CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO

ORIENTAMENTI DELLE SEZIONI UNITE CIVILI

ANNO 2005

Roma – gennaio 2006

I N T R O D U Z I O N E

I magistrati del Massimario, nel mantenere l'impegno assunto lo scorso anno con la pubblicazione di un'analoga Rassegna della giurisprudenza di legittimità, rinnovano l'iniziativa proiettandola negli orizzonti ermeneutici delle Sezioni unite, civili e penali, della Corte di cassazione relativi al 2005.

La riflessione sugli orientamenti interpretativi espressi dal massimo organo della giurisdizione ordinaria, che si offre come un utile strumento di indagine sugli itinerari di risoluzione dei contrasti giurisprudenziali - il "diritto vivente" - a disposizione dei magistrati, degli avvocati e degli studiosi del diritto, è figlia anche delle idee feconde, della sintesi progettuale e dell'opera intelligente di ***Stefano Evangelista****, indimenticabile direttore del Massimario, alla cui improvvisa scomparsa abbiamo assistito con attonito dolore e la cui perdita lascia un incolmabile vuoto nella Corte e nell'intera Magistratura italiana.*

Nell'analisi sistematica e ragionata delle linee-guida espresse dalla giurisprudenza di legittimità e nella identificazione dei principi di civiltà giuridica da essa formulati, Stefano Evangelista indicava il senso profondo del contributo che il Massimario deve apportare al dialogo fra i protagonisti del processo, gli operatori della giustizia e la scienza del diritto, persuaso – com'era – del valore istituzionale di una nomofilachia "forte" e di una razionale e circolare "cultura del precedente".

La certezza del diritto e il ruolo della Corte suprema come giudice di legittimità, da un lato, e la fiducia nel disegno di un autonomo rinnovamento degli schemi organizzativi della Corte per un più adeguato svolgimento dei suoi compiti, dall'altro, costituiscono valori di fondo che i curatori della presente Rassegna condividono pienamente e - nonostante i persistenti motivi di crisi che si stagliano all'orizzonte - intendono perseguire come doveri funzionali, nella consapevolezza che i criteri interpretativi di giudizio, se utili a fondare il ragionamento decisorio per le soluzioni successive di casi identici o simili, sembrano assicurare meglio la "esatta osservanza" e la "uniforme interpretazione della legge" e rispondere davvero al bisogno di concretizzazione del principio di uguaglianza dei cittadini.

Roma, gennaio 2006

Giovanni Canzio - Stefano Benini

ORIENTAMENTI
DELLE SEZIONI UNITE CIVILI

ANNO 2005

Hanno collaborato i magistrati del Massimario:

Stefano Benini, Raffaele Frasca, Alberto Giusti, Ulpiano Morcavallo, Luigi Salvato

INDICE - SOMMARIO

1. – PREMESSA

2. – LE QUESTIONI DI GIURISDIZIONE
2.1. Giurisdizioni speciali
2.2. Giudicato sulla giurisdizione
2.3. Successione dei criteri di riparto di giurisdizione
2.4. Regime transitorio
2.5. Pubblici servizi
2.6. Urbanistica-edilizia
2.7. Sanzioni
2.8. Appalti
2.9. Concessioni
2.10. Finanziamenti
2.11. La responsabilità della pubblica amministrazione
2.12. Pubblico impiego
2.13. Il diritto internazionale privato

3. – IL DIRITTO PROCESSUALE
3.1. Rappresentanza in giudizio
3.2. Procura alle liti
3.3. Eccezione di prescrizione
3.4. Spese di lite
3.5. Opposizione a decreto ingiuntivo
3.6. Giudizio di appello
3.7. Notifica del ricorso per cassazione
3.8. Ricorso straordinario per cassazione

4. – IL DIRITTO SOSTANZIALE

4.1. Persone e famiglia

4.2. Proprietà

4.3. Obbligazioni e contratti

4.4. Tutela del consumatore

4.5. Fallimento

4.6. Equa riparazione

4.7. Diritto tributario

5. - DIRITTO DEL LAVORO

5.1. Contratti collettivi e diritti sindacali

5.2. Diritti retributivi

5.3. Spettanza e misura delle prestazioni assistenziali e previdenziali

5.4. Ripetizione di prestazioni indebite

5.5.Obblighi contributivi del datore di lavoro

6. - PROCESSO DEL LAVORO

6.1. Prove nuove in appello

6.2. Competenza territoriale nelle opposizioni all’esecuzione

1. – PREMESSA

Nella prospettiva di una più ampia rassegna della complessiva produzione giurisprudenziale del settore civile nel 2005, la sintesi degli orientamenti delle Sezioni Unite civili nel 2005, pone all'attenzione non solo l'affermazione di principi, occasionati dalla soluzione di contrasti di giurisprudenza e questioni di particolare importanza, ma anche alcune significative pronunce sulle questioni di giurisdizione, che fanno seguito a consistenti modifiche dei sistemi di riparto.

Se il compito della presentazione di una rassegna è di sottolineare le pronunce di legittimità di maggiore rilevanza sociale, rese in settori di particolare attualità storica ed economica, non può sottacersi la puntualizzazione di alcuni capisaldi nella disciplina del processo, a cominciare dalla traduzione in termini di rappresentanza processuale, del nuovo sistema istituzionale e costituzionale degli enti locali, in cui la valorizzazione delle fonti di autonomia contribuisce a superare la concezione accentrata e gerarchica degli enti (vedi § 3.1).

