece, a

distinguere, anche nelle società di persone, a seconda degli inadempimenti contestati all'amministratore: laddove si censuri la violazione di norme dettate nell'interesse superindividuale, assunta come fatto integrante la giusta causa per la revoca dell'amministratore, allora sarà sottratto all'autonomia delle parti l'oggetto della lite, come nel caso della violazione delle norme che regolano la redazione del bilancio e il controllo dei soci sulla gestione sociale.

Proprio questa è l'opzione preferita dalla Cassazione: con la sentenza della Sez. 1, 12 settembre 2011, n. 18600 (rv. 619612), ribadendo il proprio convincimento, essa evidenzia come *“l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte”*: come per le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio ed il controllo dei soci, onde nemmeno è compromettibile l'azione di revoca per giusta causa dell'amministratore di società personale, ai sensi dell'art. 2259 cod. civ., allorché l'istante di quelle norme deduca la violazione.

Sul secondo profilo posto dall'art. 34 del d. lgs. n. 5 del 2003, la Corte ha avuto nuovamente occasione di pronunciarsi [Sez. 3, 20 luglio 2011, n. 15892 (rv. 619415), sulla scia di Sez. 3, 9 dicembre 2010, n. 24867 (rv. 615146)], affermando che può esistere un'unica figura di clausola compromissoria negli statuti societari, senza nessuna possibilità di ricorso all'arbitrato comune, respingendo la tesi del cd. doppio binario.

In ordine a singole controversie, l'oggetto della clausola compromissoria afferente quelle *“connesse più in generale all'esercizio dell'attività sociale”* si estende anche all'azione risarcitoria per i danni derivanti dalla condotta anche anteriore del socio, che abbia violato gli obblighi assunti con i patti parasociali [Sez. 1, 10 ottobre 2011, n. 20741, rv. 619768].

STATO E MERCATO (a cura di Antonio Pietro Lamorgese)

SOMMARIO: 1. Il rapporto fra Stato e mercato nell'ordinamento. 2. L'organismo di diritto pubblico. 3. Le società a partecipazione pubblica.

1. Il rapporto fra Stato e mercato nell'ordinamento.

1. Il rapporto tra lo Stato e il mercato in Italia è sempre stato stretto: non solo per il profilo regolatorio generale degli strumenti organizzativi incidenti sul secondo, ma anche in ragione del diretto coinvolgimento del primo, come attore, nelle concrete dinamiche operative del mercato. Si è autorevolmente fornita, di recente, anche una spiegazione storica dell'alto tasso di dipendenza dell'economia dallo Stato, avendo questi svolto un ruolo di guida e creatore delle condizioni del suo sviluppo nel modo di formazione della nazione, per essersi i primi governi unitari preoccupati poco dello *State building* ovvero della creazione di un apparato di regole e organi amministrativi e più della creazione di un mercato ovvero di uno spazio comune dove consentire lo sviluppo di interessi economici e produttivi, al fine di cancellare le difformità territoriali che impedivano la circolazione economica (di beni, servizi, persone).

2. Un ruolo importante, nel modo con cui questo rapporto si atteggia in concreto, è svolto dalla giurisprudenza e, in particolare, anche nell'anno in corso si segnalano alcune decisioni della Corte di cassazione che offrono una prospettiva visuale di particolare interesse in settori particolarmente esposti al diritto comunitario: si parlerà degli organismi di diritto pubblico e delle società a partecipazione pubblica.

2. L'organismo di diritto pubblico.

1. A norma dell'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), si rinviene che «L'“*organismo di diritto pubblico*” è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». La nozione di organismo di diritto pubblico, si ricorda, è più ristretta di quella di

impresa pubblica quale prevista dalla disciplina dei cd. settori speciali, che comprende qualsiasi impresa soggetta ad «*influenza dominante*» da parte di un ente pubblico, a prescindere dai fini o dalla natura delle attività svolte).

2. In giurisprudenza è pacifico che le tre sopra indicate condizioni richieste per la configurazione di un organismo di diritto pubblico debbano ricorrere cumulativamente: tra le tante: Corte giust. 15 maggio 2003, C-214/00, p. 21 e 38; 10 maggio 2001, C-223 e 260/99; oltre che Cass., sez. un., 15 maggio 2006, n. 11088 (rv. 589869); Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2764. Parimenti la nozione di bisogno non industriale o commerciale, rientrando nel diritto comunitario, non potrebbe essere modificata discrezionalmente dal legislatore nazionale [Corte giust. 27 febbraio 2003, C-373/2000, p.40]. Più complessa è la loro concreta individuazione.

Le esigenze di interesse generale costituiscono invero una categoria ampia, all'interno della quale si devono individuare quelle aventi carattere non industriale o commerciale: se un ente, che pure persegua il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, operi in un mercato concorrenziale, secondo la prima giurisprudenza comunitaria, ciò «*può costituire indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale*» (ad es., al fine di superare questo indizio negativo, Corte giust. 10 novembre 1998, p. 48-49, C-360/1996, richiede che lo Stato mantenga un'influenza determinante e che sussista la possibilità che l'organismo si lasci «*guidare da considerazioni non economiche*»). Successivamente, però, la Corte CE ha precisato che «*l'esistenza di una concorrenza articolata consente, di per sé, di concludere per la mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale*» [Corte giust. 27 febbraio 2003, C-373/2000 cit.; secondo Corte giust. 22 maggio 2003, C-18/01, p. 51, «*se l'organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale*»)]. Inoltre, allorché un ente persegua il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, senza scopo di lucro, ma in un ambito concorrenziale effettivo e secondo criteri di economicità, sì da sopportare direttamente il rischio economico della propria attività, non potrebbe più essere considerato alla stregua di organismo di diritto pubblico [così Corte giust. 10 maggio 2001, C-223/1999-260/1999, p. 40; v. anche Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97 (rv. 535291), sull'Ente Fiera di Milano)].

3. In questo filone giurisprudenziale si colloca un importante arresto della Corte [sez. un., sentenza del 7 aprile 2010, n. 8225 (rv. 612507)], la quale ha chiarito che un ente, sebbene istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, non sia configurabile come organismo di diritto pubblico quando svolga la sua attività nel mercato concorrenziale e secondo criteri di economicità, essendo i relativi rischi finanziari direttamente a suo carico. Pertanto, la Corte ha cassato la sentenza

del Consiglio di Stato che aveva affermato la propria giurisdizione, anziché quella del giudice ordinario, in una controversia avente ad oggetto l'impugnazione della esclusione da una gara indetta da una società consortile per azioni per l'affidamento dei lavori di realizzazione di infrastrutture varie, sull'erroneo presupposto che la medesima società, la cui attività statutaria aveva ad oggetto la costruzione e gestione di mercati agro-alimentari, fosse tenuta in quanto organismo siffatto a seguire il procedimento di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti.

Per altro verso, un ente deve essere qualificato come rivestente la qualità di organismo in commento quando, pur perseguendo uno scopo di lucro, operi in un contesto monopolistico ovvero nell'ambito di una propria missione di servizio universale ovvero quando «*appaia poco probabile che debba sopportare... i rischi economici collegati alla sua attività*» [Corte giust. 16 ottobre 2003, C-283/00, p. 91, con riguardo ad una società spagnola in mano pubblica che aveva il compito esclusivo di costruire e gestire stabilimenti carcerari]. Sono generalmente qualificate come organismi di diritto pubblico anche le imprese titolari di monopoli legali, le imprese incaricate di svolgere funzioni di servizio universale e quelle aventi come oggetto esclusivo della propria attività la produzione di servizi *in house* per l'ente controllante [v., ad esempio, Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10068 (rv. 617006), con riguardo a una società a capitale interamente posseduto da enti pubblici, che operava in ambiente non concorrenziale, trattandosi del solo soggetto preposto ai servizi di pulizia, manutenzione, custodia e gestione degli immobili del comune].

4. Inoltre, perché un ente assuma la qualificazione qui trattata, non occorre che esso sia incaricato di soddisfare unicamente o prevalentemente bisogni generali aventi carattere non industriale o commerciale, potendo invero esercitare anche altre attività (di carattere industriale o commerciale), né rilevando l'importanza rivestita, nell'attività dell'organismo, dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale [Corte giust. 15 gennaio 1998, C-44/96, p. 25-26)].

E' discusso poi se l'ente, una volta qualificato come organismo di diritto pubblico, debba altresì essere assoggettato al regime dell'evidenza pubblica per l'affidamento degli appalti relativi a tutte ovvero all'insieme delle attività (promiscue) da esso svolte, comprese quelle industriali o commerciali in regime di libero mercato, ovvero solo alle attività volte a soddisfare bisogni generali di carattere non industriale o commerciale. Nel primo senso si è espressa la giurisprudenza amministrativa [Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2279 e n. 2280; sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3892]. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che, qualora l'ente soddisfi esigenze di interesse generale in regime non concorrenziale, non rilevi che esso svolga anche attività commerciali o industriali aventi «*carattere strumentale*» [così Cass., sez. un., 26 ottobre 2009, n. 22584 (rv. 610081)]. Parimenti il servizio di «*car valeting*» affidato da una società concessionaria di servizi aeroportuali

risponderebbe ad un interesse generale della collettività, attenendo alla mobilità dei passeggeri, dal quale «non è scorporabile quello accessorio di custodia dei veicoli nell'area antistante l'aerostazione» [Cass., sez. un., 4 novembre 2009, n. 23322 (rv. 610246)].

5. Il predetto principio, in realtà, era stato messo in discussione da una motivata sentenza delle Sezioni Unite [del 4 maggio 2006, n. 10218 (rv. 590203)], la quale incidentalmente aveva ritenuto che una società svolgente attività mista potesse essere soggetta solo parzialmente alle regole dell'evidenza pubblica, limitatamente allo svolgimento dei compiti accessori e strumentali a quelli di vero e proprio servizio pubblico (ad es., per la manutenzione e la pulizia degli spazi relativi a strutture o impianti inerenti alla circolazione dei treni e alla manutenzione delle infrastrutture ferroviarie, e non per i servizi di pulizia dei soli spazi commerciali). Sulla stessa linea la Rai Radiotelevisione italiana è stata considerata organismo di diritto pubblico «tenuto ad osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica, nonché le rispettive norme interne attuative, per la scelta dei propri contraenti in tutti gli appalti di valore eccedente le soglie indicate per i servizi di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 158 del 1995», ma «ad eccezione delle procedure per l'aggiudicazione di appalti che siano relativi specificamente a servizi di radiodiffusione e televisione - settore "escluso" dalla Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992» [Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10443 (rv. 602979)]; nel senso che la Rai, nonostante la veste di società per azioni, peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici, ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali particolari, v. altresì Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092 (rv. 610699)].

A questo riguardo, secondo autorevole dottrina, in effetti, non avrebbe fondamento razionale il ritenere che una qualsiasi presenza di singole «attività fuori mercato» valga a conferire natura di organismo di diritto pubblico ad un intero ente: essa propone quindi di intendere l'indicazione della giurisprudenza comunitaria nel senso che non occorra la prevalenza dell'attività fuori mercato, perché il soggetto perda la sua qualità di organismo di diritto pubblico, in quanto, se la presenza di queste attività, nel complesso di quelle svolte dall'ente, è comunque significativa, tale presenza può condizionare l'intera logica di comportamento dell'organismo di cui si tratta. Non per questo, perciò, può darsi valore decisivo e preminente a qualsiasi presenza, anche marginale, di attività fuori mercato, nel complesso di un'attività avente caratteristiche prettamente imprenditoriali.

6. Si è anche osservato che se l'ente adotti un regime di separazione contabile, l'uniformità di disciplina appare ingiustificata e l'applicazione in particolare di quella dell'evidenza pubblica dev'essere limitata a quei contratti che riguardino esclusivamente l'attività fuori mercato; sicché, nel caso di imprese (anche di gruppo) svolgenti attività miste, si dovrebbe affermare la soggezione solo parziale al regime dell'evidenza pubblica, cioè limitatamente alle attività svolte fuori mercato, se e in

quanto queste attività siano soggette a regime di separazione contabile (in questa prospettiva si è ritenuta la configurabilità di un organismo di diritto pubblico *in parte qua*).

Del resto, è significativo che l'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 (coerentemente con l'art. 86, par. 2 del Trattato UE) esoneri dall'applicazione della normativa antitrust le attività svolte dalle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale limitatamente a *«tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati»*.

In particolare, si è sottoposto a serrata critica quello che viene considerato come un preconcetto o un equivoco, cioè che l'applicazione la più ampia possibile della disciplina dell'evidenza pubblica assicuri il massimo della concorrenza fra le imprese operanti nei mercati di riferimento, giungendosi alla conclusione che il regime dell'evidenza pubblica si può giustificare solo per gli organismi collocati fuori mercato, sì che i titolari di potere decisionale non corrano rischi effettivi, in relazione ai risultati della gestione, e pertanto possano essere facilmente indotti ad abusare del loro potere decisionale. L'applicazione delle norme di evidenza pubblica a società operanti su mercati concorrenziali, sol perché appartenenti a gruppi comprendenti anche imprese svolgenti compiti di servizio pubblico, è considerato invece irrazionale.

7. Con riguardo alla terza condizione richiesta (dall'art. 3, comma 26, del codice dei contratti pubblici) per la configurazione di un organismo di diritto pubblico, si ritiene che l'influenza dominante dell'apparato pubblico operi sotto i tre alternativi profili del finanziamento, controllo e organizzazione: nel senso dell'alternatività dei suddetti tre profili, cfr. già Cass., sez. un., 15 maggio 2006, n. 11088 (rv. 589869); il concetto di finanziamento *«maggioritario» «deve essere inteso secondo la sua accezione comune, che è quantitativa e fa riferimento al superamento della metà dei finanziamenti totali»* [per Corte giust. 3 ottobre 2000 n. 380/98]; *«allorché l'organismo di diritto pubblico abbia la veste di società per azioni, la nozione di controllo deve essere ricavata dall'art. 2359 c.c.»* [per Cass., sez. un., 12 aprile 2005, n. 9940 (rv. 580688)]; *«il controllo che secondo il diritto comunitario consente di individuare una dominanza pubblica sull'organismo che ne è soggetto non consiste esclusivamente in un controllo di tipo amministrativo esercitabile dagli enti pubblici sull'organizzazione e sulla gestione dell'attività di una società, ma anche in quello conseguente all'acquisizione del pacchetto di maggioranza della società stessa o, comunque, della quota di capitale sociale idonea in concreto ad assicurarne il controllo»* [Cons. St., sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748]; *«un mero controllo a posteriori non soddisfa il controllo della gestione, mentre soddisfa detto criterio una situazione in cui, da un lato i pubblici poteri verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche l'esattezza, la regolarità, l'economicità, la redditività e la razionalità dell'amministrazione (cfr. Corte giust. 27 febbraio 2003, C-373/2000)»* [così Cons. St., sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182].

8. In questo articolato contesto giurisprudenziale si inserisce la recente sentenza delle Sezioni Unite [del 7 luglio 2011, n. 14958 (rv. 618413)], la quale è stata chiamata a stabilire la natura giuridica della «*Fondazione Carnevale di Viareggio*», ai fini della eventuale soggezione all'obbligo di evidenza pubblica nella scelta del contraente appaltatore tenuto a realizzare «*mascherate di gruppo per il Carnevale di Viareggio*». La sentenza ha confermato l'assunto del Consiglio di Stato che aveva ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, attesa «*la finalizzazione della Fondazione al soddisfacimento di esigenze di carattere generale, nella specie quella di apprestare uno strumento efficiente per il perseguimento della realizzazione del carnevale e quindi di un obiettivo a marcata rilevanza socio culturale per la popolazione viareggina*».

La Suprema Corte, nell'escludere la rilevanza della eccepita esiguità del finanziamento pubblico versato dall'Amministrazione comunale, alla quale spettava comunque la nomina totalitaria dei membri dell'organo di gestione della Fondazione, ha di quest'ultima notevolmente valorizzato il requisito della soddisfazione di «*esigenze di interesse generale*», in particolare esaltando «*la generalità dell'interesse promosso dalla Fondazione (tutta la comunità essendo interessata all'evento in termini identitari e di ricadute economiche)*» e «*la finalità di rafforzare, con la attesa sfilata di fantasiose carovane, l'immagine tradizionale che si percepisce in ordine alle attrattive della comunità viareggina e di ottenere, per la comunità stessa, consistenti ricadute turistiche immediate ed indotte*». Poiché però la rilevanza generale o pubblica dell'interesse perseguito non è requisito da solo sufficiente, richiedendosi anche che tale interesse non abbia carattere «*industriale o commerciale*», la Corte ha giudicato assente «*un ambiente concorrenziale al quale correlare il carattere commerciale della iniziativa*» e, al fine di distinguere la fattispecie da quella relativa all'Ente Fiera di Milano [sulla quale v. la già citata Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97], ha ritenuto che la Fondazione in esame non mirasse «*a convogliare operatori commerciali sottraendoli a consimili appuntamenti esibitori di livello mondiale*», ma perseguisse una finalità «*dalla quale esula in radice alcuna logica di concorrenzialità e della quale per vero mancano anche, realisticamente, i termini del confronto, stante la stretta correlazione delle proposte ludiche dei soggetti esibitori con le peculiarità del contesto di ogni evento locale carnascialesco*».

In tal modo, la finalizzazione pubblica ovvero la rilevanza generale dell'interesse perseguito assumono carattere di per sé assorbente, derivandone, in astratto, la stessa possibilità che alla realizzazione di quel medesimo interesse possano «concorrere» altri soggetti pubblici o privati. Per altro verso, il collegamento tra le «*proposte ludiche dei soggetti esibitori*» e «*le peculiarità del contesto di ogni evento locale carnascialesco*» è svolto, in via argomentativa, per dimostrare l'assenza di concorrenzialità con riferimento, questa volta, a coloro che, essendo destinatari

dell'invito della Fondazione a proporre «*mascherate di gruppo*» per il carnevale, sono chiamati a rendere una prestazione giudicata sostanzialmente infungibile (e pertanto priva, in tesi, di connotazioni di concorrenzialità).

Da entrambi i profili considerati emerge una prospettiva fondata su un approccio che privilegia il profilo pubblicistico della fattispecie, nel quale l'interesse pubblico funge, in definitiva, da implicito parametro di riferimento, in una logica argomentativa di tipo sostanzialmente circolare.

A questo riguardo, è ancora attuale il pensiero di autorevole dottrina la quale ammoniva che chi si proponga di stabilire che cosa intendano il legislatore, il funzionario, il giudice, o qualunque altro operatore del diritto (e, probabilmente, anche qualunque cittadino) quando parlano di interesse pubblico, deve partire dall'osservazione che questa espressione, usata al singolare, non corrisponde ad una realtà direttamente ed univocamente definibile: quelli che si incontrano nella vita reale, cioè, sono i molteplici e diversi interessi pubblici, mentre l'interesse pubblico al singolare è soltanto una *locutio brevis* per indicare l'insieme degli interessi pubblici oppure quello fra essi che può o deve essere curato nella specie.

3. Le società a partecipazione pubblica.

1. Com'è noto, negli anni novanta dello scorso secolo, ha fatto irruzione il variegato fenomeno delle privatizzazioni, con la trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali e la creazione di (o la partecipazione dello Stato e degli altri enti pubblici in) società di diritto privato. In ciò, si è visto il progressivo disimpegno dello Stato dall'attività imprenditoriale diretta (cosiddetto Stato-imprenditore) ed il passaggio ad un ruolo di regolatore e di arbitro del mercato. In questo processo un ruolo importante è stato svolto dal diritto comunitario che, al fine di introdurre trasparenza e concorrenzialità nei mercati, ha imposto l'applicazione di regole procedurali trasparenti per l'affidamento degli appalti da parte di soggetti che, pur essendo "*privati*" (quanto a personalità giuridica), sono stati, non sempre senza forzature, attratti nella sfera del "*pubblico*" e definiti come Amministrazioni aggiudicatrici.

2. Secondo un orientamento delle Sezioni Unite, ai fini della configurabilità della responsabilità per danno erariale (inteso come danno alla finanza pubblica o alle risorse pubbliche) e della conseguente giurisdizione della Corte dei conti, sarebbe sufficiente, in sostanza, l'utilizzo di risorse pubbliche per la cura di interessi pubblici, a prescindere dagli strumenti utilizzati e dalla forma, pubblicistica o privatistica, delle figure soggettive coinvolte. In questa prospettiva si è ritenuto che vada decisa dalla Corte dei conti la controversia avente ad oggetto l'azione di responsabilità per danno erariale promossa dalla procura regionale competente nei confronti degli amministratori e dei

componenti del collegio sindacale di società costituita con capitale interamente pubblico, al fine di perseguire finalità proprie di tali enti per i danni arrecati alla medesima società per effetto del pagamento di compensi non dovuti [Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063 (rv. 617762)].

Prevalente è però l'orientamento, che si collega a Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, (rv. 610656), secondo il quale *«nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla “mala gestio” dei suoi organi sociali non integra il danno erariale in quanto si risolve in un “vulnus” gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società stessa, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci; l'azione di responsabilità per danno erariale, può, invece, configurarsi nei confronti di chi, essendone incaricato, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi. (Nella specie, è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla responsabilità dell'amministratore delegato di una società partecipata interamente da una regione per la stipula di un contratto di consulenza con il proprio predecessore)»* [Cass., sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941 (rv. 618979); v. anche sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20940 (rv. 619039); sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655 (rv. 618242)].

Ai fini dell'estensione dell'area della responsabilità erariale e della connessa giurisdizione contabile, è stato in passato attribuito notevole rilievo alla sentenza della Corte costituzionale 17 dicembre 1993, n. 466, la quale, mostrandosi favorevole all'adozione di una nozione sostanziale di impresa o di società pubblica (ma solo fino al completamento del processo di privatizzazione), si limitò invero soltanto ad escludere che, a seguito della trasformazione in s.p.a. degli enti pubblici economici, fosse venuto meno il controllo sulla «gestione finanziaria» affidato alla Corte dei conti dall'art. 100, co. 2, Cost.

3. Il quadro è oggi sensibilmente mutato, anche per l'influenza del diritto comunitario. Così ad esempio la Corte ha recentemente stabilito che gli ordini ed i collegi professionali non sono sottoposti al controllo di gestione della Corte dei conti: infatti, *«Gli ordini e i collegi professionali nazionali (nella specie, dei farmacisti), pur essendo enti pubblici non economici (i quali sono, a loro volta, annoverati tra le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 29 del 1993, trasfuso nel d. lgs. n. 165 del 2001), non sono soggetti al controllo di gestione della Corte dei conti, non essendovi coincidenza né possibilità di sovrapposizione tra la nozione di P.A. contenuta, a fini organizzativi, nel decreto n. 29 del 1993, e quella sul controllo di gestione della Corte dei conti, di cui all'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994, né rilevando l'esistenza di un interesse pubblico al corretto espletamento dei compiti istituzionali da parte degli ordini professionali»* [Cass., sez. 1, 14 ottobre 2011 n. 21226 (rv. 619732)].

4. La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia e al Comune non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società.

Detto tradizionale principio è oggi più che mai valido, pur dopo che il giudice amministrativo è stato abilitato a giudicare, in sede di giurisdizione esclusiva, sulla caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione con procedura di evidenza pubblica. Infatti, le Sezioni Unite hanno escluso la configurabilità della giurisdizione amministrativa sulla caducazione degli atti consequenziali alla scelta illegittima del socio di società partecipata, atteso che tutti gli atti societari a valle restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito, essendo riservata al giudice ordinario la valutazione delle conseguenze provocate sul contratto sociale dall'annullamento dell'atto amministrativo prodromico (Cass., sez. un., 6 dicembre 2011, n. 29107; sez. un., 7 dicembre 2011, n. 30167).

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA MATERIA TRIBUTARIA

(a cura di Antonio Scarpa e Luigi Cuomo)

SOMMARIO: 1. Il fondamento normativo dell'abuso del diritto. 2. L'applicazione nel diritto tributario. 3. I principi della libertà d'impresa ed il risparmio d'imposta. 4. Il risparmio fiscale e le agevolazioni tributarie. 5. La riduzione del carico fiscale e la scelta degli schemi negoziali.

1. Il fondamento normativo dell'abuso del diritto.

1. Fino ad epoca recente, ogni elaborazione della nozione di abuso del diritto - inteso come argine estremo imposto dal dovere di solidarietà all'esercizio egoistico ed esclusivo del diritto soggettivo - scontava inevitabilmente l'approssimazione derivante dal difetto di un espresso riferimento ordinamentale, che consentisse di sanzionare un'alterata utilizzazione dello schema formale delle situazioni giuridiche esclusive.

Opportunamente depurato da qualsiasi contaminazione di natura etico-morale, e però pure abbandonata la scelta che era stata fatta in sede di progetto preliminare del Codice Civile del 1942 (allorquando si era previsto un apposito generico divieto di esercizio del diritto in modo contrastante con lo scopo della sua attribuzione), nel nostro sistema il concetto di abuso del diritto era stato negli ultimi anni faticosamente ricostruito dalla giurisprudenza, ponendone le fondamenta innanzitutto sulle disposizioni codicistiche che regolano l'esercizio del diritto di proprietà (art. 833 cod. civ.), come su quelle che dettano i canoni di condotta imperanti per le parti del rapporto obbligatorio (artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 cod. civ.) e, ancor più stabilmente, sui precetti costituzionali di solidarietà, utilità sociale dell'iniziativa economica privata e funzione sociale della proprietà (artt. 2, 41, 42 Cost.) [Cass., sez. 3, sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106 (rv. 610222 e rv. 610223)].

2. Il difetto di un sicuro ancoramento legislativo non aveva dunque impedito alla Suprema Corte la delineazione di una rassicurante cornice di tutela per alcune fattispecie socialmente tipiche di abuso del diritto: così, ad esempio, in materia di recesso arbitrario della banca dall'apertura di credito [Cass., sez. 1, sentenza 13 aprile 2006, n. 8711 (rv. 590992)], sindacato sul potere di voto e sulla volontà della maggioranza in relazione alle deliberazioni assembleari [Cass. sez. 1, sentenza 12 dicembre 2005, n. 27387 (rv. 585532)], disvelamento dello schermo della personalità giuridica [Cass., sez. 5, sentenza 10 giugno 2009, n. 13338 (rv. 608363)], contratti di impresa preordinati alla elusione del divieto del patto commissorio [Cass., sez. 3, sentenza 21 gennaio 2005, n. 1273 (rv. 580238)], fraudolenta escussione delle garanzie autonome [Cass., sez. 1, sentenza 1° ottobre 1999, n. 10864 (rv. 530387)], abuso di congedo parentale [Cass., sez. lav., 16 giugno 2008, n. 16207 (rv.

603875)] e, infine, di domanda di risoluzione per inadempimento sperimentata dal creditore che potesse, però, compensare il proprio credito con un debito derivante da altro rapporto obbligatorio, e perciò disponendo di altre vie per tutelare i propri interessi [Cass. Sez. 3, sentenza 31 maggio 2010, n. 13208 (rv. 613381)].

Ancor più di recente, tuttavia, la figura in esame ha ricevuto un'inequivoca consacrazione normativa nell'ambito dell'*hard law* comunitario, mediante disposizione, cioè, dotata di efficacia vincolante nei confronti di tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Ci si riferisce all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, recepita dal Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, fonte, in quanto tale, di diritto comunitario primario: tale norma fa divieto di interpretare qualsiasi regola nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti e delle libertà, o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste. L'applicazione della nuova clausola comunitaria è certamente affidata, in prima istanza, al giudice interno, cui è assegnato il compito di verificare l'eventuale sviamento, ovvero l'alterazione del fattore causale del diritto, nonché l'*animus nocendi* dell'agente. In tale ottica, e sempre più, l'atto di autonomia privata ottiene tutela giuridica soltanto ove persegua una funzione economico-sociale di cooperazione avvertita come utile dai consociati, e non dunque frutto unicamente di aspirazioni individualistiche o di scelte arbitrarie.

3. Su queste mutate premesse, merita allora di essere riesaminato altresì l'uso del principio dell'abuso del diritto quale frequentemente fatto nella giurisprudenza in materia tributaria, radicato peraltro sull'art. 37-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ma spinto fino all'estrema conseguenza di tradursi in un generale principio antielusivo, tale da precludere al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante ricorso anomalo a strumenti giuridici idonei a beneficiare di un'agevolazione o di un risparmio di imposta, pur se formalmente non contrastante con alcuna specifica disposizione di legge.

2. L'applicazione nel diritto tributario.

1. Il principio generale del divieto dell'abuso di diritto trova fondamento nei principi costituzionali di capacità contributiva e di uguaglianza, nonché nella tendenza all'oggettivazione del diritto commerciale ed all'attribuzione di rilevanza giuridica dell'impresa, indipendentemente dalla forma organizzativa assunta dal suo titolare [Cass., sez. 5, sentenza 5 maggio 2011, n. 9849 (non massimata)]. Per ampliare la base imponibile, l'Amministrazione finanziaria viene invero abilitata dall'ordinamento a difendersi non dal mero occultamento o dissimulazione del reddito, ma altresì

dall'uso improprio delle fattispecie impositive, allorchè piegate dai contribuenti a fini ingiustamente vantaggiosi ed antisociali.

L'essenza del fenomeno elusivo, tuttavia, non necessariamente si connota per l'impiego di artifici o raggiri di derivazione penalistica, potendo essere più semplicemente colta in quegli atti, fatti e negozi anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche e che risultino diretti ad aggirare obblighi e divieti al fine di ottenere riduzioni di imposte o rimborsi altrimenti indebiti, in contrasto con i principi del sistema. La Corte ha abbandonato la precedente linea argomentativa, calibrata sulla nullità per difetto o per illiceità della causa dei contratti conclusi per finalità fiscali [Cass., sez. 5, sentenza 21 ottobre 2005, n. 20398 (rv. 584630), in materia di *dividend washing* e Cass., sez. 5, sentenza del 14 novembre 2005, n. 22932 (rv. 585562), in tema di *dividend stripping*] per poi giungere, in una moderna ottica di regolazione dei conflitti di interesse e di giustizia distributiva, all'elaborazione di una regola generale antielusiva: il disconoscimento e la non opponibilità al fisco dei comportamenti contrari a lealtà tributaria (come deduzioni, detrazioni o crediti di imposta), posti in essere strumentalmente al solo scopo di conseguire un vantaggio fiscale [Cass., sez. 5, sentenza 13 gennaio 2011, n. 686, (rv. 616346), Cass., sez. 5, sentenza 26 febbraio 2010, n. 4737 (rv. 611882), Cass., sez. 5, sentenza 9 dicembre 2009, n. 25726 (rv. 610521), Cass., sez. 5, sentenza 21 novembre 2008, n. 27646 (rv. 605674)], salvo che il contribuente non dimostri che l'operazione è stata compiuta anche per altre finalità economiche preponderanti [Cass., sez. 5, sentenza 22 settembre 2010, n. 20029 (rv. 614550), Cass., sez. 5, sentenza 20 marzo 2009, n. 6800 (rv. 607493)].

2. Dal punto di vista repressivo, con la sentenza n. 25537 del 30 novembre 2011 (in corso di massimazione), la Suprema Corte si è, in una prospettiva ulteriormente innovativa, soffermata sulle conseguenze giuridiche che discendono dalle attività compiute in elusione delle norme tributarie, che non possono essere limitate al semplice disconoscimento dei vantaggi fiscali ottenuti dal contribuente in relazione ad operazioni come perfezionamento di fusioni societarie e cessioni di quote o conseguimento di plusvalenze e minusvalenze.

L'Amministrazione finanziaria, in applicazione del cit. art. 37-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e qualora la dichiarazione del contribuente sia meramente difforme dall'accertamento (per l'esposizione di redditi, crediti, detrazioni o deduzioni in misura inferiore o superiore al dovuto), può emettere avviso di accertamento, dichiarare non opponibili le operazioni di rilevanza fiscale ed applicare le sanzioni pecuniarie previste dalla legge. L'art. 1, secondo comma, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, prevede appunto l'irrogazione delle sanzioni per il solo fatto che la dichiarazione proveniente dal contribuente contenga l'indicazione di dati infedeli o difformi rispetto all'attività di verifica degli organi accertatori.

Dal testo normativo si evince, come perciò sottolineato dalla Corte, che *“la legge non considera per l’applicazione della sanzione, quale criterio scriminante, la violazione della legge, la sua elusione o l’aggiramento, essendo necessario e sufficiente che le voci di reddito evidenziate in dichiarazione siano solo inferiori a quelle accertate o siano indebite”*.

3. I principi della libertà d’impresa ed il risparmio d’imposta.

1. La dilatazione dell’istituto così riassunto e la sua progressiva efficacia espansiva sono stati inquadrati in una visione di possibile alimentazione del rischio di un’eccessiva ingerenza dell’Amministrazione tributaria nelle scelte imprenditoriali, specie ove gli organi accertatori sembrano sindacare – come si evince da talune fattispecie decise [Cass., sez. 5, sentenza 21 gennaio 2009, n. 1465 (rv. 606466), Cass., sez. 5, sentenza 17 ottobre 2008, n. 25374 (rv. 605520)] - l’economicità e la razionalità delle strategie aziendali. Il punto critico si rinviene infatti quando siano ritenuti *“artificiosi”, “inusuali”, “impropri”, “ingiustificati”, “anomali”* e *“privi di valide ragioni economiche”* alcuni schemi negoziali solo perché si sarebbero potuti attuare mediante meccanismi soggetti a più onerosa tassazione.

In ambito fiscale, com’è noto ed a partire da alcune decisioni fondamentali [Cass., sez. 5, sentenza 19 maggio 2010, n. 12249 (rv. 613779), Cass., sez. 5, sentenza 25 febbraio 2009, n. 4503 (rv. 606844), Cass., sez. 5, sentenza 21 aprile 2008, n. 10257 (rv. 604359), Cass., sez. 5, sentenza 4 aprile 2008, n. 8772 (rv. 603114)] si considerano a carattere abusivo e possono essere disconosciute dall’Amministrazione finanziaria, tutte quelle costruzioni negoziali che, pur formalmente rispettose del diritto interno e comunitario, siano poste in essere al principale scopo di ottenere l’indebita riduzione del carico, violando il fondamento giustificativo delle norme che hanno introdotto il tributo o hanno previsto esenzioni e agevolazioni tributarie.

Nell’ordinamento tributario, invero, coesistono strumenti negoziali tra loro fungibili e con effetti fiscali diversi, liberamente praticabili, la cui adozione non interferisce con l’istituto dell’abuso del diritto, ma condiziona l’adozione delle forme contrattuali ed organizzative tutelate dalla libertà d’impresa e di iniziativa economica.

2. L’esigenza di competitività delle imprese ha allora indotto il legislatore ad introdurre una serie di istituti e modelli organizzatori (come, ad esempio, conferimenti, fusioni o scissioni di attività, cessioni di partecipazioni) che, pur perseguendo risultati economici simili a quelli di altre operazioni sottoposte ad imposizione ordinaria, sono talora caratterizzati da regimi di neutralità fiscale o comunque di favore. Se l’ordinamento pone a disposizione degli operatori economici

strumenti operativi con trattamenti fiscali differenziati, è prevedibile che i contribuenti facciano affidamento sul principio di predeterminazione dell'obbligazione tributaria e tendano ad optare per scelte maggiormente rispondenti al più favorevole trattamento impositivo.

Diffusamente avvertita, pertanto, è tuttora la necessità di compiere un percorso interpretativo per delineare gli esatti confini dell'abuso del diritto e così impartire validi criteri per indirizzare gli organi accertatori nel differenziare le pratiche elusive dal legittimo risparmio di imposta, distinguendo le *“operazioni sospette”*, realizzate in difetto di ragioni economicamente apprezzabili, dalle *“ristrutturazioni societarie”*, relative per lo più a grandi gruppi di imprese. Con sentenza n. 1372 del 21 gennaio 2011 (rv. 616371), la Corte ha stabilito che *“il carattere abusivo di un'operazione va escluso quando sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima, ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda”*.

In applicazione di tale principio è stato escluso che potesse essere attribuito carattere abusivo a una complessa operazione di trasferimento di un pacchetto azionario di una società, facente capo a una *holding* multinazionale, ad altra società del gruppo, con l'assunzione di notevoli impegni economici per il finanziamento dell'operazione e conseguente riduzione del carico fiscale, solo perché lo stesso risultato economico poteva essere conseguito attraverso una diversa formula organizzativa e, precisamente, un'operazione di fusione. Si è, così, stabilito che l'attuazione concreta del principio in esame deve essere guidata da particolare cautela, essendo necessario trovare una giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche, soprattutto quando si tratti di attività di impresa. Qualora, in particolare, si verta in tema di ristrutturazioni nell'ambito di grandi gruppi societari, la strategia di mercato, per tali soggetti, non può essere valutata come quella dell'imprenditore singolo, nè deve essere finalizzata al raggiungimento di una redditività in tempi brevi. Di conseguenza, il carattere abusivo va escluso quando siano individuate ragioni extrafiscali che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione, potendo rivestire anche natura organizzativa e dunque consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa singola.

3. L'amministrazione finanziaria, se la scelta del contribuente non appare artificiosa e, anzi, sia fondata su valide ragioni gestionali ed organizzative, non può disconoscere i vantaggi fiscali di operazioni di ristrutturazione societaria, spingendosi fino a pretendere l'adozione di meccanismi negoziali alternativi tra quelli giuridicamente possibili, cioè sul presupposto che lo strumento adottato abbia comportato un minor carico fiscale. Ed allora, non può essere considerata abusiva la determinazione di conservare un distinto soggetto giuridico, invece di dar luogo alla creazione di un

unico complesso aziendale (con corrispondenti figure giuridiche), se la scelta non appaia artificiosa e diretta solo ad abbattere l'imponibilità di componenti positivi di reddito. Se i risultati da raggiungere sono preminenti rispetto al risparmio fiscale non può configurarsi infatti alcun abuso del diritto, a prescindere dalle concrete finalità perseguite dalla società contribuente.