Sul fronte delle questioni sostanziali, una panoramica pur generale delle pronunce non impedisce di cogliere un potenziamento del ruolo del giudice, pur nel rispetto dell'autonomia contrattuale, a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento (sicché si è riconosciuto che il potere di riduzione ad equità della clausola penale, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia nei limiti in cui essa appaia meritevole di tutela: vedi § 4.3).

La rilevanza delle situazioni giuridiche individuali di fronte ai pubblici poteri può cogliersi in alcune pronunce regolatrici della giurisdizione, ribadendosi, anche in linea con gli indirizzi della Corte costituzionale, l'accesso del cittadino alla giustizia ordinaria ove non siano in contestazione atti autoritativi della pubblica amministrazione (vedi § 2.11), o comunque ove si tratti di tutelare diritti fondamentali, come quello alla salute, non suscettibile di affievolimento (vedi § 2.5): riguardo alla regolazione delle questioni di giurisdizione, le Sezioni unite

hanno proceduto alla razionalizzazione dei criteri di riparto, nelle materie già interessate dalla radicale riforma del 1998-2000, in seguito alla sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, che ha segnato un ridimensionamento delle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva (servizi pubblici e urbanistica).

Gli strumenti di tutela del cittadino si delineano con maggior chiarezza nell'analisi degli effetti sui contratti stipulati dai consumatori, essendosi riconosciuta al consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno (vedi § 4.4). Riguardo alle controversie aventi ad oggetto domande di risarcimento del danno lamentato dai risparmiatori nei confronti della Consob per violazione degli obblighi di vigilanza sul mercato mobiliare, la posizione di quelli nei confronti dell'Autorità di vigilanza assume la consistenza del diritto soggettivo non esercitando la Consob alcun "potere" sui risparmiatori, trattandosi dei soggetti che essa è tenuta a tutelare (vedi § 2.11).

Con riferimento all'attualità delle problematiche di tutela del risparmiatore, si è dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano a conoscere della controversia promossa dal cittadino italiano, acquirente dei titoli obbligazionari argentini (vedi § 2.13), attesa la natura non paritetica dei provvedimenti di moratoria, adottati dal Governo della Repubblica Argentina, giacché tali provvedimenti sono espressione della potestà sovrana dello Stato, e ciò sia per la loro natura di leggi di bilancio, sia, soprattutto, per le finalità, eminentemente pubblicistiche, perseguite, di governo della finanza pubblica di quello Stato.

Rilevanti decisioni sono state emesse dalle Sezioni unite in materia di lavoro e di tutela dei diritti sociali. La trattazione autonoma delle questioni processuali relative a controversie di lavoro e di previdenza, distinta dalla trattazione del processo in generale, si giustifica non tanto per la specialità del rito quanto per la peculiarità delle questioni attinenti all'esplicazione dei poteri officiosi del giudice e, in definitiva, per le finalità stesse del processo del lavoro, che – alla stregua di quanto

affermato dalle stesse Sezioni Unite (vedi § 6.1) – tende all'accertamento della *verità materiale*.

2. – LE QUESTIONI DI GIURISDIZIONE

2.1. Giurisdizioni speciali

L’art. 362, secondo comma, numero 1), c.p.c. presuppone, per la configurabilità del **conflitto di giurisdizione**, che giudici appartenenti ad ordini giurisdizionali diversi abbiano affermato (o declinato) la propria giurisdizione con decisioni emesse entrambe in funzione conclusiva del giudizio, mentre, consentendo la denuncia del conflitto (positivo o negativo) "in ogni tempo", dimostra di considerarne possibile la proposizione indipendentemente dal passaggio in giudicato delle pronunce in contrasto (sent. **n. 1621**).

Le questioni di giurisdizione attengono ai **limiti esterni**, che riguardano i rapporti tra detto giudice e quelli che appartengono ad ordini giurisdizionali diversi (per cui non è deducibile davanti alle sezioni unite l’*error in iudicando* o *in procedendo* del Consiglio di Stato: ordinanze **nn. 5077 e 14211**; sentenze **nn. 7799 e 8882**, o della Corte dei Conti: ordd. **n. 4956 e 12726**), mentre la censura con cui si addebiti alla sentenza impugnata di non avere disapplicato un atto amministrativo, non configura una questione di giurisdizione, attenendo ai **limiti interni** della giurisdizione del giudice ordinario (sent. **n. 19324**), e neppure la doglianza secondo cui la controversia conosciuta dal giudice civile sarebbe di competenza del giudice penale, e viceversa, attesa l’appartenenza di essi allo stesso ordine giurisdizionale (ord. **n. 13559**, riguardo all’impugnazione di verbale di accertamento della contravvenzione di guida in stato di ebbrezza; ord. **n. 10959**, a proposito della ricusazione di giudice penale, decisa da sezione civile di Corte d’appello). Il **difetto assoluto di giurisdizione** è ravvisabile solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere; attiene, per contro, al merito della controversia ogni questione

attinente all'idoneità di una norma di diritto a tutelare il concreto interesse affermato dalla parte in giudizio (ord. **n. 6635**).