4. Il risparmio fiscale e le agevolazioni tributarie.

Sul tema del risparmio fiscale e dell'impiego abusivo degli strumenti giuridici negoziali, per la sua attualità, la Corte è intervenuta più volte al fine di tracciare talune linee interpretative, così chiarendo che l'esenzione fiscale nelle zone economicamente svantaggiate riguarda soltanto l'insediamento di nuove attività produttive, ma non il loro ampliamento [Cass., sez. 5, sentenza 4 giugno 2008, n. 14691 (rv. 603982)]. Nell'attuale congiuntura economica, l'esenzione o la riduzione del carico fiscale costituisce invero ordinaria leva strumentale di manovra che il legislatore stesso adotta per il conseguimento di finalità socio-economiche ritenute necessarie o, comunque, meritevoli di approvazione. In relazione agli incentivi tributari per le zone caratterizzate da ridotto dinamismo economico, è stato invero puntualizzato che non perseguono finalità fiscalmente abusive l'acquisto di materie prime ed il successivo spostamento di utili da una società ad altra situata in area depressa (appartenente alla medesima compagine familiare e societaria), che beneficia di un regime di esenzione fiscale sui redditi prodotti, conseguentemente sottratti all'imposizione. Sviluppando tale problematica, con la sentenza n. 10383 del 12 maggio 2011 (rv. 617307), la Corte ha chiarito che *“le agevolazioni tributarie previste per gli stabilimenti industriali che si impiantino nei territori del Mezzogiorno e la relativa riduzione decennale dell'IRPEG e dell'ILOR per le imprese che si costituiscono in forma societaria nei territori medesimi, integrano benefici direttamente accordati dalla legge, non potendo tali iniziative imprenditoriali di per sé costituire alcun abuso del diritto”* e ciò, viene aggiunto, *“nemmeno nei confronti dei soggetti che intrattengono rapporti economici con l'impresa beneficiata, in quanto i risparmi fiscali - che competono indipendentemente da apposite istanze del contribuente - rappresentano la contropartita fissata dallo stesso legislatore ad incentivazione di tale costituzione e non una finalità anti-giuridica”*. Del resto, prosegue la decisione, *“l'imprenditore che decide di insediare un'attività produttiva in zona economicamente svantaggiata, caratterizzata da minore capacità contributiva, non realizza artificialmente le condizioni necessarie per il conseguimento di benefici fiscali (anche nei confronti degli altri imprenditori che intrattengono rapporti commerciali con l'impresa beneficiata), ma realizza gli obiettivi di incentivazione che discendono direttamente dalla legge*

senza necessità di provvedimenti di tipo ricognitivo o concessorio dell'Amministrazione finanziaria”.

5. La riduzione del carico fiscale e la scelta degli schemi negoziali.

1. In una progressiva azione interpretativa, preordinata a delimitare i confini dell'abuso del diritto, sono stati inoltre elaborati dalla giurisprudenza di legittimità alcuni indicatori per identificare le operazioni economiche realizzate al solo fine di ottenere un vantaggio tributario e dunque attuate per un fine distorto, in grado così di incidere negativamente sul gettito fiscale, oltre che di porsi in contrasto con l'utilità sociale. Con la decisione n. 11236 del 20 maggio 2011 (rv. 617867), infatti, è stata dichiarata non opponibile all'Amministrazione finanziaria un'operazione commerciale, volta esclusivamente ad ottenere un risparmio di imposta, che *“non presentava alcuna attinenza con l'attività economica esercitata dalla società contribuente; il complesso meccanismo attuato non rivelava alcuna apparente convenienza neppure dal punto di vista finanziario; la strategia adottata contrastava con le più elementari regole di mercato; l'imprenditore non aveva fornito alcuna plausibile spiegazione”*. Nel censurare le modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali invalsi nella pratica commerciale, la Corte ha dato continuità ai precedenti orientamenti, in tema di risparmio di imposta, correlati al contratto di *lease-back*, laddove era stato sancito che dalla liceità civilistica dello schema contrattuale non discende automaticamente anche la sua liceità tributaria. In particolare, era stata ravvisata una forma di abuso del diritto nell'indebito risparmio di spesa ottenuto da un contratto di *sale and lease back* stipulato tra due società appartenenti al medesimo gruppo d'impresed e avente ad oggetto beni strumentali già ammortizzati dalla società venditrice, che escludeva la possibilità di realizzare l'effetto economico proprio della locazione finanziaria, consistente nell'assicurare al locatore una maggiore disponibilità di denaro [sentenza n. 8481 del 8 aprile 2009 (rv. 607731)]. Nel tracciare le linee ricostruttive dell'istituto, la sentenza n. 5583 del 9 marzo 2011 (non massimata) ha ribadito che costituisce abuso del diritto un'operazione di *sale and lease back* in relazione alla quale non vengano fornite motivazioni differenti dal risparmio fiscale, e la cui natura fraudolenta possa essere accertata attraverso elementi sintomatici, come l'esistenza di una situazione di debito-credito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice-utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest'ultima e la manifesta sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall'acquirente.

2. Infine, è stato ritenuto a carattere elusivo e privo di ragioni economicamente apprezzabili il risparmio di spesa derivante dalla vendita di materiale lapideo estratto da una cava in attuazione di un contratto stipulato tra una persona fisica e una società (di cui la stessa persona era socia), in base

al quale tutti i costi venivano addebitati alla società, mentre i ricavi erano percepiti dalla venditrice [Cass., sez. 5, sentenza 13 gennaio 2011, n. 688 (non massimata)].

LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE TRIBUTARIO

(a cura di Raffaele Cantone)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Gli interventi del Legislatore e della Corte costituzionale. 3. La posizione della Cassazione e le decisioni in materia di giurisdizione intervenute nel 2011.

1. Premessa.

1. Sono trascorsi ormai dieci anni da quando la legge finanziaria del 2002 (in particolare, l'art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448) ha riscritto integralmente uno dei più importanti articoli della legge sul contenzioso tributario, l'art. 2 del d.lgs 31 dicembre 1992, n. 546 che individua – come recita la sua rubrica – l'“oggetto della giurisdizione tributaria”. Un decennio in cui quella norma è risultata interessata da modifiche legislative e da decisioni demolitorie della Corte Costituzionale che, sia pure muovendosi su direttrici opposte, ne hanno, almeno in parte, rimodulato la portata.

Il Legislatore, infatti, é intervenuto nel corso degli anni in più occasioni, in modo non sempre coerente, ma con un obiettivo chiaro; voler, cioè, ampliare l'ambito della “competenze” delle commissioni tributarie; una scelta fatta soprattutto per decongestionare la intasatissima giurisdizione ordinaria ma nella prospettiva anche di attribuire, in modo più razionale, materie specialistiche a giudici con competenze specifiche.

2. La Corte Costituzionale, invece, con un'impostazione molto rigorosa, ha fissato precisi paletti; il giudice tributario resta un giudice speciale, non in contrasto con l'art. 102, comma 2, Cost., solo perché preesistente alla stessa Costituzione, e quindi legittimato dalla VI disposizione transitoria, ma con un ambito di competenze ben determinato (quello dei tributi), insuscettibile di ogni forma di estensione.

In questa divaricazione netta di posizioni, hanno rischiato, in una fase di inevitabili incertezze normative, di rimanere pregiudicate sia le esigenze del cittadino contribuente - che vuol sapere a chi rivolgersi per far valere le sue eventuali ragioni di doglianza contro gli atti di un'amministrazione fiscale, negli ultimi anni molto più attiva nel recupero dell'evasione - sia quelle della stessa Amministrazione, che in tempi relativamente accettabili vuol sapere se la sua azione di controllo sia stata legittimamente esercitata.

Trascorso un decennio dalla riforma della norma del contenzioso, è possibile fare il punto della situazione, anticipandosi come si sia ormai raggiunta una tendenziale stabilità negli orientamenti giurisprudenziali, sia perché il legislatore ha opportunamente smesso di intervenire sulla materia sia perché le indicazioni del Giudice delle leggi si stanno via via traducendo in decisioni della

Cassazione che, anche attraverso un esame casistico, vanno individuando con sempre maggiore precisione le materie che spettino all'uno o all'altro giudice.

Prima, però, di passare in rassegna i più importanti arresti della suprema Corte sull'argomento intervenuti nel 2011, è indispensabile un breve esame delle modifiche legislative e degli interventi demolitori della Consulta di cui finora si è fatto solo cenno.

2. Gli interventi del Legislatore e della Corte costituzionale.

1. L'art. 2 del d.lgs n. 546 del 1992, nella sua originaria formulazione, era strutturato come una sorta di elenco di quali imposte, oggetto di eventuali controversie, spettavano alla giurisdizione tributaria.

Scelta che, improntata ad un'opzione analitica considerata idonea ad evitare problemi ermeneutici, appariva per molti aspetti inopportuna: quantomeno perché imponeva ad un legislatore, prodigo nella creazione di nuovi di tributi, di dover continuamente aggiornare l'elenco. Con la già citata legge del 2001, si inverte l'impostazione e si abbandona l'opzione casistica.

Il nuovo comma 1, infatti, contiene, nel suo primo alinea, un'indicazione dal sapore quasi più programmatico che precettivo, affermando che *“appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio”*.

Nel successivo alinea del comma 1 e nel comma 2 sono poi previste l'esclusione dalla giurisdizione tributaria delle controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria, successivi alla notifica della cartella di pagamento, e la spettanza ad essa delle controversie in materia di classamento.

In questa forma la norma resiste poco più di tre anni; nella giurisprudenza, soprattutto di merito, a seguito dell'abbandono dell'elencazione specifica delle materie, si materializzano tantissime questioni ermeneutiche e cresce a dismisura l'incertezza su quale sia il giudice a cui rivolgersi per numerose tipologie di controversie.

2. Il Legislatore, per fugare autoritativamente i dubbi, interviene con l'art. 3-bis del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, conv. in legge 2 dicembre 2005, n. 248 (uno dei cd. collegati alla manovra del 2006), con due modifiche, interpolando sia il comma 1 che il comma 2 dell'articolo 2, più volte citato. Nel comma 1, infatti, si aggiungono due parole, *“comunque denominati”* - utili a superare quelle interpretazioni rigidamente nominalistiche - subito dopo quelle già presenti *“tributi di ogni*

genere e specie”; nel comma successivo, invece, si indicano - andando in chiara controtendenza rispetto alla scelta della riforma del 2001 - alcune materie come espressamente di competenza delle commissioni tributarie, in particolare le controversie sulla debenza del canone per l’occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP), del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e per lo smaltimento dei rifiuti urbani nonché quelle attinenti l’imposta o il canone comunale sulla pubblicità ed il diritto sulle pubbliche affissioni.

A distanza di poco meno di un anno, un’altra modifica legislativa, pure contenuta in un decreto d’urgenza nell’ambito dei collegati alla finanziaria, cerca questa volta più che di sopire i contrasti (pur esistenti), di evitare che una massa rilevante di contenzioso si scarichi sul giudice ordinario.

La lotta all’evasione fiscale, infatti, aveva reso necessario l’utilizzo di strumenti di pressione, anche psicologica, nei confronti del contribuente (ci si riferisce, in particolare, all’ipoteca sugli immobili ed al cd. fermo amministrativo sui mobili registrati) e l’azione dell’Amministrazione era stata frenata dalle enormi incertezze dei giudici di merito - ordinari, tributari ed amministrativi - su chi fosse il giudice a cui rivolgersi per le inevitabili controversie sorte. Le Sezioni Unite, con due pronunce a distanza di pochi mesi [Sez. un., n. 2053, 31 gennaio 2006, n. 16136 (rv. 587285); Sez. un., n. 14701, 23 giugno 2006, (rv. 593269)], avevano individuato nel giudice ordinario quello competente sulle controversie sul cd. fermo amministrativo.

Con l’art. 35, comma 26-*quinques*, del d. l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248 (uno dei collegati alla manovra del 2007), si tenta di ribaltare la scelta delle Sezioni Unite; non si interviene, però, sull’art. 2 della legge di contenzioso tributario ma sull’art. 19 della medesima rubricato “*atti impugnabili ed oggetto del ricorso*” e si introducono, nell’elenco ivi previsto, le lettere e-bis) ed e-ter) indicandosi, quali atti impugnabili dinanzi le commissioni tributarie, rispettivamente l’iscrizione di ipoteca sugli immobili di cui all’art. 77 del d.P.R. n. 602 del 1973 ed il fermo dei beni mobili registrati previsto nell’art. 86 del medesimo d.P.R.; in tal modo indirettamente si amplia l’ambito della giurisdizione tributaria.

3. Il 2008 è, invece, l’anno delle due fondamentali decisioni della Consulta, intervenute, a distanza di pochi mesi e con un nucleo motivazionale sostanzialmente comune. Il giudice delle Leggi indica i limiti invalicabili da parte del legislatore nell’attribuzione di materie alle commissioni tributarie, ricavandoli, come si è sopra accennato, dall’art. 102, comma 2 Cost., e dalla VI disp. trans. Le due norme, lette congiuntamente, consentono al legislatore di poter attribuire alle commissioni tributarie le sole controversie di natura tributaria. Partendo da questa premessa deriva, quale conseguenza necessaria, l’incostituzionalità di tutte quelle disposizioni che o ampliano la competenza anche a materie non tributarie o che qualifichino come tributarie materie che non lo sono, in quanto, di fatto, istitutive di un giudice speciale in contrasto con il divieto costituzionale.

In particolare, con la prima delle due sentenze la Corte - Corte cost. 14 marzo 2008, n. 64 - dichiara illegittimo l'art. 2 d.lgs n. 546 del 92, come modificato dall'art. 3-bis, comma 1 d.l. 203 del 2005, convertito dalla l. n. 248 del 2005, nella parte in cui assegna alla giurisdizione tributaria le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubblici (la cd. COSAP), canone che non ha natura tributaria; con la seconda - Corte cost. 14 maggio 2008, n. 130 - dichiara incostituzionale il medesimo art. 2 nella parte in cui attribuisce - secondo l'interpretazione fornita dal diritto vivente - le controversie relative alle sanzioni comunque irrogate da uffici finanziari, anche laddove esse conseguano alla violazione di disposizioni non aventi natura tributaria.

3. La posizione della Cassazione e le decisioni in materia di giurisdizione intervenute nel 2011.

1. Le due decisioni della Consulta, al di là dei casi specifici affrontati, hanno fornito criteri ermeneutici precisi su come individuare i confini del riparto della giurisdizione, lasciando poi, di fatto, quasi integralmente alla Cassazione il compito di stabilire se le materie oggetto della controversia del caso concreto rientrano o meno nel *genus "tributi"*. E ciò che è avvenuto dal 2009 in poi da parte soprattutto delle Sezioni unite, mentre la Consulta è intervenuta di nuovo, in poche occasioni, quando si è tratto di vagliare la costituzionalità dell'art. 2 del d.lgs n. 546 del 1992, nella parte in cui esplicitamente individua una certa materia come di competenza delle commissioni tributarie; nei casi in cui lo ha fatto, però, ha dichiarato l'infondatezza dell'eccezione, confermando l'opzione legislativa per l'attribuzione della materia alle commissioni tributarie; in questo senso, Corte cost, 24 luglio 2009, n. 238 con riferimento alla tariffa di igiene ambientale (TIA) e Corte cost. 8 maggio 2009, n. 141 con riferimento al canone per l'installazione degli impianti pubblicitari (CIMP).

2. Nel 2011 gli arresti, in massima parte delle Sezioni Unite, sull'argomento in trattazione, sono stati comunque numerosi e, per comodità espositiva, possono essere ripartiti in tre tipologie. Nella prima si possono annoverare tutte quelle decisioni che hanno dato continuità a precedenti orientamenti della Suprema Corte, confermando quanto già affermato in pronunce pubblicate in anni precedenti; si tratta, infatti, di sentenze che l'Ufficio ha massimato come meramente conformi.

Seguendo il criterio temporale, vanno segnalati i seguenti principi di diritto: al giudice tributario bisogna rivolgersi per la controversia avente ad oggetto il provvedimento di rigetto dell'istanza di rateizzazione di un debito, se quest'ultimo abbia, però, natura tributaria [Sez. un., n. 5928, 14 marzo 2011 (rv. 616602) massimata come conforme a Sez. un., n. 7612 del 30 marzo 2010 (rv. 612356)];

spetta, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa al canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP) [Sez. un., n. 7190 del 30 marzo 2011 (rv. 616786), massimata come conforme a Sez. un. n. 28161, 26 novembre 2008 (rv. 605706)]; deve essere presentata alle commissioni tributarie l'opposizione avverso cartella esattoriale per il pagamento della tassa per l'occupazione di aree pubbliche (TOSAP), a nulla rilevando che il contribuente fondi l'opposizione sulla circostanza di avere già corrisposto, per il suolo oggetto di occupazione, il canone di concessione (COSAP) [Sez. un., n. 11967 del 31 maggio 2011 (rv. 617304), massimata come conforme a Sez. un., n. 15593 del 3 luglio 2009 (rv. 608718)]; si deve adire il giudice ordinario nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto un provvedimento di fermo di beni mobili registrati (o un mero preavviso di fermo), quando il credito posto a fondamento del provvedimento restrittivo non abbia natura tributaria, mentre l'identico provvedimento andrà impugnato dinanzi le commissioni tributarie quando riguardi crediti tributari [Sez. un., n. 20931, 12 ottobre 2011 (rv. 618896) massimata come conforme a Sez. un., n. 11087, del 7 maggio 2011 (rv. 512767)]; quest'ultima sentenza è particolarmente importante perché oltre ad occuparsi del riparto di giurisdizione indica anche quale sia il giudice ordinario competente, e cioè il tribunale, in virtù della natura esecutiva del provvedimento in discussione [Sez. un., n. 20931, 12 ottobre 2011 (rv. 618897)]; spetta pure al giudice ordinario il potere di decidere sull'opposizione ad ordinanza-ingiunzione emessa dall'Agenzia delle entrate nei confronti di un committente che abbia conferito un incarico professionale ad un dipendente pubblico senza la previa autorizzazione amministrativa dell'ente di appartenenza e che abbia omesso di comunicare al predetto ente l'ammontare dei compensi corrisposti [Sez. un. n. 22884, del 4 novembre 2011 (rv. 619501), massimata come conforme a Sez. Un. n. 15382 del 1° luglio 2009 (rv. 608752)].

3. Nella seconda categoria rientrano due decisioni con cui la Cassazione ha escluso la natura tributaria dell'oggetto della controversia ed ha attribuito la competenza al giudice ordinario. In particolare, ha ritenuto che la controversia con cui un contribuente richiede ad una società concessionaria della riscossione dei tributi locali *“la restituzione della somma corrisposta, a titolo di IVA, in occasione del pagamento della Tariffa di igiene ambientale (TIA), spetti alla giurisdizione ordinaria, perchè soggetto passivo dell'imposta è esclusivamente colui che effettua la cessione dei beni o la prestazione di servizi (quindi la società concessionaria) e la controversia in questione non ha ad oggetto un rapporto tributario tra contribuente ed Amministrazione, ma un rapporto di natura privatistica fra privati, che comporta un accertamento, meramente incidentale, in ordine alla debenza dell'imposta contestata”*. [Sez. un. n. 2064 del 28 gennaio 2011, n. 2064 (rv. 616311)]. E' una conclusione che si pone in continuità con precedenti consolidati della stessa Corte quando ha affermato, ad esempio, che le controversie tra sostituto d'imposta e sostituito, relative al legittimo e

corretto esercizio del diritto di rivalsa delle ritenute alla fonte, versate direttamente dal sostituto, volontariamente o coattivamente, non sono attratte alla giurisdizione del giudice tributario, ma rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario [Sez. Un, n. 15031, del 26 giugno 2009, n. 15031 (rv. 608816)], o che spetti al giudice ordinario la giurisdizione “*in ordine alla domanda proposta dal consumatore finale nei confronti del professionista o dell'imprenditore che abbia effettuato la cessione del bene o la prestazione del servizio per ottenere la restituzione delle maggiori somme addebitategli in via di rivalsa per effetto dell'applicazione di un'aliquota asseritamente superiore a quella prevista dalla legge poiché, infatti, soggetto passivo dell'imposta è esclusivamente colui che effettua la cessione di beni o la prestazione di servizi e quindi la controversia in questione non ha ad oggetto un rapporto tributario tra contribuente ed Amministrazione finanziaria, ma un rapporto di natura privatistica tra soggetti privati, che comporta un mero accertamento incidentale in ordine all'ammontare dell'imposta applicata in misura contestata*” [Sez. un. n. 2775 dell'8 febbraio 2007 (rv. 594804)].

L'altra statuizione fa invece riferimento alle speciali elargizioni per le vittime del terrorismo e loro familiari, gli art. 11 e 12 della legge 3 agosto 2004, n. 206; secondo la Cassazione “*anche in riferimento a controversie aventi ad oggetto il beneficio dell'esenzione dall'IRPEF delle somme erogate a titolo di pensione, previsto dall'art. 2 della legge 23 novembre 1998, n. 407, e dall'art. 3 della legge n. 206 del 2004, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (e non già quella esclusiva delle commissioni tributarie), avendo il legislatore inteso derogare, anche nella materia tributaria, alle norme sulla attribuzione della giurisdizione ad autorità giurisdizionali diverse dal giudice ordinario*” [Sez. un. n. 17078 dell'8 agosto 2011 (rv. 618581)].

4. Il terzo gruppo, infine, è quello numericamente più significativo; vi rientrano tutte quelle decisioni con cui si è ritenuto di individuare la natura tributaria della controversia, attribuendone quindi la cognizione alle commissioni tributarie. Di seguito, per maggiore completezza e per consentire di apprezzare l'iter logico seguito dalla Corte, saranno riportate, seguendo il criterio temporale, le massime estrapolate dall'Ufficio: a) “*Sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti l'opposizione ad una sanzione amministrativa per detenzione di apparecchi da intrattenimento in difformità dalle regole previste dall'art. 110 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), non avendo tale sanzione natura tributaria, in quanto consegue alla violazione di norme volte a garantire un corretto svolgimento negli esercizi pubblici della gestione di apparecchi da intrattenimento, ed è preposta a reprimere, nel pubblico interesse, attività abusive e, dunque, illecite che possano pregiudicare, per effetto dell'installazione e dell'utilizzo di apparecchi non conformi alle prescrizioni ed alle caratteristiche di legge, la regolarità delle giocate*” [Sez. un., n. 23109, 16 novembre 2010 (rv. 614850)]; b)

“Appartiene alla giurisdizione tributaria la controversia avente ad oggetto la debenza, nei confronti della SIAE, delle somme dovute, ai sensi dell'art. 181-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, per l'apposizione sui supporti multimediali del previsto contrassegno. Infatti, dette somme hanno i connotati di una imposta di scopo, destinata a finanziare la spesa pubblica per l'esercizio della specifica attività di controllo affidata alla SIAE, in quanto il contrassegno ha una funzione a vantaggio della collettività, e non del richiedente che ne sopporta il costo, consistente nell'autenticazione del prodotto ai fini della sua commercializzazione, in modo da garantire il consumatore della sua legittima provenienza attraverso uno strumento di immediata verificabilità”. [Sez. un., n. 1780, del 26 gennaio 2011 (rv. 616197)]; c) *“La controversia concernente il pagamento del contributo annuale previsto dall'art. 14 del d.lgt. 23 novembre 1944, n. 382 a carico degli avvocati ed a favore del Consiglio nazionale forense (CNF) è devoluta alla giurisdizione tributaria, in quanto il contributo in questione, a dispetto del nome, va considerato un tributo, sia perché, riferendosi anche ad esso, il comma 2 dell'art. 7 del medesimo d.lgt. parla di "tassa annuale", sia per il suo carattere di doverosità, sia, infine, perché la prestazione in questione è collegata alla necessità di fornire la provvista dei mezzi finanziari necessari all'ente delegato dall'ordinamento per il controllo dell'albo professionale”.* [Sez. un., n. 1782 del 26 gennaio 2011 (rv. 616342); negli stessi termini, massimata come conforme, Sez. un., n. 6601 del 23 marzo 2011 (rv. 616643)]; d) *“Spetta alla giurisdizione tributaria il giudizio che concerne un avviso di accertamento emesso per mancata effettuazione di ritenute alla fonte da parte del datore di lavoro, in qualità di sostituto d'imposta, con irrogazione delle conseguenti sanzioni amministrative”.* [Sez. 6 - V, n. 7662 del 4 aprile 2011 (rv. 617563)]; e) *“Il ricorso avverso una cartella esattoriale con cui l'Amministrazione chiede il pagamento del contributo unificato per atti giudiziari va presentato al giudice tributario, avendo tale contributo natura di entrata tributaria”* [Sez. un., n. 9840 del 5 maggio 2011 (rv. 616998)]; f) *“È devoluta alla giurisdizione del giudice tributario l'impugnazione del provvedimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri con cui viene revocato il credito imposta, previsto dall'art. 4, commi da 181 a 186 e 189 della l. 24 dicembre 2003, n. 350, a favore delle imprese editrici, in misura corrispondente ad una percentuale della spesa che sarebbe stata sostenuta nell'anno 2004 per la carta utilizzata per la stampa delle testate edite e dei libri, in quanto tale beneficio, avendo l'effetto di ridurre l'importo dell'imposta altrimenti dovuta, è da considerarsi un'agevolazione tributaria, il cui diniego o la cui revoca sono impugnabili dinanzi alla Commissione tributaria, in base all'espressa previsione dell'art. 19, lett. h) del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.”*[Sez. un., n. 9841, del 5 maggio 2011 (rv. 617552)]; g) *“La giurisdizione del giudice tributario - che si estende alla cognizione "di tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere o specie", con la sola esclusione degli atti dell'esecuzione tributaria, fra i quali non rientrano, per*

espressa previsione degli artt. 2 e 19 del d.lgs. n. 546 del 1992, né le cartelle esattoriali né gli avvisi di mora - include anche la controversia relativa ad una opposizione all'esecuzione, nella specie attuata con un pignoramento presso terzi promosso con riguardo al mancato pagamento di tasse automobilistiche, quando oggetto del giudizio sia la fondatezza del titolo esecutivo, non rilevando la formale qualificazione come "atto dell'esecuzione" del predetto pignoramento ed invece contestandosi le cartelle esattoriali emesse per tasse automobilistiche che si ritengano non dovute, in quanto relative ad auto già demolite". [Sez. un., n. 14667, del 5 maggio 2011 (rv. 618199)]; h) "In tema di IVA, la controversia avente ad oggetto la richiesta di rimborso - sul presupposto che le operazioni di acquisto siano esenti - avanzata all'Amministrazione finanziaria da un soggetto che, operando nell'esercizio di una professione o di un'impresa, acquista beni e servizi strumentali ai fini di tale esercizio spetta alla giurisdizione tributaria, avendo ad oggetto la debenza di un tributo con efficacia di giudicato nei confronti dell'Amministrazione medesima, in quanto l'art. 19, lett. g) del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 non limita o modifica il criterio generale di attribuzione della giurisdizione siccome fissato nell'art. 2 del medesimo d.lgs., ma si limita a prevedere un'azione generale di rimborso, individuando uno specifico atto (il rifiuto di restituzione) la cui impugnazione costituisce un veicolo necessario per l'introduzione del processo innanzi alle commissioni tributarie" [Sez. 5, n. 12433 dell'8 giugno 2011 (rv. 618400)].

PARTE QUARTA

IL LAVORO E I DIRITTI SOCIALI
(coordinamento di Giuseppe Fuochi Tinarelli)

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO E PRIVATO

(a cura di Francesco Buffa)

SOMMARIO: 1. La subordinazione. 2. La retribuzione. 3. L'inquadramento del lavoratore. 4. Il lavoro a tempo parziale. 5. Condizioni di lavoro e responsabilità datoriale. 6. Il trasferimento d'azienda. 7. La vicenda del personale A.T.A.. 8. Appalto, intermediazione di mano d'opera, somministrazione di lavoro.

1. La subordinazione.

Numerosi sono gli interventi della Sezione Lavoro sulla nozione di subordinazione.

E' stato, intanto, ribadito da Cass., sez. lav., n. 1238 del 20 gennaio 2011 (rv. 616222), il principio secondo il quale spetta al giudice del merito accertare il comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro al fine della conseguente qualificazione dello stesso come lavoro autonomo ovvero come lavoro subordinato e la relativa valutazione non è censurabile in cassazione ove correttamente ed adeguatamente motivata. (Nella specie, le prestazioni rese dal c.d. *pony express* sono state inquadrate nell'ambito del rapporto di lavoro autonomo atteso l'utilizzo di un mezzo di locomozione di proprietà del lavoratore, con oneri economici e di gestione a suo carico, l'autonomia decisionale nel *quomodo* e nel *quando* dell'itinerario da percorrere e delle consegne e il rischio d'impresa a carico del lavoratore, comprovato dall'assenza di compenso per l'impossibilità della prestazione in caso di malfunzionamento del mezzo di trasporto).

In relazione alla qualificazione come autonome o subordinate delle prestazioni rese da un professionista in uno studio professionale (nella specie, consulente fiscale in uno studio legale tributarista), poi, Cass., sez. lav., n. 3594 del 14 febbraio 2011 (rv. 616086) ha precisato che la sussistenza o meno della subordinazione deve essere verificata in relazione alla intensità della etero-organizzazione della prestazione, al fine di stabilire se l'organizzazione sia limitata al coordinamento dell'attività del professionista con quella dello studio, oppure ecceda le esigenze di coordinamento per dipendere direttamente e continuativamente dall'interesse dello stesso studio, responsabile nei confronti dei clienti di prestazioni assunte come proprie e non della sola assicurazione di prestazioni altrui.

In tema di attività lavorativa prestata in agricoltura a favore di parenti ed affini, secondo Cass., sez. lav., n. 8070 del 8 aprile 2011 (rv. 616579) la mera prestazione della suddetta attività non basta a configurare un rapporto di lavoro subordinato, richiedendosi la prova degli elementi sintomatici della subordinazione, cioè il rispetto dell'orario e l'inserimento nella struttura organizzativa del datore di lavoro, ovvero di elementi idonei a dimostrare almeno un nesso di corrispettività tra prestazione lavorativa e obbligazione retributiva, nonché l'esistenza di direttive e controlli datoriali.

Quanto alla distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato, si è ritenuto da Cass. sez. lav., n. 4524 del 24 febbraio 2011 (rv. 616199) che, pur avendo indubbio rilievo il *nomen iuris* usato dalle parti, occorre accertare se lo schema negoziale pattuito abbia davvero caratterizzato la prestazione lavorativa o se questa si sia svolta con lo schema della subordinazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la sussistenza di elementi caratterizzanti la associazione in partecipazione, ossia la partecipazione agli utili e la sottoposizione di rendiconti, ed aveva invece ravvisato la subordinazione nelle concrete modalità di svolgimento del rapporto, caratterizzate dal pagamento a cadenze fisse della retribuzione, da direttive tecniche e continui controlli sulla prestazione).

2. La retribuzione.

In tema di retribuzione, si segnala, con riferimento al lavoro pubblico contrattualizzato, la sentenza delle Sezioni Unite n. 3814 del 16 febbraio 2011 (rv. 615994), che ha affermato che, in caso di reggenza del pubblico ufficio sprovvisto temporaneamente del dirigente titolare, vanno incluse, nel trattamento differenziale per lo svolgimento delle mansioni superiori, la retribuzione di posizione e quella di risultato, atteso che l'attribuzione delle mansioni dirigenziali, con pienezza di funzioni e assunzione delle responsabilità inerenti al perseguimento degli obiettivi propri delle funzioni di fatto assegnate, comporta necessariamente, anche in relazione al principio di adeguatezza sancito dall'art. 36 Cost., la corresponsione dell'intero trattamento economico, ivi compresi gli emolumenti accessori.

Sulla retribuzione del lavoratore, le pronunce più significative della Sezione Lavoro hanno riguardato il principio di parità retributiva.

Con riferimento al rapporto di lavoro subordinato privato, Cass., sez. lav., n. 6639 del 23 marzo 2011 (rv. 616473), ha ricordato che in tale tipo di rapporto lavorativo non opera, di regola, il principio di parità di trattamento retributivo, sicché ne consegue che la validità dell'art. 7 del ccnl del 1995 del settore autoferrotranvieri laddove prevede la riduzione salariale per i primi quindici mesi di rapporto a tempo indeterminato, a seguito della trasformazione di contratto di formazione e lavoro, per i motivi espressi dalle parti stipulanti e, cioè, per l'incentivo premiante per il datore di lavoro che trasformi in rapporti a tempo indeterminato l'80% dei contratti di formazione e lavoro in scadenza e per la considerazione che i lavoratori "neoassunti" si trovino in possesso di una professionalità non comparabile con quella degli altri.

Con riferimento, invece, al lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, Cass., sez. lav., n. 5097 del 2 marzo 2011 (rv. 616284) si è occupata del trattamento retributivo dei lavoratori nel caso di passaggio ad una diversa P.A., ed ha ritenuto che l'eventuale diversificazione del rispettivo trattamento economico richiede una specifica base normativa, in difetto della quale l'amministrazione, ai sensi dell'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, deve garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e, comunque, trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi. Cass., sez. lav., n. 5139 del 3 marzo 2011 (rv. 616449) ha, poi, aggiunto in tema che, in tema di personale del Servizio Sanitario Nazionale, l'art. 5 del ccnl per la dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000, come autenticamente interpretato dal ccnl. 12 luglio 2002, stipulato ai sensi dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, esclude la conservazione dell'anzianità di servizio, già maturata alle dipendenze di istituti di cura a carattere scientifico ovvero negli ospedali militari, a favore dei dirigenti delle aziende sanitarie locali assunti dopo l'entrata in vigore del ccnl 5 dicembre 1996, senza che, in senso contrario, rilevi la previsione generale contenuta nell'art. 102 del d.P.R. n. 382 del 1980 - che equipara il trattamento economico dei docenti universitari e dei ricercatori operanti presso ospedali convenzionati con il Servizio Sanitario Nazionale a quello spettante al personale delle unità sanitarie locali - avendo la norma contrattuale carattere speciale. Ne consegue che, ai fini dell'indennità di esclusività, non può essere riconosciuto, a detto personale, il servizio svolto presso le precedenti Amministrazioni di appartenenza.

In materia, merita di essere richiamata anche Cass., sez. lav., n. 22437 del 27 ottobre 2011 (rv. 619172), secondo la quale l'art. 13 del ccnl comparto Ministeri 1998-2001 e l'art. 17 ccnl Agenzie fiscali 2002-2005, che, inserendo i dipendenti della *ex IX* qualifica funzionale nell'area contrattuale C, distinguono, in termini retributivi, il personale in questione da quello appartenente al soppresso ruolo generale a esaurimento di ispettore generale o direttore di divisione, in coerenza con la norma transitoria contenuta nell'art. 69 del d.lgs. n. 165 del 2001, non si pongono in contrasto con norme imperative, dovendosi escludere violazioni del principio di non discriminazione previsto dall'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, che non vieta ogni trattamento differenziato nei confronti di singole categorie di lavoratori, ma solo quelli contrastanti con specifiche previsioni normative. Né, in senso contrario, valgono le indicazioni della sentenza n. 103 del 1989 della Corte costituzionale, restando estranee dal sindacato del giudice le scelte compiute in sede di contrattazione collettiva in materia di classificazione professionale dei lavoratori, le quali, per definizione, essendosi perfezionate in contraddittorio, escludono che al soggetto in posizione subalterna sia mancata la possibilità di far valere ragioni contro scelte arbitrarie del soggetto in posizione preminente.

3. L'inquadramento del lavoratore.

Le problematiche giuridiche relative all'inquadramento del lavoratore sono sorte soprattutto nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico.

Sul tema, sono intervenute anche le Sezioni Unite, con la sentenza Cass. sez. un, n. 503 del 12 gennaio 2011 (rv. 616204), secondo la quale, con riferimento al trasferimento del lavoratore dipendente dell'Ente Poste Italiane all'INPDAP, presso il quale si trovava già in posizione di comando, effettuato ai sensi dell'art. 4, comma 2, d.l. 12 maggio 1995 n. 163, del 1995, convertito nella legge 11 luglio 1995, n. 273, verificandosi solo un fenomeno di modificazione soggettiva del rapporto medesimo assimilabile alla cessione del contratto, compete all'ente di destinazione l'esatto inquadramento e la concreta disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti trasferiti, senza che su tali profili possa operare autoritativamente la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il cui d.p.c.m. 7 novembre 2000 - atto avente natura amministrativa, in quanto proveniente da una autorità esterna al rapporto di lavoro - non assolve alla funzione di determinare la concreta disciplina del rapporto di lavoro, mancando un fondamento normativo all'esercizio di un siffatto potere, ma solamente a quella di dare attuazione alla mobilità (volontaria) tra pubbliche Amministrazioni. Ne consegue che l'equiparazione della VI qualifica funzionale dell'Ente Poste Italiane all'area B, posizione economica B2, dell'INPDAP, contenuta nel citato d.p.c.m., non ha efficacia vincolante, dovendosi ritenere giuridicamente giustificata la verifica compiuta dal giudice di merito sulla correttezza dell'inquadramento spettante al lavoratore, sulla base dell'individuazione, nel quadro della disciplina legale e contrattuale applicabile nell'Amministrazione di destinazione, della qualifica maggiormente corrispondente a quelle di inquadramento prima del trasferimento.

La Sezione Lavoro [sentenza n. 9313 del 22 aprile 2011 (rv. 616865)] ha, poi, riaffermato il principio secondo il quale, in presenza di disposizioni dei contratti collettivi che, ai fini della qualifica spettante ai lavoratori addetti ad identiche mansioni, diversifichino la posizione di alcuni di essi in relazione a determinate circostanze personali, non é consentito al giudice del merito valutare la razionalità del regolamento di interessi realizzato dalle parti sociali, a meno che le predette disposizioni non violino specifiche norme di diritto.