La giurisdizione di legittimità in unico grado del Tribunale superiore delle acque pubbliche, prevista dall'art. 143, primo comma, lett. a), del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 con riferimento ai "ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche", sussiste solo quando i provvedimenti amministrativi impugnati siano caratterizzati da **incidenza diretta sulla materia delle acque pubbliche**, nel senso che concorrano, in concreto, a disciplinare la gestione, l'esercizio delle opere idrauliche, i rapporti con i concessionari o a determinare i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio ed alla realizzazione delle opere stesse od a stabilire o modificare la localizzazione di esse od a influire nella loro realizzazione mediante sospensione o revoca dei relativi provvedimenti, mentre restano fuori da tale competenza giurisdizionale tutte le controversie che abbiano ad oggetto atti solo strumentalmente inseriti in procedimenti finalizzati ad incidere sul regime delle acque pubbliche. In applicazione del principio, si è ritenuto vi rientri l’impugnazione della revoca della concessione per l'occupazione aree demaniali e gli spazi d'acqua antistanti (sent. **n. 13293**), come pure i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi di delimitazione degli ambiti territoriali ottimali ai sensi dell'art. 8 della legge 5 gennaio 1994, n. 36, atteso che da tale delimitazione discendono i successivi provvedimenti di organizzazione e gestione del sistema idrico integrato, i quali, essendo finalizzati a garantire la gestione di tale servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, hanno incidenza diretta sul regime delle acque pubbliche e del loro utilizzo. E’ stata invece esclusa dalle attribuzioni giurisdizionali del Tsap, a favore della giurisdizione del giudice amministrativo, la controversia nella quale venga posta in discussione la legittimità del provvedimento, adottato da un ente pubblico, di esclusione dalla gara di appalto per la realizzazione di opere idrauliche (sent. **n. 14195)**. In altra occasione, tuttavia, si è attribuita al Tsap anche la cognizione di provvedimenti amministrativi che, pur

costituendo esercizio di un potere non propriamente attinente alla suddetta materia, riguardino comunque l'utilizzazione del demanio idrico, incidendo in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque pubbliche, come nella controversia, promossa dalla Regione Campania, avente ad oggetto l'annullamento del decreto ministeriale di trasferimento alle regioni Puglia e Basilicata della partecipazione del Ministero del tesoro detenuta nella società Acquedotto Pugliese s.p.a., nonché delle deliberazioni delle Giunte regionali della Puglia e della Basilicata che hanno dato attuazione a tale decreto, e ciò denunciandosi l'illegittimità di provvedimenti incidenti, in maniera immediata e diretta, sul regime giuridico di acque pubbliche per effetto dell'acquisizione del capitale della predetta società da parte delle Regioni Puglia e Basilicata (ord. **n. 8696**).

2.2. Giudicato sulla giurisdizione

Alle Sezioni Unite della corte di cassazione spetta, per la funzione istituzionale di organo regolatore della giurisdizione, il potere di adottare decisioni dotate di efficacia esterna (cosiddetta **efficacia panprocessuale**): diversamente, le sentenze dei giudici ordinari di merito, come quelle dei giudici amministrativi, che statuiscano sulla sola giurisdizione, non sono **idonee ad acquistare autorità di cosa giudicata** in senso sostanziale ed a spiegare, perciò, effetti al di fuori del processo nel quale siano state rese (sent. **n. 16779**). Le pronunce dei giudici ordinari di merito, come quelle dei giudici amministrativi, quando abbiano statuito su profili sostanziali della controversia e, perciò, sia pure implicitamente, sulla giurisdizione, determinano l'incontestabilità nei giudizi tra le stesse parti, che abbiano ad oggetto questioni identiche rispetto a quelle già esaminate e "coperte" dal giudicato (sent. **n. 1621**): e il giudicato si forma non soltanto sulle questioni oggetto di puntuale pronuncia nel dispositivo ma anche su quelle espressamente trattate e decise nella motivazione che rispetto alle prime presentino carattere autonomo nonché su quelle, pur non espressamente trattate e decise, che delle

stesse rappresentino, nondimeno, presupposti logici e necessari e s'intendano, pertanto, implicitamente decise (sent. **n. 8692**). Costituisce altresì pronuncia di merito, in ragione della soddisfazione della pretesa del ricorrente all'eliminazione dell'atto a lui sfavorevole, e come tale idonea all'indicato effetto, la decisione d'annullamento del provvedimento impugnato (nella specie, decadenza dall'assegnazione d'alloggio d'edilizia residenziale pubblica) pronunciata dal giudice ordinario per vizi formali (incompetenza dell'organo che aveva emanato l'atto di decadenza) e non per vizi sostanziali (sent. **n. 6637**).

Non costituisce viceversa **pronuncia sulla giurisdizione**, l'ordinanza con cui il giudice di pace, riservatosi sulle richieste contrapposte delle parti di declinatoria della giurisdizione sulla controversia e di decisione nel merito su di essa, abbia invitato le parti a precisare le conclusioni ritenendo la propria giurisdizione e competenza, in quanto, trovando anche nel procedimento avanti al giudice di pace applicazione l'art. 187, terzo comma, cod. proc. civ.(secondo cui il giudice che intenda pronunciare sulla giurisdizione o sulla competenza deve invitare le parti a precisare le conclusioni anche di merito), alla dichiarazione della sussistenza della giurisdizione in essa contenuta non può essere attribuita alcuna efficacia preclusiva, avendo il provvedimento natura meramente ordinatoria e restando quindi la questione di giurisdizione da decidersi con la sentenza a conclusione del giudizio (sent. **n. 14693**).

Il provvedimento - impropriamente qualificato ordinanza - con cui il giudice monocratico affermi (decidendo la relativa questione senza definire il giudizio) la propria giurisdizione ha natura di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 279, secondo comma, numero 4, c.p.c., onde deve ritenersi preclusa, in mancanza di riserva di impugnazione (la cui omissione determina il passaggio in giudicato della relativa decisione), la riproposizione della questione di giurisdizione attraverso l'impugnazione della sentenza definitiva, non rilevando che, con quest'ultima, lo stesso giudice abbia poi ribadito la propria giurisdizione (sent. **n. 3816**). Analogamente, ove il giudice di primo grado abbia espressamente statuito sulla

questione di giurisdizione, il riesame della medesima da parte del giudice di secondo grado postula che essa abbia formato oggetto di specifico motivo di gravame, non essendo sufficiente la sua mera riproposizione in sede di atto di costituzione in appello (sent. **n. 5207**).