Sul tema, Cass., sez. lav., n. 919 del 17 gennaio 2011 (rv. 616115) ha affrontato il tema dell'interpretazione delle clausole di un contratto collettivo relative alla classificazione del personale in livelli o categorie, stabilendo che in tale ambito occorre considerare la capacità connotativa e discriminatoria in concreto dei profili professionali contenuti nell'accordo e, ove gli stessi siano generici in quanto suscettibili di assumere svariate concretizzazioni, è necessario integrare le indicazioni con le declaratorie di carattere generale della categoria, che assumono valore

determinante circa l'effettiva portata degli specifici profili. Ne consegue che, con riguardo ai profili di assistente amministrativo e di collaboratore amministrativo professionale, collocati nelle categorie C e D del ccnl comparto Sanità 1998-2001, preposti, rispettivamente, a "mansioni amministrativo-contabili complesse quali, ad esempio, la ricezione e l'istruttoria di documenti, compiti di segreteria, attività di informazione ai cittadini, collaborazione ad attività di programmazione, studio e ricerca" e ad "attività amministrative che comportano un'autonoma elaborazione di atti preliminari ed istruttori dei provvedimenti di competenza dell'unità operativa in cui è inserito" nonché di collaborazione con la dirigenza, è arbitraria una distinzione fondata sull'assenza di autonomia del primo rispetto al secondo, trattandosi di elemento che caratterizza anche lo svolgimento dei compiti di segreteria e di attività di informazione ai cittadini, dovendosi, invece, fare riferimento alla ripartizione di fondo tra le due categorie, basata sulla previsione, quanto alla categoria D, di un adeguato patrimonio di conoscenze teoriche specialistiche e gestionali, con attribuzione di una correlata autonomia e responsabilità proprie, in contrapposizione alle competenze professionali meno elevate richieste per i lavoratori della categoria C, cui sono assegnati ambiti operativi precisi e metodologie definite.

In tema di qualifiche del personale dipendente da ente locale, Cass., sez. lav., n. 9701 del 3 maggio 2011 (rv. 617064) ha affermato che l'art. 3, comma 6, del ccnl per il comparto Regioni Autonomie locali del 31 marzo 1999, nel riconoscere al datore di lavoro pubblico la facoltà di integrare i profili professionali previsti dal contratto collettivo, non comporta che si possa prescindere dal sistema delle corrispondenze tra le precedenti qualifiche funzionali e le nuove categorie, delineato dall'art. 7 dell'accordo collettivo, e dal principio dell'accesso mediante procedura selettiva nelle posizioni economiche superiori della medesima categoria. Ne consegue che, ove con delibera regionale venga individuato un nuovo ed inedito profilo professionale, il medesimo resta collocato nella stessa categoria del corrispondente inquadramento e non in quella più elevata.

In materia, si segnala anche Cass., sez. lav., n. 5452 del 8 marzo 2011 (rv. 616213), secondo la quale, in tema di inquadramento del personale dipendente dagli enti locali, la qualifica apicale prevista, per i diversi tipi di ente, dall'art. 40 del d.P.R. 25 giugno 1983, n. 347, costituisce la qualifica massima che può attribuirsi ai lavoratori, ma l'avvenuto passaggio dell'ente ad una classe superiore non implica l'attribuzione automatica di nuove qualifiche ai capi degli uffici, né uno slittamento generale degli inquadramenti degli impiegati ad una qualifica funzionale superiore, in quanto, anche a seguito della contrattazione collettiva, l'inquadramento del personale nei nuovi livelli deve avvenire sulla base della valutazione comparativa tra il contenuto funzionale delle qualifiche contemplate negli ordinamenti dell'ente e quello delle qualifiche stabilite dall'accordo

collettivo, prescindendo da eventuali o diverse mansioni svolte di fatto o effettuate in forza di atti formali diversi da quelli prescritti dalla legge per i conferimenti della qualifica.

4. Il lavoro a tempo parziale.

Con riferimento al c.d. lavoro *part-time*, Cass., sez. lav., n. 15774 del 19 luglio 2011 (rv. 618723) ha riaffermato il principio secondo il quale, nel rapporto di lavoro a tempo parziale, l'osservanza di un orario lavorativo (nella specie, a favore della Società Autostrade) pari a quello previsto per il tempo pieno è idonea a comportare, nonostante la difforme iniziale volontà delle parti, l'automatica trasformazione del rapporto *part-time* in altro a tempo pieno, non occorrendo, a tal fine, l'osservanza di alcun requisito formale.

Sull'argomento, Cass., sez. lav., n. 5714 del 10 marzo 2011 (rv. 616286) ha statuito che la violazione del divieto di espletamento di lavoro supplementare - previsto dell'art. 5, comma 4, del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863 - comporta per il datore di lavoro l'irrogazione della sanzione amministrativa quando non sia giustificato dalle eccezionali esigenze previste dalla contrattazione collettiva.

La problematica ha interessato anche il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni. Cass., sez. lav., n. 18948 del 16 settembre 2011 (rv. 618959) ha così precisato che, in materia di pubblico impiego contrattualizzato, il rapporto di lavoro *part-time* non può essere costituito con prestazione lavorativa superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno trovando applicazione la medesima regola - introdotta in via generale dall'art. 58 del d.lgs. n. 29 del 1993 e dall'art. 1, comma 56, della legge n. 662 del 1996 - anche al personale docente statale, attesa l'espressa indicazione contenuta nell'ordinanza ministeriale n. 446 del 1997 del Ministero della Pubblica Istruzione che ha abrogato per incompatibilità la precedente ordinanza n. 179 del 1989 che consentiva, invece, al personale docente la possibilità del *part-time* con un minimo di 7 ore ed un massimo di 12.

Sul tema, va ricordata anche Cass., sez. lav., n. 21036 del 13 ottobre 2011 (rv. 619175) che ha ritenuto che l'art. 22, comma 2, lettera c), del ccnl integrativo 15 maggio 2001 comparto ministeri, permette la trasformazione del rapporto di lavoro subordinato a tempo parziale in quello a tempo pieno, decorso un triennio dalla data di assunzione, purché ci sia disponibilità del posto organico o della frazione di orario corrispondente al tempo pieno, senza riferimenti a situazioni di eccedenza di organico a livello nazionale e senza disciplinare le incidenze organizzative che sarebbero implicate se dovessero rilevare vacanze di posizioni lavorative in sedi diverse. Ne consegue che, ai fini della

detta conversione, rilevano le disponibilità esistenti presso la sede cui è addetto il lavoratore a tempo parziale interessato.

5. Condizioni di lavoro e responsabilità datoriale.

Con riferimento alla problematica della responsabilità datoriale ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., Cass., sez. lav., sentenza n. 5237 del 4 marzo 2011 (rv. 616447) si è occupata del danno da demansionamento professionale, affermando che la risarcibilità del danno all'immagine derivato al lavoratore a cagione del comportamento del datore di lavoro che lo abbia demansionato presuppone che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi.

Come precisato da Cass., sez. lav., n. 7272 del 30 marzo 2011 (rv. 616754), la prescrizione del diritto al risarcimento del danno alla salute patito dal lavoratore in conseguenza della mancata adozione da parte del datore di adeguate misure di sicurezza delle condizioni di lavoro, ai sensi dall'art. 2087 cod. civ., decorre dal momento in cui il danno si è manifestato, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile solo ove l'illecito sia istantaneo, ossia si esaurisca in un tempo definito, ancorchè abbia effetti permanenti, mentre ove l'illecito sia permanente e si sia perciò protratto nel tempo, il termine prescrizione inizia a decorrere al momento della definitiva cessazione della condotta inadempiente.

In tema di responsabilità del datore di lavoro per infortuni e malattie professionali, con riferimento al danno biologico subito dal lavoratore, Cass., sez. lav., n. 5437 del 8 marzo 2011 (rv. 616277) ha ritenuto che, trova applicazione la definizione legislativa (art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000) del danno biologico quale "lesione della integrità psico-fisica della persona, suscettibile di valutazione medico legale", sicché la liquidazione equitativa di tale danno presuppone necessariamente l'accertamento medico legale della lesione subita dal lavoratore.

Sul tema, merita di essere segnalata anche la sentenza Cass., sez. lav., n. 1072 del 18 gennaio 2011 (rv. 616252) la quale ha puntualizzato che, in caso di lesione dell'integrità fisica - nella specie conseguente ad un infortunio sul lavoro - che abbia portato a breve distanza di tempo ad esito letale, è configurabile un danno biologico di natura psichica subito dalla vittima che abbia percepito lucidamente l'approssimarsi della morte, reclamabile dai suoi eredi, la cui entità dipende non già dalla durata dell'intervallo tra la lesione e la morte bensì dall'intensità della sofferenza provata; il diritto al risarcimento di tale danno è trasmissibile agli eredi.

Sul tipo di danni subiti dal lavoratore, è importante l'affermazione di Cass., sez. lav., n. 9238 del 21 aprile 2011 (rv. 617076), secondo la quale, in materia di risarcimento danni, in caso di lesione di

un diritto fondamentale della persona, la regola, secondo la quale il risarcimento deve ristorare interamente il danno subito, impone di tenere conto dell'insieme dei pregiudizi sofferti, ivi compresi quelli essenziali, purché sia provata nel giudizio l'autonomia e la distinzione degli stessi, dovendo il giudice provvedere all'integrale riparazione secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del lavoratore e della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno.

6. Il trasferimento d'azienda.

Con riferimento alla fattispecie dell'affitto di azienda, per Cass., sez. lav., n. 16255 del 26 luglio 2011 (rv. 618727) l'art. 2112 cod. civ. trova applicazione in tutte le ipotesi in cui il cedente sostituisca a sé il cessionario senza soluzione di continuità, anche nel caso di affitto d'azienda; ne deriva che l'obbligazione dell'azienda affittuaria, come avviene per gli altri casi di cessione, si risolve in un impegno *sine die* di mantenimento dell'occupazione dei dipendenti trasferiti, che, una volta assunto, non può essere eluso semplicemente con la formale restituzione dell'azienda, per cessazione del rapporto di affitto, quando risulti che invece l'attività della impresa cedente era definitivamente cessata, mentre quella dell'azienda affittuaria era continuata.

Riguardo al pericolo di cessazione dell'attività oggetto dell'azienda ceduta, Cass., sez. lav., 28 ottobre 2011 n. 21484 ha consolidato il principio secondo cui dal sistema di garanzie apprestate dalla legge n. 223 del 1991 non è possibile enucleare un precetto che vieti di cedere l'azienda ove siano in atto peculiari condizioni del cessionario idonee a rendere probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro; né un divieto del genere è desumibile dalle altre disposizioni che regolano la cessione di azienda (art. 2112 cod. civ.; art. 47 legge n. 428 del 1990); conseguentemente, non è in frode alla legge, né concluso per motivo illecito - non potendo ritenersi tale il motivo perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti - il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro.

Nell'ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro con l'impresa subentrante nella gestione di un appalto, Cass., sez. lav., n. 11763 del 27 maggio 2011 (rv. 617497) ha ribadito che la domanda del lavoratore diretta ad ottenere il risarcimento del danno per demansionamento e al pagamento di differenze retributive è idonea ad introdurre la richiesta di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. (e la relativa *causa petendi*) solamente se la parte, nel formulare la domanda, abbia allegato, a

prescindere dall'esattezza giuridica delle espressioni utilizzate, gli elementi del trasferimento d'azienda in senso proprio (o, comunque, vicende che comportino una continuità aziendale alla stregua della giurisprudenza comunitaria) e la continuità del rapporto di lavoro, che costituisce la base della garanzia della salvaguardia della posizione del lavoratore.

7. La vicenda del personale A.T.A.

Un cenno particolare merita, per la mole del contenzioso pendente anche dinanzi al giudice di legittimità e per il dialogo che, in materia, si è instaurato tra la Corte di cassazione italiana e le Corti europee, la problematica dell'inquadramento del personale e del riconoscimento dell'anzianità con riferimento al personale scolastico amministrativo, tecnico ed ausiliario (A.T.A.).

Appare opportuno riepilogare i contenuti della questioni ed i principali pronunciamenti in materia, a livello nazionale ed internazionale. A seguito del trasferimento del personale A.T.A. dagli enti locali allo Stato, disposto dall'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, parte della giurisprudenza di merito aveva ritenuto legittimo, in favore di detto personale, il diritto al solo cosiddetto "maturato economico" sulla base di un accordo della contrattazione collettiva del settore pubblico, recepito con decreto interministeriale 5 aprile 2001, riconoscendo a tale accordo la possibilità di derogare a norme di legge, nonostante la legge derogata, che riconosceva al personale medesimo l'anzianità maturata presso l'Ente di provenienza ai fini giuridici ed economici, rinviasse al contratto collettivo solo la disciplina di dettaglio.

Nel 2005 la Corte, con Cass., sez. lav., n. 18829 del 27 settembre 2005 (rv. 583602), disconosceva l'impostazione seguita dalla giurisprudenza di merito maggioritaria, ritenendo che la contrattazione collettiva non potesse derogare al dettato legislativo: al personale A.T.A., pertanto, spettava il maturato economico sulla base della anzianità pregressa. Tale decisione veniva poi confermata da ulteriori pronunce dello stesso giudice di legittimità, sino a che non veniva emanata la legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per il 2006), il cui art. 1, comma 218, stabiliva, tra l'altro, che l'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999 andava interpretato nel senso che il personale A.T.A. è inquadrato nei ruoli statali "sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999".

La norma del 2005 venne, quindi, sottoposta al vaglio di costituzionalità, che essa superò indenne in ragione della declaratoria di infondatezza, recata dalla sentenza n. 234 del 2007 del Giudice delle leggi, che ritenne che la disposizione censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica, non potesse considerarsi lesiva dei principi costituzionali di

ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché essa si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario.

Questo tracciato, pur inizialmente condiviso dalla Corte [Cass., sez. lav., n. 677 del 16 gennaio 2008 (rv. 600964-600965-600966)], venne successivamente disatteso a seguito di nuova rimessione [Cass., sez. lav., n. 22260 del 4 settembre 2008 (rv. 604189)], alla Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 1, comma 218, citato, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, C.E.D.U., ritenendo che la norma censurata violasse il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 311 del 2009, dichiarava, però, non fondata la questione, osservando che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo stabiliti dall'art. 6 della C.E.D.U. non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori nazionali, ove gli stessi fossero giustificati, come nella specie, dalla finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola.

La Corte di cassazione faceva quindi proprie le indicazioni della Consulta [Cass., sez. lav., n. 22751 del 2010 (rv. 615220)].

Nel corso del 2011, tuttavia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza "Agrati + altri c. Italia", del 7 giugno del 2011, ha modificato l'assetto da ultimo raggiunto, ritenendo che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, si sostanziasse in una ingerenza nei diritti patrimoniali dei singoli, così da violare l'art. 1 del Protocollo n. 1, per aver imposto un "onere eccessivo e anormale" ai ricorrenti, in tal modo rendendo sproporzionato il pregiudizio ai loro diritti fondamentali individuali.

Nel dialogo tra Corti si è inserita più di recente anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee, che, con la sentenza 6 settembre 2011, nel procedimento C-108/10, Scattolon - premesso che la riassunzione, da parte di una pubblica autorità di uno Stato membro, del personale dipendente di un'altra pubblica autorità, addetto alla fornitura, presso le scuole, di servizi ausiliari comprendenti, in particolare, compiti di custodia e assistenza amministrativa, costituisce un trasferimento di impresa ai sensi della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, quando detto personale è costituito da un complesso strutturato di impiegati tutelati in qualità di lavoratori in forza dell'ordinamento giuridico nazionale di detto Stato membro - ha affermato che, quando un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione

immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo. La Corte ha poi rimesso al giudice del rinvio di esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si sia verificato un siffatto peggioramento retributivo.

In questo complesso contesto giurisprudenziale va inquadrato l'ultimo pronunciamento della Corte di cassazione in materia [Cass., sez. lav., n. 20980 del 12 ottobre 2011 (rv. 618699)], che ha affermato che, in tema di personale degli enti locali trasferito nel ruolo del personale ATA (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge n. 124 del 1999 (autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 218, legge n. 266 del 2005), il legislatore - come precisato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza 6 settembre 2011 (procedimento C-108-10) - è tenuto ad attenersi allo scopo della direttiva 77/187/CEE consistente "nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento". Ne consegue che il giudice è tenuto a valutare - ai fini dell'esercizio del potere-dovere di dare immediata attuazione alle norme dell'Unione Europea - se, all'atto del trasferimento, si sia verificato un peggioramento della condizione retributiva globalmente attribuita al lavoratore rispetto a quella goduta immediatamente prima del trasferimento stesso e, dunque, secondo un apprezzamento non limitato ad uno specifico istituto ma considerando anche eventuali trattamenti più favorevoli su altri istituti ed eventuali effetti negativi sul trattamento di fine rapporto e sulla posizione previdenziale, senza che assumano rilievo, invece, eventuali disparità con i lavoratori che, a tale data, erano già in servizio presso il cessionario.

8. Appalto, intermediazione di mano d'opera, somministrazione di lavoro.

In argomento è intervenuta Cass., sez. lav., n. 19920 del 29 settembre 2011 (rv. 619276) secondo la quale il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, sancito dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, opera nel caso in cui l'appalto abbia ad oggetto la messa a disposizione di una prestazione lavorativa, attribuendo all'appaltatore i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto in assenza di una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo, la cui esistenza, peraltro, non può essere esclusa - avuto riguardo alla natura delle prestazioni in concreto affidate - ove la predisposizione dell'organizzazione del lavoro non sia supportata da mezzi e capitali propri.

È opportuno segnalare altresì Cass., sez. lav., n. 15615 del 15 luglio 2011 (rv. 618683), che ha affermato che, anche nel regime di cui al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, così come già in quello di cui alla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, per quanto la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore sia un indice dell'accordo fraudolento, ai fini della dimostrazione della sussistenza di quest'ultimo è necessario che dette disposizioni siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro anche in relazione alle effettive modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative [nello stesso senso anche Cass., sez. lav., n. 12201 del 6 giugno 2011 (rv. 617499)].

Con riferimento agli appalti endoaziendali, infine, Cass., sez. lav., n. 7034 del 28 marzo 2011 (rv. 616415) ha ribadito che non è sufficiente verificare che l'appalto venga concluso con un soggetto dotato di una propria ed effettiva organizzazione, occorrendo accertare, in primo luogo, se, a termini di contratto, la prestazione lavorativa debba essere resa nell'ambito di un'organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, in quanto finalizzata ad un autonomo risultato produttivo e, all'esito positivo di tale indagine, la concreta esecuzione del contratto e, quindi, l'esistenza, anche in fatto, dell'autonomia gestionale dell'appaltatore esplicita nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro.

Quanto al regime della responsabilità del committente, la giurisprudenza si è occupata della posizione del committente verso i terzi. In particolare Cass., sez. lav., n. 11757 del 27 maggio 2011 (rv. 617454) ha precisato che la responsabilità del committente verso i terzi risulta configurabile quando si versi nell'ipotesi di *culpa in eligendo*, che ricorre qualora il compimento dell'opera o del servizio siano stati affidati ad un'impresa appaltatrice priva della capacità e dei mezzi tecnici indispensabili per eseguire la prestazione oggetto del contratto senza che si determinino situazioni di pericolo per i terzi, ovvero risulti provato che il fatto lesivo è stato commesso dall'appaltatore in esecuzione di un ordine impartitogli dal direttore dei lavori o da altro rappresentante del committente stesso, il quale, esorbitando dalla mera sorveglianza sull'opera oggetto del contratto, abbia in tal modo esercitato una concreta ingerenza sull'attività dell'appaltatore, al punto da ridurlo al ruolo di mero esecutore.

Con riferimento, poi, alla somministrazione di lavoro ed in materia di rapporto di lavoro interinale, Cass., sez. lav., n. 13960 del 24 giugno 2011 (rv. 617781) ha affermato che la mancanza o la generica previsione, nel contratto intercorrente tra l'impresa fornitrice ed il singolo lavoratore, dei casi in cui è possibile ricorrere a prestazioni di lavoro temporaneo, in base ai contratti collettivi dell'impresa utilizzatrice (nella specie la Poste italiane s.p.a.), spezza l'unitarietà della fattispecie complessa voluta dal legislatore per favorire la flessibilità dell'offerta di lavoro nella salvaguardia dei diritti fondamentali del lavoratore e far venir meno quella presunzione di legittimità del contratto

interinale, che il legislatore fa discendere dall'indicazione nel contratto di fornitura delle ipotesi in cui il contratto interinale può essere concluso. Pertanto, trova applicazione il disposto di cui all'art.10 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e dunque quanto previsto dall'art. 1 della legge 23 ottobre 1960, n.1369, per cui il contratto di lavoro col fornitore "interposto" si considera a tutti gli effetti instaurato con l'utilizzatore "interponente".

In tema, merita di essere segnalata anche Cass., sez. lav, n. 15610 del 15 luglio 2011 (rv. 618730), secondo la quale il controllo giudiziario sulle ragioni che consentono la somministrazione di mano d'opera è limitato all'accertamento della loro esistenza, non potendosi esso estendersi, ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, al sindacato sulle valutazioni tecniche ed organizzative dell'utilizzatore, il quale è tenuto a dimostrare in giudizio l'esigenza alla quale si ricollega l'assunzione del lavoratore, instaurandosi, ove tale onere sia soddisfatto, un rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore della prestazione.

GLI INTERVENTI IN MATERIA DI PREVIDENZA

(a cura di Fulvio Baldi)

SOMMARIO: 1. Le attività autonome e l'obbligo della c.d. doppia contribuzione. 2. Sgravi contributivi ed oneri contributivi. 3. I trattamenti pensionistici.

1. Le attività autonome e l'obbligo della c.d. doppia contribuzione.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 17076 dell'8 agosto 2011 (rv. 618494-618495) hanno affrontato nuovamente – dopo il precedente intervento del 2010 [Cass., sez. un., n. 3240 del 12 febbraio 2010 (rv. 611599)], provocato per la composizione del contrasto sorto sulla materia – in ragione dell'intervento del legislatore, con norma qualificata come di interpretazione autentica, avvenuto con l'art. 12, comma 11, del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, nella legge n. 122 del 2010, sulla controversa questione dell'esistenza di un obbligo di doppia contribuzione e di correlata iscrizione assicurativa per lo svolgimento di attività autonome.

Tale norma, infatti, ha previsto che l'art. 1, comma 208, legge n. 662 del 1996, si interpreta nel senso che le attività autonome per le quali opera il principio di assoggettamento all'assicurazione prevista per l'attività prevalente sono quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti gestioni dell'INPS, mentre restano esclusi dall'applicazione dell'art. 1, comma 208, legge n. 662 del 1996 i rapporti di lavoro per i quali è obbligatoriamente prevista l'iscrizione alla gestione previdenziale di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995.

Le Sezioni Unite, con un articolato e complesso ragionamento, hanno affermato che l'intervento del legislatore ha avuto, al di là della spendita della richiamata qualità, carattere di effettiva interpretazione autentica della disposizione della legge del 1996, diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata.

La pronuncia parte dal presupposto che può dirsi acquisito nella giurisprudenza costituzionale il riconoscimento al potere legislativo della funzione di interpretazione autentica che partecipa della funzione legislativa (art. 70 Cost.). Il Supremo Collegio si esprime nel senso che tale interpretazione autentica, anche se fatta dal legislatore, deve però avere i connotati di un'attività interpretativa; non può fare *de albo nigrum* perché ciò rientra nell'alveo dell'ordinario potere normativo a carattere innovativo anche con efficacia retroattiva. Nell'interpretazione autentica il legislatore specifica la portata normativa di una disposizione posta in precedenza, la quale è originariamente idonea ad esprimere plurimi (ed alternativi) contenuti normativi graduabili secondo maggiore o minore plausibilità alla stregua degli ordinari criteri interpretativi con l'effetto che la disposizione realmente

di interpretazione autentica si salda con la disposizione interpretata ed entrambe compongono un unico precetto normativo vigente dalla data di entrata in vigore della prima.

Questa connotazione invece non si riscontra nel caso in cui il legislatore ponga una norma innovativa con efficacia retroattiva: tra la disposizione originaria e quella sopravvenuta non c'è questo nesso per cui il significato precettivo della seconda è riconducibile all'intervallo di tutti significati esprimibili dalla prima.

Alla luce di tale ragionamento, dunque, la Corte ha concluso che l'art. 12, comma 11, del d.l. n. 78 del 2010 è effettivamente una disposizione di interpretazione autentica posta dal legislatore nell'esercizio della funzione legislativa, che si può estrinsecare anche in tal modo e che il meccanismo dell'interpretazione autentica è tale per cui il processo non è alterato - in termini di lesione del principio del giusto processo ex art. 6 CEDU - perché la *ratio juris* che il giudice, in quanto soggetto alla legge, è chiamato ad applicare nel significato espresso dalla disposizione di interpretazione autentica era fin dall'inizio ricompresa nell'intervallo dei significati plausibili che potenzialmente esprimeva la disposizione interpretata.

Nei casi su richiamati, pertanto, non opera l'unificazione della contribuzione sulla base del parametro dell'attività prevalente, quale prevista dall'art. 1, comma 208, legge n. 662 del 1996.

2. Sgravi contributivi ed oneri contributivi.

Altre importanti decisioni concernono la materia degli sgravi contributivi.

Con l'ordinanza Cass. sez. 6 – lav., n. 16288 del 26 luglio 2011 (rv. 618678), in particolare, la Corte ha statuito, ai sensi dell'art. 360 *bis*, comma 1, cod. proc. civ., ritenendo il principio del tutto consolidato, che il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'art. 8 della legge 23 luglio 1991, n. 223 in favore dell'impresa che assume lavoratori collocati in mobilità è escluso ove ricorrano "assetti proprietari sostanzialmente coincidenti" tra l'impresa che effettua le nuove assunzioni e quella che ha proceduto ai licenziamenti, in quanto tale locuzione va riferita a tutte le situazioni che facciano presumere la presenza di un comune nucleo proprietario in grado di ideare e fare attuare un'operazione coordinata di ristrutturazione, comportante il licenziamento di taluni dipendenti da un'azienda e la loro assunzione da parte dell'altra, senza che, in tale evenienza, il rapporto di lavoro possa essere considerato nuovo ai fini contributivi.

Nel contempo, sempre nell'ambito considerato, la Corte - con Cass., sez. lav., n. 8069 dell'8 aprile 2011 (rv. 616667) - ha stabilito che, ai fini della concessione degli sgravi contributivi di cui agli artt. 8, secondo e quarto comma, della legge 23 luglio 1991, n. 223 ed in relazione alla novità dell'impresa, deve trattarsi di azienda effettivamente nuova, dovendosi avere riguardo al concetto di

azienda in senso oggettivo, senza che possano assumere rilievo tutte le eventuali variazioni intervenute nella titolarità dell'impresa, come nelle ipotesi di trasferimento, trasformazione o fusione di aziende nelle quali si verifichi il mero passaggio di personale alla nuova impresa senza un effettivo incremento dei lavoratori occupati. Alla luce di tale principio consegue che non ricorre il presupposto per l'attribuzione degli sgravi suindicati nell'ipotesi di un'impresa, anche societaria, che sia derivata da un'altra impresa - di cui abbia rilevato attrezzature, dipendenti e sede sociale - restando immutato il numero dei lavoratori occupati, anche se la derivazione sia stata parziale, nel senso che l'azienda sia stata conferita in natura per la costituzione di una impresa avente, in parte, un oggetto diverso e più ampio e, in parte, il medesimo oggetto di quella precedente.

Su altri versanti, invece, le determinazioni della Suprema Corte hanno avuto carattere innovativo.

Con la sentenza Cass., sez. lav., n. 12062 del 31 maggio 2011 (rv. 617496), si è ritenuto che l'iscrizione alla gestione speciale INPS per gli esercenti attività commerciali, ai fini del diritto allo sgravio contributivo del cinquanta per cento previsto dall'art. 3, nono comma, legge n. 448 del 1998 (nel testo modificato dall'art. 120, terzo comma, legge n. 388 del 2000) in favore di soggetti di età inferiore ad anni trentadue che tale iscrizione effettuino per la prima volta, deve considerarsi avvenuta - nella vigenza del sistema stabilito dall'art. 14, quarto comma, legge n. 412 del 1991, come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 6 del 1993, convertito nella legge n. 63 del 1993 - alla data di denuncia presentata dal lavoratore autonomo presso gli sportelli polifunzionali istituiti nelle sedi dell'ente previdenziale, con la conseguenza che il beneficio non è attribuibile ai soggetti che, pur avendo cominciato l'attività commerciale nel periodo preso in riferimento dall'art. 3, nono comma, legge n. 448 del 1998 (ossia tra l'1 gennaio 1999 e il 31 dicembre 2001), abbiano presentato la denuncia di iscrizione dopo la relativa scadenza.

Parimenti, sempre in tema di sgravi, la Corte - Cass., sez. lav., n. 5719 del 10 marzo 2011 (rv. 616443) - ha statuito che, con riguardo ai contratti di riallineamento retributivo, il diritto a godere del beneficio della sospensione della condizione di corresponsione dell'ammontare retributivo di cui all'art. 6, comma 9, lett. a) e c), del d.l. n. 338 del 1989, convertito nella legge n. 389 del 1989, ovvero ad usufruire della successiva sanatoria di cui all'art. 5, comma 2, del d.l. n. 510 del 1996, convertito nella legge n. 608 del 1996, è subordinato alla compiuta realizzazione delle condizioni per l'attuazione della deroga all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 338 del 1989, previste dall'art. 6, comma 11, del medesimo d.l., e poi confermata dall'art. 5, comma 3, del d.l. n. 510 del 1996. Sul piano effettuale, sul beneficiario incombono gli oneri di allegazione e prova, sicché egli è tenuto a dimostrare di avere recepito l'accordo provinciale di riallineamento retributivo concluso tra le associazioni imprenditoriali e le organizzazioni sindacali locali dei lavoratori aderenti o collegate a quelle nazionali di categoria firmatarie del contratto collettivo; di aver rispettato le forme e i tempi

stabiliti dalle indicate disposizioni, programmando il graduale riallineamento dei trattamenti economici dei lavoratori previsti nei corrispondenti contratti collettivi; di aver stipulato, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge n. 448 del 1998, gli accordi territoriali ed aziendali di recepimento, provvedendone al deposito nei trenta giorni successivi presso i competenti Uffici provinciali del lavoro e della mobilità ordinaria e le sedi provinciali INPS; di aver raggiunto e mantenuto il detto riallineamento.

Con riguardo alla disciplina di favore relativa agli interventi nel Mezzogiorno di cui all'art. 59 del relativo Testo Unico, approvato con d.P.R. 6 marzo 1978 n. 218, la Corte - Cass., sez. lav., ordinanza n. 5305 del 4 marzo 2011 (rv. 616215) - ha ribadito che il beneficio degli sgravi contributivi a favore delle aziende industriali che impiegano dipendenti nei territori indicati dall'art. 1 dello stesso T.U. presuppone sia l'ubicazione dell'azienda in tali zone, sia l'impiego dei dipendenti nei territori agevolati. Il requisito della territorialità, riferito direttamente alla prestazione lavorativa, non può ritenersi soddisfatto dalla mera integrazione del lavoratore nella struttura aziendale dell'impresa avente sede nel Mezzogiorno, ma esige anche la localizzazione in tale area dell'attività svolta dal prestatore di opere. Ne consegue che esso non può essere ravvisato per le prestazioni rese anche temporaneamente fuori della suindicata area territoriale, come nell'ipotesi di mutamenti non definitivi del luogo di lavoro di dipendenti inviati a svolgere la propria opera presso cantieri esterni per la realizzazione di determinate opere.

In tema di contribuzione, invece, la Corte - Cass., sez. lav., ordinanza n. 14307 del 14 giugno 2011 (rv. n. 617623) - è intervenuta in materia di contributi assicurativi, sollevando la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., dell'art. 20, comma 1, ultimo inciso, del d.l. n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008, nella parte in cui ha previsto l'irripetibilità della contribuzione per malattia versata dai datori di lavoro anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa, atteso che, con questo intervento, il legislatore ha, in via di interpretazione autentica, soppresso l'obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro, "sanando" definitivamente le pregresse posizioni irregolari ma senza consentire la ripetizione delle somme già versate da parte di coloro che avevano regolarmente adempiuto, la cui posizione è stata irrazionalmente penalizzata rispetto ai primi che, invece, erano rimasti inadempienti all'obbligo di legge.

3. I trattamenti pensionistici.

In tema di trattamenti pensionistici la Suprema Corte – con Cass., sez. lav., n. 12546 del 9 giugno 2011 (rv. 617384) - riprendendo la sentenza n. 5422/2006, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrarietà con l'art. 3 Cost., dell'art. 5 della legge 28 dicembre 2005, n. 263, norma di interpretazione autentica dell'art. 9 della legge 6 marzo 1987, n. 74 e, come tale, retroattiva ed applicabile ai giudizi in corso, secondo cui il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, o ad una quota di essa in caso di concorso con altro coniuge superstite, presuppone che il richiedente sia titolare, al momento della morte dell'*ex* coniuge, di un assegno di divorzio, giudizialmente riconosciuto ai sensi dell'art. 5 della legge predetta. La Corte, in motivazione, ha escluso che si possa sostenere l'incostituzionalità della disposizione di interpretazione autentica per contrarietà all'art. 3 Cost. per la sola circostanza che le variate necessità di vita, che avrebbero in astratto potuto consentire la modifica delle condizioni in caso di mutamento della situazione economica di uno degli *ex* coniugi, siano intervenute dopo il decesso del coniuge già titolare in vita del trattamento pensionistico, trattandosi di una ipotetica situazione di fatto atta a determinare, semmai, in caso di una sua autonoma rilevanza, una irragionevole condizione di miglior favore rispetto a quella goduta allorquando l'*ex* coniuge era in vita.

Numerosi e significativi, poi, sono stati gli interventi in merito al riconoscimento del trattamento pensionistico in relazione alle prestazioni svolte all'estero.

Secondo Cass., sez. lav., n. 14514 del 1° luglio 2011 (rv. 617918), il titolare di una pensione di reversibilità, ancorchè originata da una pensione diretta liquidata in regime internazionale con il cumulo di contributi liquidati in Italia ed all'estero, non ha diritto ad un trattamento complessivo di importo corrispondente a quello già erogato al suo dante causa, ma soltanto ad una quota di tale importo, sicchè, per il caso che la pensione diretta benefici dell'integrazione al minimo, detta integrazione concorre soltanto a determinare la base di calcolo della quota in parola.

La Corte, invece, con Cass., sez. lav., n. 7041 del 28 marzo 2011 (rv. 616745), si è occupata della diversa ipotesi di contratto di lavoro all'estero autorizzato dal Ministero del lavoro ai sensi dell'art. 2, quarto comma, lett. b) del d.l. 31 luglio 1987, n. 317, convertito in legge 3 ottobre 1987, n. 398 - per il quale il trattamento economico e normativo offerto non deve essere inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti in Italia per la categoria di appartenenza del lavoratore e deve essere distintamente prevista l'entità delle prestazioni in denaro o in natura connesse con lo svolgimento all'estero del rapporto di lavoro - stabilendo che le somme indicate nella busta paga come indennità di trasferta sono assoggettabili a contribuzione previdenziale solo ove non abbiano natura di rimborso spese ma natura retributiva.

Più specifica sui presupposti per l'erogazione del trattamento pensionistico si è posta la decisione assunta da Cass, sez. 6 – lav., ordinanza n. 6256 del 16 marzo 2011 (rv. 616417), per la quale, mentre l'art. 8, secondo comma, della legge 1969, n. 153 prevedeva espressamente che l'integrazione al minimo della pensione doveva essere erogata, senza limitazioni, anche sulle pensioni ottenute cumulando periodi assicurativi e contributivi previsti da accordi o convenzioni internazionali, successivamente, prima in forza dell'art. 7 della legge 29 dicembre 1990, n. 407 e, poi, con l'art. 3 del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito in legge 14 novembre 1992, n. 438, l'integrazione al minimo è stata limitata agli assicurati che possono far valere nella competente gestione pensionistica una anzianità contributiva in costanza di rapporto di lavoro svolto in Italia non inferiore a cinque anni.

In linea con questa impostazione, infine, la Sezione lavoro – Cass. sez. lav., ordinanza n. 23834 del 15 novembre 2011 - ha ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interpretativa di cui all'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 nella parte in cui ha regolato in senso peggiorativo la valutazione dei contributi percepiti rispetto all'attività svolta all'estero (nella specie, in Svizzera), stabilendo che la retribuzione deve essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati in Italia nel medesimo periodo, venendo così leso il principio di cui all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU con riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., e pregiudicando, con effetto retroattivo, la posizione degli assicurati anche quando parti nei giudizi contro lo Stato nella veste di ente previdenziale.

I DIRITTI SINDACALI

(a cura di Fulvio Baldi)

SOMMARIO: 1. Diritti sindacali e contrattazione collettiva. 2. Le condotte antisindacali e l'esercizio del diritto di sciopero. 3. Le questioni di ordine processuale: l'art. 420 *bis* cod. proc. civ.

1. Diritti sindacali e contrattazione collettiva.

Con la sentenza Cass. sez. un., n. 17079 dell'8 agosto 2011 (rv. 618507) in tema di incentivi per l'esodo anticipato dal lavoro le Sezioni Unite sono intervenute sugli spazi di possibile intervento della contrattazione collettiva e sul ruolo del sindacato in tale ambito.

Giova precisare che la controversia era stata assegnata alle Sezioni Unite a seguito di istanza del difensore dei ricorrenti in via principale al presidente della Sezione lavoro, con cui era stata segnalata l'opportunità di una pronta fissazione del ricorso in relazione ad un contrasto di giurisprudenza manifestatosi sulla questione oggetto del giudizio nell'ambito della Corte d'appello decidente e della pendenza di numerosi altri analoghi giudizi davanti alla stessa Corte, sicchè le Sezioni Unite erano state chiamate a pronunciarsi su una questione di massima ritenuta di particolare importanza, a norma dell'art. 374, comma 2, cod. proc. civ.