2.3. Successione dei criteri di riparto di giurisdizione

Si è confermata, per esigenze di economia processuale, l'applicazione del principio di "convalida" della **giurisdizione sopravvenuta** (sent. **n. 4820**), nel senso che la controversia instaurata davanti al giudice amministrativo - sul presupposto che essa rientrasse nella giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, prevista dall'art. 33 d.lgs. 80 del 1998, prima della dichiarazione di incostituzionalità di tale norma per eccesso di delega con sentenza della Corte costituzionale n. 292 del 2000, e prima, quindi, dell'entrata in vigore della legge 205 del 2000 - il cui art. 7 ha nuovamente previsto l'anzidetta giurisdizione esclusiva, ma con formula parzialmente differenziata, se la controversia stessa rientri fra quelle devolute al giudice amministrativo dalla nuova norma, va riconosciuta la giurisdizione del giudice innanzi al quale il giudizio era stato instaurato, a nulla rilevando che la relativa data di inizio sia anteriore all'entrata in vigore della norma stessa (ord. **n. 15916**). Il principio stabilito dell'art. 5 c.p.c. comporta peraltro che iniziata la causa per la determinazione dell'importo del compenso dell'appaltatore davanti al giudice amministrativo, non comporta mutamento della giurisdizione ove in corso di causa sia intervento il riconoscimento del committente del diritto alla revisione dei prezzi (sent. **n. 18126**). La sopravvenienza dell'art. 6, comma 2, della legge 205 del 2000, che ammette la compromettibilità delle controversie su diritti soggettivi devolute alla giurisprudenza amministrativa, comporta l'accoglimento dell'impugnazione del lodo in cui gli arbitri avevano negato di poter pronunciare su diritti soggettivi per la loro appartenenza alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (sent. **n. 14545**).

2.4. Regime transitorio

Per le cause iniziate in epoca anteriore al 1° luglio 1998, la **configurabilità di situazioni giuridiche riconducibili ai diritti soggettivi** fonda la giurisdizione ordinaria in tema di occupazioni illegittime, siano esse appropriative o usurpative (sent. **n. 23241**). In **materia urbanistico-edilizia**, si sono ritenuti applicabili i tradizionali criteri di riparto fondati sul binomio diritti-interessi, fino all'entrata in vigore della legge 205 del 2000, giacché riguardo ai blocchi di materie, individuati con d.lgs. 80 del 1998, la Corte costituzionale, con la sentenza 281 del 2004, ha stabilito, parallelamente al tema dei pubblici servizi oggetto della sentenza 292 del 2000, che il nuovo criterio eccedeva i limiti della delega legislativa, e la giurisdizione amministrativa poteva estendersi, in virtù della nuova legge, ai diritti consequenziali nelle materia in cui fosse già configurabile la giurisdizione esclusiva (sent. **n. 597**, riguardo alla pretesa risarcitoria consequenziale alla domanda di illegittimità di un vincolo culturale, per l'imposizione del quale era stata revocata la concessione edilizia; ord. **n. 9389**, riguardo all'accertamento dell'illegittimità di concessione in sanatoria, con conseguente domanda di restituzione in pristino e risarcimento; sent. **n. 22904**, riguardo alla ripetizione e compensazione degli oneri di urbanizzazione). L'applicazione delle ipotesi, già previste, di giurisdizione esclusiva, ha fatto affermare che riguardo ad un accordo di programma, la domanda di risarcimento, proposta dal privato attuatore, per il danno derivante dalla condotta discriminatoria a suo danno, in violazione dell'accordo, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo la fattispecie riconducibile all'art. 15 della legge n. 241 del 1990, che ha valenza di testo generale riguardante i moduli convenzionali attraverso cui le amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie nella prospettiva di un risultato comune, cui è applicabile l'art. 11 della stessa legge, che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ord. **n. 12725**).

Con riguardo alle materia di indiscussa giurisdizione esclusiva, si sono avute rilevanti precisazioni in tema di **accesso ai documenti amministrativi**, per i quali agli effetti della giurisdizione del giudice amministrativo, non importa se si tratti di accesso "partecipativo" o "informativo" (ord. **n. 13832**). La giurisdizione esclusiva resta giurisdizione di legittimità, e non è estesa al merito (senza possibilità da parte del giudice di sindacare i profili di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo: sent. **n. 8882**, cit.).

2.5. Pubblici servizi

Riguardo ai pubblici servizi, la domanda di **pagamento di crediti per prestazioni sanitarie**, che gli assistiti dal Servizio sanitario nazionale abbiano ceduto a soggetto privato esercente attività sanitaria in regime di convenzione con l'azienda sanitaria locale, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel caso in cui la controversia involga questioni concernenti la validità della convenzione tra la regione e la struttura privata o la determinazione del prezzo della prestazione (sentt. **nn. 6330 e 16605**). La controversia tra strutture private e aziende sanitarie locali concernenti il **pagamento di prestazioni sanitarie erogate in regime di convenzione**, poiché non attiene alla validità o alla determinazione del contenuto della convenzione intercorsa tra il soggetto privato e l'azienda sanitaria, ma solo al corrispettivo preteso dal privato concessionario, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (ord. **nn. 14198 e 14986**, in tema di corrispettivo per il servizio di degenza di soggetti affetti da patologie mentali), e ciò anche dopo la soppressione del regime di convenzionamento di cui all'art. 44 della legge 23 dicembre 1978 n. 833, e l'introduzione del nuovo sistema dell'accreditamento ad opera del d. lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, configurandosi ora il rapporto come concessione *ex lege* di attività di servizio pubblico alle strutture autorizzate e accreditate, riguardo al quale la giurisdizione esclusiva non riguarda indennità, canoni, e corrispettivi (ord.