Secondo detta sentenza, l'accordo collettivo che, mediante la previsione della misura "al netto" di trattamenti incentivanti la risoluzione anticipata dei rapporti di lavoro (destinati a sopperire per un certo periodo alla mancanza della normale retribuzione o della pensione), compensi la diversità di disciplina fiscale correlata all'età del lavoratore al momento dell'esodo non si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., atteso che, nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato, la disciplina contrattuale non è vincolata dal principio di parità di trattamento. Tale pattuizione, inoltre, è ammissibile, trovando giustificazione nell'interesse alla funzionalità ed economicità dell'impresa, nell'intento di favorire un più consistente esodo di lavoratori e, nell'interesse generale dei lavoratori, in quello di assicurare un trattamento economico adeguato per tutti gli interessati, senza che esso si ponga in contraddizione - implicando il suddetto accordo la determinazione *per relationem* dell'ammontare effettivo o lordo della prestazione - con la disciplina sulla misura degli oneri fiscali a carico dei lavoratori e sulle modalità della loro riscossione mediante ritenute alla fonte da parte del datore di lavoro.

La Corte, sul punto, ha tenuto anche a precisare che non può ritenersi rilevante, ai fini di una diversa soluzione, la sentenza 21 luglio 2005 nel procedimento C-207/04 della Corte di giustizia dell'Unione europea, posto che dalla sentenza comunitaria non emerge alcun vincolo per la contrattazione collettiva a non configurare discipline che valgano a compensare, sul piano privatistico, disparità di disciplina fiscale correlate all'età dei lavoratori.

Sotto un altro versante, poi, la Suprema Corte [Cass., sez. lav., n. 9049 del 20 aprile 2011 (rv. 617069)] ha ribadito che, in tema di trattenute sindacali, il referendum del 1995, abrogativo del secondo comma dell'art. 26 dello statuto dei lavoratori, e il susseguente d.P.R. n. 313 del 1995 non hanno determinato un divieto di riscossione di quote associative sindacali a mezzo di trattenuta operata dal datore di lavoro, essendo soltanto venuto meno il relativo obbligo, sicché i lavoratori, nell'esercizio della autonomia privata e mediante la cessione del credito in favore del sindacato, possono chiedere al datore di lavoro medesimo di trattenere sulla retribuzione i contributi sindacali da accreditare al sindacato. Ciò, peraltro, non esclude che il datore di lavoro possa affermare che la cessione comporti in concreto, a suo carico, un onere aggiuntivo insostenibile in rapporto all'organizzazione aziendale e perciò inammissibile *ex* artt. 1374 e 1375 cod. civ., ma, a tal proposito, egli deve provarne l'esistenza, dovendosi escludere, atteso il carattere di proporzionalità insito in tale valutazione, che possa ritenersi provata la suddetta eccessiva gravosità solamente in ragione dell'elevato numero di dipendenti dell'azienda, la cui esclusiva considerazione comporterebbe l'iniquo risultato di ritenere soggette all'onere di operare le ritenute sindacali richieste dai lavoratori le imprese di medie e piccole dimensioni e di escludere quelle più grandi.

2. Le condotte antisindacali e l'esercizio del diritto di sciopero.

Con riguardo alla specifica problematica delle condotte lesive dei diritti sindacali, la Suprema Corte è più volte intervenuta, soffermandosi, in particolare, sui limiti inerenti l'esercizio del diritto di sciopero e sulla legittimazione delle associazioni sindacali.

La Sezione lavoro, innanzitutto, ha ribadito [Cass., sez. lav., n. 16787 del 29 luglio 2011 (rv. 618680)] che, ai fini della legittimazione a promuovere l'azione prevista dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, per "associazioni sindacali nazionali" devono intendersi le associazioni che abbiano una struttura organizzativa articolata a livello nazionale e che svolgano attività sindacale su tutto o su ampia parte del territorio nazionale, mentre non è necessaria la sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali.

Più specificamente, poi, Cass., sez. lav., n. 16788 del 29 luglio 2011 (rv. 618697), nell'ambito delle rappresentanze sindacali unitarie, ha ritenuto che - poiché l'art. 6 dell'accordo interconfederale 20 dicembre 1993 tra Confindustria e CGIL, CISL e UIL stabilisce la decadenza della rappresentanza sindacale unitaria (con conseguente obbligo di procedere al rinnovo dell'organismo) nel caso in cui si dimettano un numero superiore al cinquanta per cento dei suoi componenti, restando possibile la prosecuzione dell'attività e la sostituzione degli stessi solo nell'ipotesi in cui tale soglia non venga superata - la prosecuzione delle trattative (fino, eventualmente, alla stipula di

un accordo) da parte dell'impresa con i componenti della RSU decaduta, ormai privi di legittimazione a trattare come componenti di una rappresentanza unitaria, costituisce - in assenza di un obbligo a trattare e regolamentare - comportamento antisindacale in quanto altera le dinamiche dei rapporti tra i sindacati in azienda, privilegiando e favorendo la posizione di alcuni di essi, e blocca o, comunque, rende più lento e difficoltoso il meccanismo di rinnovo dell'intera rappresentanza sindacale unitaria previsto dall'accordo interconfederale.

Rilevante, in tema di esercizio del diritto di sciopero, è Cass., sez. lav., n. 9714 del 3 maggio 2011 (rv. 617062), originata dalla condotta di un dipendente postale il quale si era rifiutato, in adesione ad una astensione collettiva, di consegnare parte della corrispondenza di altro collega assente, così realizzando una illegittima forma di sciopero delle mansioni.

La Suprema Corte ha osservato, infatti, che non potesse invocarsi l'esimente putativa essendo mancata ogni forma di cooperazione, tanto più che il lavoratore si era anche rifiutato di presentarsi all'audizione disposta dal datore di lavoro, dove avrebbe potuto rappresentare, prima di adire la sede giudiziaria, la propria condizione soggettiva di incolpevole affidamento. Con ciò ha applicato il principio per cui, in tema di obbligazioni, lo stato soggettivo di buona fede non è idoneo, di per sé, ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento, incombendo sul debitore, a tal fine, l'onere di provare che l'inadempimento o il suo ritardo siano stati determinati da impossibilità della prestazione derivata da causa oggettivamente non imputabile allo stesso, nel cui ambito è riconducibile l'impegno di cooperazione alla realizzazione dell'interesse della controparte a cui l'obbligato - in relazione alla natura del rapporto, alle qualità soggettive del debitore stesso e al complesso delle circostanze del caso concreto - è tenuto e non la sua mera condizione psicologica di buona fede.

Da tali rilievi ha derivato, pertanto, la conseguenza che, ove il lavoratore, a giustificazione della mancata prestazione, avesse invocato la rilevanza scriminante del putativo esercizio del diritto di sciopero, l'inadempimento potesse essere considerato incolpevole solo se il convincimento dello stesso si fosse accompagnato ad un comportamento idoneo ad integrare un impegno di cooperazione.

Sempre in tema di sciopero, Cass., sez. lav., n. 8075 dell'8 aprile 2011 (rv. 616793) ha giudicato come comportamento antisindacale la condotta di Trenitalia s.p.a., tenuta in occasione di uno sciopero regionale proclamato da una organizzazione sindacale e consistita nel qualificare come prestazioni indispensabili tutti i treni non aventi origine o destinazione in impianti situati nella regione interessata, in quanto non conforme a quanto convenuto nell'accordo sindacale del 23 novembre 1999 dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia. Ciò in quanto la relativa disposizione del predetto accordo (par. 4.2.2.) qualifica come indispensabili solo i treni dei

pendolari nei giorni feriali, i treni di media e lunga percorrenza nella misura minima di tre coppie di treni al giorno sulle principali direttrici Nord-Sud ed Est-Ovest fino alla destinazione e i treni che, con orario di partenza anteriore all'inizio dello sciopero, giungano a destinazione entro la prima ora dello sciopero stesso, restando salva la possibilità per la società di far circolare gli Eurostar e gli ulteriori treni concordati a livello regionale della categoria *Intercity* nonché quelli non garantiti con personale non scioperante.

Parimenti, Cass., sez. lav., n. 13780 del 23 giugno 2011 (rv. 617725), anch'essa in materia di servizi pubblici essenziali, ha ritenuto che integrasse comportamento antisindacale la mancata comunicazione alle organizzazioni sindacali da parte del datore di lavoro (nella specie, l'Azienda ospedaliera Santa Croce e Carle di Cuneo) dei nominativi dei lavoratori che, in caso di sciopero, debbono garantire le prestazioni indispensabili, in quanto i sindacati vanno considerati titolari di un diritto autonomo e distinto rispetto a quello attribuito ai singoli lavoratori a ricevere detta comunicazione e quest'ultima risponde ad un interesse sindacale che è riconosciuto e tutelato dall'art. 3 dell'accordo sui servizi pubblici essenziali del 20 settembre 2001 per il comparto del Sistema Sanitario Nazionale e che mira a far conoscere come saranno assicurate le prestazioni indispensabili nonché a rendere noti i nominativi dei lavoratori tenuti a garantirle e, perciò, esonerati dalla partecipazione allo sciopero, di talché essa non può essere surrogata da un'eventuale informazione fornita direttamente dai lavoratori.

Una soluzione che si inserisce nella medesima cornice è poi venuta da Cass. sez. lav., n. 548 del 12 gennaio 2011 (rv. 615971) con riferimento all'ipotesi in cui in sede di accordo collettivo fosse stata introdotta una disposizione che obbligava il dipendente a svolgere, oltre alla sua prestazione contrattuale già determinata, l'attività, in sostituzione, di un collega assente, con una remunerazione pari ad una quota di retribuzione inferiore a quella prevista per lavoro straordinario. In tal caso, la Corte ha escluso che l'astensione collettiva da tale prestazione attenesse al legittimo esercizio del diritto di sciopero, dovendo essere qualificata come inadempimento parziale degli obblighi contrattuali, sicché non sono di per sé illegittime le sanzioni disciplinari irrogate dal datore ai dipendenti che hanno rifiutato la prestazione aggiuntiva loro richiesta, restando esclusa una valutazione di antisindacalità per il comportamento datoriale.

Merita di essere ricordata, quale problematica collaterale perché afferente all'adempimento della prestazione lavorativa, anche Cass. sez. lav., n. 308 del 10 gennaio 2011 (rv. 616076) relativamente alla categoria dei dipendenti postali tenuti al recapito della corrispondenza con il sistema detto "ad areola", in sostituzione del collega assente. Secondo la Suprema Corte, mentre la società datrice di lavoro ha l'onere di provare che tra le prestazioni che il lavoratore è tenuto a svolgere vi sia anche quella di consegnare la corrispondenza, pro quota, del collega assente, assegnatario di altra zona

della medesima areola, il lavoratore che non ha reso la specifica prestazione ha l'onere di provare che il suo rifiuto non costituisce inadempimento parziale della prestazione lavorativa, non essendo possibile provvedere, nell'arco del normale orario settimanale, alla consegna integrale della corrispondenza di competenza aggiuntiva, tenuto conto della quantità della stessa.

3. Le questioni di ordine processuale: l'art. 420 bis cod. proc. civ.

Numerose decisioni hanno preso in considerazione i profili processuali afferenti al processo del lavoro, ribadendo – a volte anche con affermazioni ai sensi dell'art. 360 *bis* cod. proc. civ. – regole già precisate negli ultimi anni dalla Corte: in tema di spese processuali [v., tra le altre, Cass., sez. lav., n. 16288 del 26 luglio 2011 (rv. 618678); Cass., sez. lav., n. 13367 del 17 giugno 2011 (rv. 617492)], di onere della prova [v. Cass., sez. lav., n. 3227 del 10 febbraio 2011 (rv. 615906); Cass., Sez. lav., n. 198 del 5 gennaio 2011 (rv. 615931)], sulla specificità del rito lavoro [v. Cass., sez. lav., n. 1833 del 26 gennaio 2011 (rv. 616619); Cass., sez. lav., n. 9344 del 26 aprile 2011 (rv. 616866); Cass., sez. lav., n. 8231 dell'11 aprile 2011 (rv. 616651); Cass., sez. 6-lav., ord. n. 8939 del 19 aprile 2011 (rv. 616858)].

Sugli aspetti più correlati alle questioni in esame, e, in specie, in tema di ricorso ai sensi dell'art. 420 *bis* cod. proc. civ. avente ad oggetto l'interpretazione in funzione nomofilattica dei contratti collettivi, la Corte, con la sentenza Cass., sez. lav., n. 3602 del 14 febbraio 2011, ha precisato un ulteriore profilo, stabilendo che, ai fini del ricorso immediato per cassazione *ex art. 420 bis* cod. proc. civ., non basta che nel processo si ponga una questione di interpretazione di una clausola di un contratto collettivo nazionale, ma è necessario che si sia scelto di discutere e decidere tale questione in via pregiudiziale, con la conseguenza che, se la pronuncia sia intervenuta sul merito della controversia e il giudice abbia deciso con una sentenza di accertamento non della sola interpretazione del contratto collettivo, bensì della sussistenza del diritto dei ricorrenti e di condanna della convenuta, sebbene generica, la situazione processuale va oltre il limite segnato dal citato articolo e la sentenza emessa deve essere impugnata in appello e non con il ricorso immediato per cassazione.

IL RECESSO NEL RAPPORTO DI LAVORO: LICENZIAMENTO COLLETTIVO E LICENZIAMENTI INDIVIDUALI

(a cura di Giuseppe Fuochi Tinarelli)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Il licenziamento collettivo. 3. I licenziamenti individuali.

1. Premessa.

Gli interventi della Suprema Corte sulle generali problematiche connesse alla risoluzione del rapporto di lavoro, nelle sue diverse ipotesi, sono stati significativi ed hanno consentito di meglio delineare, consolidando gli orientamenti già affermati, la cornice generale degli istituti.

Così è successo, in particolare, nella materia del licenziamento collettivo, nonché per le ipotesi di licenziamento per giusta causa, nel cui ambito un particolare rilievo ha avuto anche il licenziamento disciplinare, in ispecie nell'ipotesi di rifiuto di adempiere alla prestazione lavorativa motivato dall'esigenza di salvaguardare diritti fondamentali (propri od altrui), su cui si sono espresse le Sezioni Unite.

2. Il licenziamento collettivo.

Con la sentenza n. 24566 del 22 novembre 2011 (rv. 619673), la Corte di cassazione ha innanzitutto ribadito il principio che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991, il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo, che si caratterizza per la presenza di requisiti quantitativi e spaziali e per la finalizzazione della procedura, attraverso il controllo preventivo di soggetti pubblici e collettivi, in funzione di un equilibrato contemperamento tra le esigenze di tutela dell'occupazione e quelle dell'impresa di dimensionare la propria struttura aziendale in termini compatibili con le necessità della crescita e della sopravvivenza.

Con questa autonoma fattispecie, pertanto, sono state unificate tutte le ipotesi di recesso determinate da esigenze aziendali ed è stata, in ciò differenziandosi dal licenziamento individuale plurimo, procedimentalizzato il recesso del datore di lavoro nell'ambito di una gestione collettiva delle situazioni di crisi e riorganizzazione aziendale.

L'elemento centrale di garanzia apprestato dalla normativa ha natura procedimentale (e la relativa disciplina, prevista dall'art. 24 della legge n. 223 del 2001, ha carattere generale, trovando applicazione anche in ambiti per i quali sono previste regole sostanziali specifiche [nella specie, al personale dipendente da imprese autoferrotranviarie: v. Cass., sez. lav., n. 17090 del 8 agosto 2011 (rv. 618764)] ed opera su un duplice piano di tutela - delle prerogative sindacali e delle garanzie

individuali - assolvendo alla funzione di porre le associazioni sindacali in condizioni di contrattare i criteri di scelta dei lavoratori e di assicurare al lavoratore la previa individuazione dei criteri stessi e la verificabilità dell'esercizio dei poteri attribuiti al datore di lavoro e si traduce, in concreto, nell'invio delle comunicazioni preventive *ex art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991*, nonché, successivamente, nella comunicazione dei recessi attuati in relazione ai criteri di scelta dei lavoratori stabiliti con una procedura di gestione collettiva ai sensi dell'art. 4, comma 2 (o, in mancanza, secondo gli ulteriori criteri di fonte legale *ex art. 5, comma 1*) [Cass., sez. lav., n. 19618 del 20 settembre 2011 in motivazione; Cass., sez. lav., n. 12196 del 6 giugno 2011 (rv. 617495)].

Rispetto a tale profilo, si è anche precisato - Cass., sez. lav., n. 6030 del 15 marzo 2011 (rv. 616620) - che l'eventuale contrasto tra l'accordo di programma, concluso con una rappresentanza sindacale *ad hoc* (nella specie, ai sensi dell'art. 18 del c.c.n.l. dell'11 luglio 1999 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti delle aziende di credito), e la lettera di avvio della procedura *ex art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991*, non assume rilievo atteso che, al fine di verificare la correttezza del comportamento aziendale, è necessario fare riferimento all'atto di apertura della procedura, sulla cui validità non può incidere il precedente accordo programmatico trattandosi di atto autonomo successivamente assunto.

La sufficienza dei contenuti di tale comunicazione preventiva, come ribadito da Cass., sez. lav., n. 5884 del 11 marzo 2011 (rv. 616444-616445), deve essere valutata in relazione ai motivi della riduzione di personale, di per sé sottratti al controllo giurisdizionale, cosicché, nel caso di progetto imprenditoriale diretto a ridimensionare l'organico dell'intero complesso aziendale al fine di diminuire il costo del lavoro, l'imprenditore può limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti, suddiviso tra i diversi profili professionali contemplati dalla classificazione del personale occupato nell'azienda, senza che occorra l'indicazione degli uffici o reparti con eccedenza ovvero l'indicazione delle concrete posizioni lavorative o delle mansioni svolte.

Il criterio di scelta adottato nell'accordo sindacale tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali può anche essere unico e consistere nella vicinanza al pensionamento, in quanto esso permette di formare una graduatoria rigida e può essere applicato e controllato senza alcun margine di discrezionalità da parte del datore di lavoro. Ove, peraltro, sia stato individuato quale unico criterio quello della vicinanza al pensionamento e lo stesso, applicato nella realtà, si riveli insufficiente a individuare i dipendenti da licenziare, esso diviene automaticamente illegittimo se non combinato con un altro criterio di selezione interna [Cass., sez. lav., n. 1938 del 27 gennaio 2011 (rv. 615894)].

Il doppio richiamo operato dall'art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991 alle esigenze tecnico produttive ed organizzative del complesso aziendale, poi, assolve alla funzione, quanto alla previsione contenuta nella prima parte della norma, di delimitare, in ragione dei motivi posti a

fondamento della riduzione di personale, l'ambito entro il quale dovrà essere operata la scelta dei lavoratori e, quindi, in riferimento ai posti soppressi, mentre il secondo - contenuto nei concreti criteri di scelta - opera, una volta determinato il suddetto ambito, con riguardo alla individuazione dei singoli posti di lavoro rimasti dopo la soppressione.

Ciò comporta - come precisato da Cass., sez. lav., n. 1938 del 27 gennaio 2011 (rv. 615893-615894) - che, ove, in sede di accordo sindacale, le parti sociali abbiano concordato la sostituzione dei criteri legali con quelli della prossimità alla pensione tenendo conto delle esigenze tecnico produttive ed organizzative dell'azienda, i nuovi criteri debbono ritenersi alternativi e di integrale applicazione, dovendosi ritenere arbitraria la qualificazione delle esigenze tecnico produttive ed organizzative solo come mera riconduzione alla previsione di cui alla prima parte dell'art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991.