n. 603; sent. **n. 14335**). Al giudice ordinario rimangono le controversie attinenti a rapporti individuali di utenza (sentt. **nn. 5191 e 13447**; ord. **n. 9389**), poiché anche se la Corte costituzionale ha soppresso l'eccezione alla giurisdizione esclusiva a suo tempo apposta dal legislatore, anche per queste e per le controversie meramente risarcitorie, la giurisdizione esclusiva in materia di concessioni non è estensibile ad attività e prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi (ord. **n. 598**). Attiene al fondamentale **diritto soggettivo alla salute**, non suscettibile di affievolimento, la pretesa di rimborso per la prestazione di cure antitumorali (Di Bella) non differibili (ord. **n. 13548**), o comunque per cure urgenti ottenute all'estero (ordd. **nn. 11333 e 11334**): le controversie in materia sono ascrivibili alla giurisdizione ordinaria.

Sono inoltre riconducibili alla giurisdizione ordinaria le controversie relative ad ogni **rapporto contrattuale** instaurato tra soggetti, anche pubblici, qualora operanti su un piano di **parità** e legati, pertanto, da diritti ed obblighi reciproci (ord. **n. 8213**), giacché in tali controversie non sono in contestazione atti autoritativi della pubblica amministrazione, né posizioni giuridiche inerenti a rapporti di concessione di pubblico servizio (sent. **n. 2202**, riguardo a contratto di appalto di somministrazione di pasti ad un Comune da parte di un privato; sent. **n. 7799**, riguardo all'approvazione del bilancio di società a partecipazione comunale), emergendo diritti soggettivi di fonte contrattuale e questioni meramente interpretative della convenzione, senza alcuna interferenza sull'esercizio di poteri autoritativi dell'azienda sanitaria (ord. **n. 12795**).

2.6. Urbanistica-edilizia

Riguardo all'urbanistica-edilizia, l'espunzione dei **comportamenti**, sancita dalla sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale, dalle manifestazioni dell'attività amministrativa assunte a indice rivelatore dell'esercizio di potere autoritativo, alla presenza del quale soltanto può giustificarsi la giurisdizione esclusiva del giudice

amministrativo, ha indotto le Sezioni unite a riacquisire nell'orbita della giurisdizione ordinaria le azioni risarcitorie sull'**occupazione appropriativa**, almeno ove non presupponga l'annullamento di atti della procedura espropriativa (ord. **n. 10962**; a maggior ragione per le controversie in tema di occupazione usurpativa: ordd. **nn. 2198 e 11335**). Sul punto non si registra consonanza di vedute da parte del Consiglio di Stato, per se va sottolineata la nascita di un'ampio e franco dibattito, anche attraverso iniziative comuni di studio e collaborazione scientifica, nello sforzo di agevolare il cittadino per il reperimento delle vie più rapide ed efficaci di tutela giurisdizionale.

L'*impasse* da risolvere sembra legato alla riconoscibilità, pur dopo l'intervento della Corte costituzionale, di una giurisdizione esclusiva in materia urbanistico-edilizia – interrogativo che la dottrina non ha mancato di porsi, individuando nel *decisum* della Consulta che svuota l'art. 34 nella sostanza, mentre nella forma dice di voler mantenere la giurisdizione esclusiva – la cui sopravvivenza indurrebbe, nel pensiero del Supremo consesso di giustizia amministrativa, a recuperare in qualsiasi manifestazione dell'agire amministrativo, l'espressione del potere. Diversamente, una giurisdizione rigorosamente limitata ad atti e provvedimenti, non costituirebbe altro che la ripresentazione dell'altra faccia del criterio fondato sulle situazioni giuridiche soggettive. E' un fatto innegabile che dopo la sentenza 204 del 2005, al di là del problema teorico sul se esista ancora una giurisdizione esclusiva in materia urbanistica, le pronunce della Corte regolatrice, che nell'immediata applicazione dell'art. 34 del d.lgs. 80 del 1998, prevenivano ogni discussione sulla definizione delle posizioni sostanziali vantate, in ossequio ad una massima estensione della materia (si rammenti, tra le tante, la fondamentale sentenza 494 del 2000 e, più di recente, la n. 22890 del 2004), da ultimo ripercorrono itinerari già conosciuti (e ritenuti superati con la riforma dei criteri di riparto), nel riconoscere che a fronte di provvedimenti autoritativi per la tutela degli interessi delle collettività "che vivono nell'ambito del territorio" (di quel territorio che costituisce l'"anima" della materia urbanistica: vedi ora l'art. 117,

secondo comma, Cost.), il provvedimento incide sui diritti soggettivi dei singoli con effetti immediati, degradandoli ad interessi legittimi (sent. **n. 20994**). Anche in tema di **requisizione**, la domanda di restituzione del bene per essere cessate le esigenze che l'avevano determinata, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avendo ad oggetto un provvedimento autoritativo, come pure la domanda di risarcimento dei danni da ingiusta detenzione del bene, in base all'art. 35, comma 1: diversamente, la domanda di condanna all'indennità di requisizione, appartiene al giudice ordinario, analogamente all'indennità di esproprio, per l'espresso disposto dell'art. 34, comma 3, lett. *b*) (ord. **n. 463**); anche la contestazione circa la decadenza della concessione edilizia per inosservanza del termine finale dell'attività costruttiva, e consequenziale pretesa risarcitoria, appartiene alla giurisdizione esclusiva, giacché la controversia attiene a questione strettamente correlata a provvedimenti amministrativi (sent. **n. 13712**).