Quanto alla comunicazione del recesso (di cui all'art. 4, comma 9, della legge), inoltre, la stessa deve essere comunicata, a pena di inefficacia, contestualmente al lavoratore e alle organizzazioni sindacali e ai competenti uffici del lavoro, requisito che, come affermato da Cass., sez. lav., n. 7490 del 31 marzo 2011 (rv. 615524), non può che essere valutato, in una procedura temporalmente cadenzata in modo rigido ed analitico e con termini molto ristretti, nel senso di una necessaria ed ineliminabile contemporaneità delle due comunicazioni la cui mancanza, solo se sostenuta da giustificati motivi di natura oggettiva, da comprovare dal datore di lavoro, può non determinarne l'inefficacia.

La tutela apprestata, peraltro, ha natura sostanziale restando sanzionata la legittimità del recesso che è annullabile in caso di violazione dei criteri di scelta (con applicabilità dell'ordine di reintegrazione *ex art. 18 st. lav.*) ed è inefficace in caso di inosservanza delle regole procedurali,

Né, ai fini della reintegra, può considerarsi ostativa la chiusura dello stabilimento aziendale cui sono addetti i lavoratori licenziati, restando possibile il trasferimento degli stessi ad altre unità produttive, ove il datore di lavoro non abbia specificato, nella comunicazione di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991, le ragioni per cui i lavoratori, in relazione alla loro professionalità, non possano essere utilizzati in altri reparti dell'azienda [Cass., sez. lav., n. 3597 del 14 febbraio 2011 (rv. 616163)].

L'esistenza di un *iter* procedurale per la possibilità di dare corso a licenziamenti collettivi ha poi portato la Suprema Corte ad un'ulteriore conclusione [Cass., sez. lav., n. 24566 del 22 novembre 2011 (rv. 619673)]: è irrilevante che, conclusasi la procedura con un mancato accordo, il datore di lavoro - la cui impresa abbia più di quindici dipendenti - abbia, in concreto, intimato un numero di licenziamenti inferiori a quelli originariamente programmati e al numero minimo stabilito dall'art. 24 della legge n. 223 del 1991 essendo proprio lo scopo principale della gestione collettiva della

procedura di negoziazione degli esuberi il loro eventuale contenimento e, dunque, resta escluso che, in presenza di vizi della procedura, sia possibile una conversione dei licenziamenti collettivi in licenziamenti individuali.

3. I licenziamenti individuali.

L'ampia varietà di ipotesi di recesso individuale del rapporto di lavoro è stata oggetto di reiterati interventi della Suprema Corte.

In tema di licenziamento per giusta causa, in particolare, la Corte di cassazione ha ulteriormente precisato - Cass., sez. lav., sentenza n. 5095 del 2 marzo 2011 (rv.616452) - il contenuto della clausola generale della giusta causa e l'attività che compete al giudice di merito e di legittimità, stabilendo che la giusta causa di licenziamento, quale fatto "che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto", è una nozione che la legge - allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo - configura con una disposizione di limitato contenuto, delineante un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama.

Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli *standards*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale.

In questa prospettiva si è pertanto precisato - Cass., sez. lav., n. 17092 del 8 agosto 2011 (rv. 618970) - che per valutare se la compromissione della fiducia, necessaria ai fini della permanenza del rapporto di lavoro, costituisca giusta causa di licenziamento, va tenuto presente che è differenziata l'intensità della fiducia richiesta, a seconda della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono e che il fatto concreto va valutato nella sua portata oggettiva e soggettiva, attribuendo rilievo determinante, ai fini in esame, alla potenzialità del medesimo di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento.

In tal senso, l'uso di documenti falsi per ottenere rimborsi non dovuti ha condotto a ritenere adeguata la misura espulsiva poiché mina il rapporto di fiducia tra le parti del contratto di lavoro [Cass., sez. lav., n. 13574 del 21 giugno 2011 (rv. 617908); in termini simili Cass., sez. lav., n. 37 del 3 gennaio 2011 (rv. 616077)], relativa all'utilizzo abusivo della propria *password* per accedere al sistema informatico dell'azienda per l'accreditamento di spettanze non dovute); analogamente, lo svolgimento di un'attività extralavorativa in assenza di autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, andando incontro ad uno specifico divieto di legge, rende legittimo il licenziamento ancorché l'Amministrazione non avesse ancora esplicitamente indicato una specifica incompatibilità tra l'attività (nella specie di revisore contabile) e lo *status* di dipendente. L'esigenza di una specifica e puntuale valutazione, peraltro, è stata ribadita con riguardo alla condotta tenuta da un lavoratore, il quale, nel periodo di congedo familiare, aveva svolto un'altra attività lavorativa [Cass. sez. lav., n. 7021 del 25 marzo 2011 (rv. 616648)], nonché nell'ipotesi in cui la condotta contestata (aver indicato nello statino delle presenze l'orario di uscita già al momento dell'ingresso) era diffusa tra i dipendenti e si era accompagnata ad una effettiva esecuzione di tutte le attività lavorative richieste [Cass., sez. lav., n. 5019 del 1 marzo 2011 (rv. 616151)].

La giusta causa è stata, per contro, ravvisata nell'ipotesi in cui un dirigente medico aveva consentito ad una ostetrica di effettuare un intervento chirurgico (taglio cesareo) atteso che le funzioni di formazione professionale sono di competenza dell'azienda ospedaliera e non possono stravolgere, sulla base di iniziative personali, le regole di competenza che garantiscono corretto svolgimento degli interventi sanitari, al fine di garantire la salute degli utenti e l'affidabilità delle strutture erogatrici dei relativi servizi [Cass., sez. lav., n. 8458 del 13 aprile 2011 (rv. 616702)].

Non è stata, invece, considerata ragione sufficiente a giustificare la massima sanzione la semplice ricerca di un nuovo posto di lavoro, non accompagnata da comportamenti lesivi dell'obbligo di fedeltà [Cass., sez. lav., n. 7948 del 7 aprile 2011 (rv. 616660) con riguardo ad un dipendente bancario)].

In termini più complessi è stata oggetto di analisi anche la relazione tra il recesso del datore di lavoro a fronte di comportamenti del lavoratore ricondotti o riconducibili all'esercizio di diritti o libertà fondamentali.

L'affermazione della non sanzionabilità di condotte poste in essere in sede extralavorativa e costituenti manifestazioni della libertà del pensiero, la cui garanzia, in quanto avente ad oggetto valori costituzionalmente tutelati (art. 21 Cost.), non può essere recessiva rispetto ai diritti-doveri connaturati al rapporto di lavoro [Cass., sez. lav., n. 3822 del 16 febbraio 2011 (rv. 616051)], si è associata ad una valutazione più articolata rispetto a condotte poste in essere nell'ambito del

rapporto di lavoro (nella specie, il rifiuto individuale di adempiere alla prestazione richiesta a fronte di inadempimenti del datore di lavoro lesivi di diritti fondamentali).

Le Sezioni Unite, intervenute sulla questione [Cass., sez. un., n. 5924 del 14 marzo 2011 (rv. 616554)], hanno affermato che il rifiuto del lavoratore allo svolgimento della prestazione lavorativa a cui è tenuto a fronte di inadempimenti del datore di lavoro lesivi di diritti fondamentali è consentito ove venga in rilievo un diritto proprio del lavoratore od altrui purché, nel primo caso, il comportamento del prestatore sia idoneo ed adeguato ad impedire la lesione - non altrimenti evitabile ovvero evitabile in modo eccessivamente oneroso - del diritto oggettivamente minacciato e, nel secondo, la minaccia, avente ad oggetto un'offesa ingiusta, abbia i caratteri della concretezza e dell'attualità e il titolare del diritto inviolabile non abbia prestato, nei limiti della disponibilità del diritto, il proprio libero e legittimo consenso, anche in via implicita, a tale situazione.

La Corte, peraltro, ha precisato che si versa in una diversa condizione quando la situazione soggettiva assuma consistenza di interesse collettivo o diffuso: in questa evenienza, infatti, l'affidamento della tutela giudiziale agli enti esponenziali della collettività, ovvero ad associazioni o enti collettivi nelle specifiche ipotesi di legge, comporta l'impossibilità per il singolo di assumere la tutela e la rappresentanza di queste posizioni in funzione dell'esercizio strumentale dell'azione popolare, restando conseguentemente esclusa la possibilità - sempreché la situazione, rispetto ai soggetti coinvolti, non assuma anche levatura di diritto soggettivo in quanto afferente alla salute o ad altri diritti soggettivi della persona umana - di far valere, quale causa giustificante del rifiuto a svolgere la prestazione lavorativa, la lesione di un simile interesse.

Anche in tema di licenziamento per giustificato motivo soggettivo la Suprema Corte - Cass., sez. lav., n. 17093 del 8 agosto 2011 (rv. 616969) - ha curato di precisare la valenza della clausola generale prevista dalla legge e i conseguenti compiti e limiti dell'attività del giudice di merito che, nell'esprimere giudizio di valore necessario ad integrare la norma elastica da cui si desume la suddetta nozione, compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa, per cui dà concretezza a quella parte mobile di essa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico-sociale. Pertanto, detto giudizio di valore deve essere effettuato dando conto del procedimento logico su cui si basa, nel rispetto delle nozioni di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni socio-economici e con l'osservanza dei principi generali dell'ordinamento.

Ciò comporta, dunque, che il giudizio sulla futura affidabilità del lavoratore licenziato non può essere espresso dal giudice violando i principi costituzionali da cui si desume che l'assetto organizzativo dell'impresa è, di regola, insindacabilmente stabilito dal datore di lavoro e che il giudice medesimo non può imporre all'imprenditore modifiche delle proprie scelte organizzative.

Tale principio rinviene una più ampia e articolata disamina nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in specie ove determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive: il giudice, infatti, non può sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, che sono espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., ma gli compete il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto [Cass., sez. lav., n. 15157 del 11 luglio 2011 (rv. 618620)].

In questa ipotesi, infatti, il licenziamento – come ribadito da Cass., sez. lav., n. 7006 del 25 marzo 2011 (rv. 616429) – è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti.

Il lavoratore, dunque, ha diritto a che il datore di lavoro dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo e non ad un mero incremento di profitti e che dimostri, inoltre, l'impossibilità di utilizzare il lavoratore stesso in altre mansioni equivalenti a quelle esercitate prima della ristrutturazione aziendale e tale onere – come precisato da Cass., sez. lav., n. 6625 del 23 marzo 2011 (rv. 616434) - non può essere considerato assolto con la prova di aver proposto al dipendente un'attività di natura non subordinata, ma autonoma, esterna all'azienda e priva di qualsiasi garanzia reale in termini di flusso di lavoro e di reddito, fermo restando peraltro che, nell'accertamento di un possibile *repechage*, è comunque esigibile – Cass., sez. lav., n. 3040 del 8 febbraio 2011 (rv. 616014) – una collaborazione del lavoratore mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro interni all'azienda nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato (da cui l'ulteriore correlato onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità in detti posti).

Del resto, come riaffermato da Cass., sez. lav., n. 7046 del 28 marzo 2011 (rv. 616586), il comportamento del datore di lavoro deve – soprattutto nell'ipotesi in cui l'esigenza di riduzione coinvolga personale omogeneo e fungibile e, dunque, per la concreta individuazione del lavoratore (o dei lavoratori) da licenziare – essere improntato ai principi correttezza e di buona fede, cui è informato, ai sensi dell'art. 1175 cod. civ., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il recesso di una di esse.

Rispetto alle altre ipotesi di recesso del datore di lavoro, la Suprema Corte ha avuto minori occasioni di intervento, che, peraltro, si sono inserite, consolidandoli, negli orientamenti già in atto.

Va peraltro richiamato, in particolare, l'ipotesi del licenziamento del dirigente, rispetto alla quale la Suprema Corte - Cass., sez. lav., n. 6367 del 21 marzo 2011 (rv. 616623) e Cass., sez. lav., n. 897 del 17 gennaio 2011 (rv. 616081) - ha affermato che, qualora il recesso sia stato determinato da un comportamento negligente (o, comunque, colpevole) ovvero sia fondato su condotte suscettibili di farne venire meno la fiducia, si applicano le garanzie procedurali dettate dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori, che, invece, non possono trovare applicazione quando sia assistito da giustificatezza e si fondi su ragioni concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale, attesa la natura ontologicamente non disciplinare.

I PRINCIPI CONSOLIDATI. I CONTRATTI A TERMINE

(a cura di Giuseppe Fuochi Tinarelli)

L'introduzione dell'art. 360 *bis* cod. proc. civ ad opera della novella n. 69 del 2009 e la costituzione della Sesta sezione civile dedicata all'esame dei ricorsi e alla valutazione dei presupposti per l'eventuale pronuncia in camera di consiglio, ha condotto all'elaborazione di una innovazione anche sul versante della ricognizione dei principi consolidati, che, ove affermati ai sensi dell'art. 360 *bis*, cod. proc. civ., sono oggetto di specifica massimazione ed evidenziazione.

Nel corso del 2011 l'enunciazione di un principio consolidato - soprattutto ad opera della Sesta sezione - ha riguardato 82 massime, che si aggiungono alla 42 già emerse nel corso del 2010.

In tale ambito una significativa presenza attiene all'affermazione di principi nella materie di competenza della Sezione lavoro, che riguardano circa un terzo della complessiva produzione e sono relative ai più vari aspetti della disciplina lavoristica e previdenziale: dal trattamento economico spettante dal 1° settembre 2000 al personale ATA inquadrato nel ruolo professionale di "direttore dei servizi generali ed amministrativi" [Cass., sez. 6 – lav., n. 13869 del 23 giugno 2011 (rv. 617731)], alla valutazione del giudice di merito ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro quale autonomo o subordinato [Cass., sez. 6 – lav., n. 9808 del 4 maggio 2011 (rv. 617071)], alla (non) computabilità della quota di TFR nella nozione di retribuzione ai fini della liquidazione delle prestazioni temporanee in agricoltura [Cass., sez. 6 – lav., n. 11152 del 20 maggio 2011 (rv. 617089), la cui soluzione è stata definitivamente ratificata dal legislatore con l'art. 18, comma 18, del d.l. n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, nella legge n. 111 del 2011 e su cui si è nuovamente espressa la Corte con Cass., sez. 6 – lav., n. 18516 del 9 settembre 2011 (rv. 618770)], alla decadenza *ex art.* 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 [Cass., sez. 6 – lav., n. 8926 del 19 aprile 2011 (rv. 616914)], alla prosecuzione del rapporto di lavoro *ex art.* 2112 cod. civ. in capo al cessionario in caso di trasferimento d'azienda senza che rilevi l'irrogazione di un licenziamento illegittimo ove questo sia stato travolto dalla sentenza di annullamento [Cass., sez. 6 – lav., n. 5507 del 8 marzo 2011 (rv. 616139)].

Un particolare ambito coinvolto in questa ricognizione ha avuto ad oggetto la materia dei contratti a termine, settore ove plurime – in linea, del resto, con una giurisprudenza reiterata e pluriennale - sono state le affermazioni di orientamenti consolidati da parte della Corte, tanto da potersi quasi ritenere in corso di realizzazione una "tassellatura" del piano delle regole dello specifico settore.

In particolare, si è ribadito che l'attribuzione alla contrattazione collettiva, *ex art.* 56 della legge n. 56 del 1987, del potere di definire nuovi casi di assunzione a termine rispetto a quelli previsti

dalla legge n. 230 del 1962, discende dall'intento del Legislatore di considerare l'esame congiunto delle parti sociali sulle necessità del mercato del lavoro idonea garanzia per i lavoratori ed efficace salvaguardia per i loro diritti - con l'unico limite della predeterminazione della percentuale di lavoratori da assumere a termine rispetto a quelli impiegati a tempo indeterminato - e prescinde, pertanto, dalla necessità di individuare ipotesi specifiche di collegamento fra contratti ed esigenze aziendali o di riferirsi a condizioni oggettive di lavoro o soggettive dei lavoratori ovvero di fissare contrattualmente limiti temporali all'autorizzazione data al datore di lavoro di procedere ad assunzioni a tempo determinato. Ne consegue che i contratti collettivi non sono vincolati all'individuazione di ipotesi omologhe a quelle già previste dalla legge e operano sul medesimo piano della disciplina generale, fermo restando, quindi, che, qualora un limite temporale sia stato previsto dalle parti collettive, la sua inosservanza determina la nullità della clausola di apposizione del termine.

Si è poi precisato che, nell'ambito del giudizio instaurato per il riconoscimento di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato sul presupposto dell'illegittima apposizione di un termine a numerosi contratti intervallati da periodi di inattività, affinché possa configurarsi una risoluzione del rapporto per mutuo dissenso, è necessario che sia accertata - sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del comportamento tenuto dalle parti e di eventuali circostanze significative - una chiara e comune volontà delle parti di porre fine ad ogni rapporto lavorativo, con la precisazione che, a tal fine, non è sufficiente la mera inerzia del lavoratore dopo la scadenza del contratto, né l'accettazione del trattamento di fine rapporto e la mancata offerta della prestazione, né la mera ricerca di occupazione a seguito della perdita del lavoro per causa diversa dalle dimissioni [Cass., sez. 6 – lav., n. 16932 del 4 agosto 2011 (rv. 618949) e Cass., sez. 6 – lav., n. 16287 del 26 luglio 2011 (rv.618692)], fermo restando che, quanto all'onere della prova, grava sul datore di lavoro, che eccepisca la risoluzione per mutuo consenso dei contratti succedutisi nel tempo, l'onere di provare le circostanze dalle quali possa ricavarsi la volontà chiara e certa delle parti di volere porre definitivamente fine ad ogni rapporto di lavoro [Cass., sez. 6 – lav., n. 16932 del 4 agosto 2011 (rv. 618950)].

Tale affermazioni, peraltro, sono in diretta continuità con le enunciazioni già compiute nel 2010, che avevano visto l'emersione del principio – già affermato da Cass., sez. un., n. 4588 del 2 marzo 2006 (rv. 587330) – secondo il quale l'art. 23 della legge n. 56 del 1987 aveva configurato, in materia, una vera e propria “delega in bianco” a favore dei sindacati, che legittimava questi al ricorso al contratto di lavoro a termine per causali di carattere oggettivo e soggettivo [Cass., sez. 6 – lav., n. 23119 del 16 novembre 2010 (rv. 615598)], ma senza possibilità di legittimare retroattivamente (mediante interpretazione autentica) contratti stipulati oltre le scadenze temporali

stabilite nei contratti collettivi [Cass., sez. 6 – lav., n. 23120 del 16 novembre 2011 (rv. 615317)], nonché, in tema di contratto di lavoro a tempo determinato per ragioni di carattere sostitutivo di altri dipendenti, ove, avuto riguardo ai contenuti dell'esigenza prospettata dal datore di lavoro, questa deve essere ancorata non a specificazioni nominative ma all'indicazione degli elementi sufficienti a consentire la determinazione del numero di lavoratori da sostituire.