In virtù della stessa previsione, è ascrivibile alla giurisdizione esclusiva la cognizione delle controversie inerenti le **convenzioni di lottizzazione**, non ostandovi che sia stata proposta anche domanda di risarcimento, non essendo questa attinente alla giurisdizione, ma all'estensione dei poteri del giudice amministrativo (ord. **n. 732**).

L'**attività materiale**, disancorata e non sorretta da alcun provvedimento formale, posta in essere in ambito urbanistico, è riconducibile alla giurisdizione ordinaria, come nell'ipotesi di apposizione di un segnale limitazione del traffico su area privata (ord. **n. 730**), come pure l'omessa attività manutentiva delle strade (ord. **n. 599**), lo sconfinamento dei lavori inerenti alla realizzazione di un collegamento stradale in aree contigue ai fondi legittimamente occupati (ord. **n. 386**), la disponibilità della fauna selvatica (sent. **n. 6332**), l'occupazione d'urgenza non autorizzata, cui si reagisca in via possessoria (ord. **n. 14988**: sulla giurisdizione ordinaria, in generale, riguardo alle **azioni possessorie**, ord. **n. 730**) e l'**occupazione appropriativa** (ordd. **nn. 600, 8204 e 8209**).

E’ pure estranea alla giurisdizione esclusiva la **controversia tra privati**, pur scaturita dal rilascio di concessione edilizia (ord. **n. 12794**, riguardo alla domanda di risarcimento contro un privato ad istanza del quale un Comune aveva illegittimamente annullato una concessione edilizia). Non rientra nel campo applicativo dell'art. 34 del d.lgs. 80 del 1998, la controversia non postulante alcun accertamento sull'esercizio del potere amministrativo (autoritativo) in materia urbanistica ed edilizia, ma, sul presupposto che una concessione edilizia resti caducata, ascrive al comportamento del Comune convenuto la responsabilità per la sopravvenuta impossibilità di realizzare il programma costruttivo (ord. **n. 4805**, riguardo alla domanda di risarcimento nei confronti di un Comune per l’impossibilità di realizzare una costruzione consentita al proprio dante causa in base a provvedimento, annullato su ricorso al Capo dello Stato promosso da un confinante, sulla cui piena regolarità egli abbia fatto invece affidamento per l'esecuzione del programma di costruzione dell'edificio).

2.7. Sanzioni

Il carattere autoritativo dell’attività vale a giustificare la giurisdizione esclusiva per l’impugnazione dei provvedimenti dell’autorità garante della concorrenza e del mercato, anche a carattere sanzionatorio (sent. **n. 8882**, cit.), come anche la giurisprudenza amministrativa in tema di sanzioni pecuniarie in tema di tutela del paesaggio, che siccome alternative a misure ripristinatorie, rientrano nell’area dei poteri autoritativi (sent. **n. 5214**), mentre in tema di opposizione ad ordinanza-ingiunzione per il pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria conseguente a violazione delle norme sul deposito a discarica delle ceneri derivanti dalla combustione ai fini della produzione di energia elettrica, la controversia appartiene al giudice ordinario, tenuto conto sia della circostanza che si verte in tema di sanzione amministrativa pecuniaria, la cui determinazione avviene sulla base di un calcolo stabilito dalla legge, senza alcun margine di discrezionalità per la pubblica

amministrazione; sia del fatto che, promuovendo l'opposizione, l'opponente fa valere il diritto a non essere sottoposto ad una prestazione patrimoniale ritenuta non conforme a legge, ossia una situazione avente consistenza di diritto soggettivo (ord. **n. 2205**; conf. in tema di sanzioni per il superamento dei limiti di esposizione ai campi elettromagnetici, sent. **n. 20994**, cit.; in tema di inottemperanza a ordine della Capitaneria di porto, sent. **n. 4954**; in tema di disciplina dell'attività di intermediatore finanziario, sent. **n. 1362**).

Ove sia introdotta una procedura esecutiva per la realizzazione di crediti da sanzione ed accessori precedentemente determinati in sede autoritativa ed il privato vi resista proponendo opposizioni esecutive intese a contestare, non l'esercizio del potere ed il provvedimento sanzionatorio nel quale esso si è tradotto, ma la persistenza del diritto a procedere ad esecuzione forzata per la riscossione coattiva di quel credito ovvero le modalità del relativo esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (sent. **n. 5332**).

Il ridimensionamento della giurisdizione esclusiva in materia urbanistica non toglie che ove si chieda il risarcimento dei danni per la lesione di **interessi pretensivi** in conseguenza di atti di diniego dell'amministrazione, debba ravvisarsi la giurisdizione del giudice amministrativo, sia la domanda di risarcimento proposta congiuntamente o alternativamente a quella di annullamento dell'atto amministrativo (ord. **n. 5078**).

In tema di circolazione stradale, l'**opposizione avverso il provvedimento di sospensione della patente**, adottato in via provvisoria dal prefetto ai sensi dell'art. 223, comma 2, del codice della strada in conseguenza a ipotesi di reato, è di competenza del giudice ordinario, senza che vi osti la circostanza che il privato, al fine di vedere affermato il proprio diritto soggettivo all'uso della patente di guida, chieda l'annullamento del relativo procedimento sanzionatorio, trattandosi di accertamento meramente strumentale ed incidentale, come tale non suscettibile di costituire giudicato, rispetto al "petitum" diretto ed immediato, costituito

dall'annullamento del provvedimento di sospensione della validità della patente di guida (sent. **n. 8693**).

2.8. Appalti

Nella materia degli appalti, o comunque delle **procedure di gara per la scelta del contraente**, gli artt. 6 e 7 della legge 205 del 2000 hanno attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alla procedura di affidamento dell'appalto (sia o meno il committente tenuto all'adozione della precedura di evidenza pubblica: ord. **n. 7800**), mentre quelle concernenti la fase di esecuzione del contratto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario (sent. **n. 6743**), dato che concernono i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto (ord. **n. 20116**, in tema di risoluzione anticipata del contratto da parte della pubblica amministrazione per l'inadempimento da parte dell'appaltatore delle obbligazioni contrattuali; sent. **n. 6992**, in tema di rescissione del committente) e la controversia appare estranea alla tematica dell'aggiudicazione (sent. **n. 9391**), a meno che non si tratti di revoca degli atti prodromici, determinata dal riscontro di cause di esclusione dalla gara (sent. **n. 13296**). Analogamente, ove la controversia si collochi nella fase di attuazione del rapporto scaturito dalla procedura pubblicistica prodromica culminata nell'assegnazione di alloggio residenziale, la giurisdizione è quella ordinaria (sentt. **nn. 1731 e 10437**; in particolare, in tema di diritto di prelazione del conduttore di immobili di proprietà pubblica: sent. **n. 844**).

In tema di appalto di opere pubbliche, la posizione soggettiva dell'appaltatore in ordine alla facoltà dell'amministrazione di procedere alla revisione dei prezzi – secondo la disciplina vigente anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge 11 luglio 1992 n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992 n. 359, che ha soppresso tale facoltà, sostituita poi dal diverso sistema di adeguamento previsto dalla legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 – è tutelabile dinanzi

al giudice amministrativo quando attenga all'*an* della revisione, in quanto correlata all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla norma alla stazione appaltante, sulla base di valutazioni correlate a preminenti interessi pubblicistici. Essa acquista natura e consistenza di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario, quando il diritto alla revisione derivi da apposita clausola stipulata, in deroga alla regolamentazione legale, anteriormente all'entrata in vigore della legge 22 febbraio 1973 n. 37, che ha vietato ogni genere di accordo incidente su questo aspetto del rapporto, ovvero quando l'amministrazione abbia già esercitato il potere discrezionale a lei spettante adottando un provvedimento attributivo, o ancora abbia tenuto un comportamento tale da integrare un implicito riconoscimento del diritto alla revisione, così che la controversia riguardi soltanto il *quantum* della stessa (sent. **n. 18126**).

2.9. Concessioni

Ove si controverta sull'affidamento di beni in concessione, l'art. 5 della legge 1024 del 1971 consente di ravvisare la giurisdizione amministrativa (sent. **n. 14329**, in tema di sfruttamento di cave), sempre che la controversia non attenga ad **aspetti patrimoniali** (sent. **n. 4955**, in tema di accertamento negativo del dovere di corrispondere i canoni: diversamente sarebbe stato ove si fosse richiesta la risoluzione della concessione per inadempimento del concedente), e non si tratti di subconcessione (sent. **n. 20339**, riguardo al rilascio, per scadenza del rapporto, di un box e di posti auto ubicati all'interno di un aeroporto ed al risarcimento dei danni per il periodo di illegittima occupazione, in quanto l'Amministrazione pubblica non aveva specificamente autorizzato la subconcessione a favore di un terzo determinato, prevedendo la concessione la facoltà del concessionario di subconcedere a terzi i servizi, previo nulla-osta dell'Amministrazione; diversamente, la domanda di manleva dell'ente pubblico, convenuto per il risarcimento dal concessionario di servizi per il danno dalla successiva concessione

a un terzo, proposta dal concedente nei confronti del nuovo concessionario: ord. **n. 5336**): a tal proposito non qualifica la patrimonialità della controversia, la questione circa l'esonero del concessionario dall'obbligo di versare la cauzione, perché riguarda un presupposto per il rilascio della concessione (sent. **n. 14789**), o la debenza di una penale in caso di cessione vietata del bene concesso, inerendo la controversia all'ambito del potere autorizzatorio e alla discrezionalità amministrativa (sent. **n. 6744**), mentre attiene ai corrispettivi, ed è attribuita al giudice ordinario, la controversia concernente il pagamento di somme a titolo di mancato adeguamento delle tariffe in materia di compensi per le prestazioni sanitarie rese in regime di convenzione tra ASL e società erogatrice di servizi, la cui misura non implica margini di discrezionalità (ord. **n. 14542**).

La necessità che la giurisdizione esclusiva tragga origine dalla medesima natura, riguardo alle specifiche controversie, della giurisdizione di legittimità, come enunciato dalla sentenza 204 della 2004 della Corte costituzionale, è stata applicata anche alla giurisdizione esclusiva in materia di concessione: si è infatti ritenuto che spetta al giudice ordinario, e non al Tsap (quale giudice amministrativo in unico grado nelle controversie in materia di acque pubbliche), conoscere della domanda con cui la società concessionaria di lavori pubblici, relativi allo sfangamento di un lago, chieda l'annullamento per illegittimità (ed il risarcimento dei danni subiti per effetto) del decreto dell'assessore regionale, adottato senza rimettere in discussione la precedente aggiudicazione, recante la **risoluzione, per impossibilità (normativa) sopravvenuta, della convenzione**, in precedenza stipulata con essa società. Ciò in quanto la posizione soggettiva incisa dal provvedimento impugnato ha la consistenza del diritto soggettivo, atteso che l'impossibilità sopravvenuta, invocata dall'assessore regionale a sostegno della dichiarazione con la quale l'amministrazione afferma di ritenersi libera dall'obbligo contrattuale, non esprime una potestà amministrativa né la volontà di modificare unilateralmente, a seguito dell'apprezzamento dell'interesse pubblico attribuito all'ente, la situazione giuridica

soggettiva della concessionaria, ma considera l'estinzione dell'obbligazione alla stregua di un effetto prodotto direttamente dalla legge (sent. **n. 7441**).

2.10. Finanziamenti

L'esistenza di una **procedura per il conseguimento di determinate posizioni di vantaggio**, siano esse l'acquisizione di *status* o l'attribuzione di contributi o finanziamenti, è in generale ostativa alla ravvisabilità di posizioni di diritto soggettivo (così anche la fase successiva di verifica della persistenza dei requisiti per le agevolazioni: sent. **n. 10603**, in tema di promozione e sviluppo dell'imprenditoria giovanile; diversamente sent. **n. 6639**, riguardo alla riduzione di finanziamenti per l'attività di promozione professionale, atteso che la verifica interviene nella fase degli adempimenti agli obblighi assunti dal privato una volta ottenuto il finanziamento), a meno che l'attività amministrativa sia caratterizzata dall'esercizio di soli poteri di discrezionalità tecnica, che si estrinseca nella **certazione di presupposti** dalla cui esistenza soltanto dipende l'attribuzione delle prestazioni consustanziali a quella posizione di vantaggio: così in tema di collocamento obbligatorio, va riconosciuta la natura di diritto soggettivo alle posizioni degli interessati con riguardo sia alla iscrizione negli elenchi, sia al conseguente diritto alla assunzione obbligatoria, con la derivante affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle domande che trovino il presupposto nei suddetti aspetti (ord. **n. 16621**). Così anche in tema di contributi per la ricostruzione dopo gli eventi sismici del 1980-81, di cui alla legge 219 del 1981 (ord. **n. 466**; sent. **n. 21000**) e di sovvenzione per la ricostruzione degli immobili demoliti a causa del bradisismo nell'area flegrea (sent. **n. 2204**); di finanziamento regionale in favore degli istituti professionali (sent. **n. 21284**) e di contributo a favore delle aziende agricole danneggiate dalla siccità (sent. **n. 12727**); di erogazione di borsa di studio per la frequenza a corsi di specializzazione, a causa del mancato recepimento delle direttive comunitarie,

aventi natura incondizionata e sufficientemente precisa, e quindi generanti posizioni di diritto soggettivo (sent. **n. 2203**); alla posizione di interesse legittimo in cui si trovano sia il datore di lavoro che i lavoratori, rispetto all'emanazione di un provvedimento di ammissione dell'impresa alla cassa integrazione sia ordinaria che straordinaria, si sostituiscono posizioni di diritto soggettivo tra imprenditore, o lavoratori, da una parte, e INPS dall'altra, aventi origine dal provvedimento medesimo ed attinenti, in particolare, al rimborso dell'integrazione retributiva anticipata o alla diretta corresponsione della medesima (sent. **n. 16780**). In tema di interventi per la ricostruzione delle zone colpite dal terremoto, la controversia relativa alla (mancata) acquisizione al patrimonio del Comune dell'area su cui insisteva l'edificio distrutto o danneggiato, rimasta inutilizzabile per motivi tecnici, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, giacché in detta controversia l'atto amministrativo del Comune, chiamato ad accertare l'avvenuta acquisizione del bene al patrimonio dell'ente locale, non esprime l'esercizio di alcun potere discrezionale, essendo il passaggio dell'area al patrimonio comunale stabilito direttamente dalla legge, di tal che la posizione giuridica soggettiva del privato proprietario è di diritto soggettivo (ord. **n. 8207**). La denuncia di non corretto svolgimento della gara per la dismissione di imprese pubbliche (e selezione del contraente), con richiesta di reintegrazione in forma specifica mediante declaratoria dell’obbligo della pubblica amministrazione di risolvere il contratto con il contraente selezionato, concerne invece la fase pubblicistica, e dunque attiene alla giurisdizione sugli interessi legittimi, che comporta la cognizione sui diritti consequenziali, in base all’art. 35, comma 4, d.lgs. 80 del 1998 (sent. **n. 9103**).

2.11. La responsabilità della pubblica amministrazione

Il tema della responsabilità della pubblica amministrazione resta oggetto di dibattito e progressivo chiarimento.

Dal momento in cui le Sezioni unite, con la sentenza 500 del 1999, ammisero l'azione risarcitoria per i danni cagionati dall'attività provvedimentale (illegittima), il tema della responsabilità della pubblica amministrazione è rimasto al centro del dibattito, innescandosi sul tema della risarcibilità della lesione di posizioni soggettive qualificabili come interessi legittimi, la questione dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria davanti al giudice ordinario. Ciò era possibile nella misura in cui, secondo i consueti schemi di riparto, il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo, come di qualsiasi altra posizione d'interesse riconosciuta meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento, veniva costruita come diritto soggettivo, ponendosi al centro del sistema il concetto di danno ingiusto, e facendosi dell'art. 2043 c.c. una norma primaria e non semplicemente sanzionatoria di precetti riposti altrove. Su tale linea, anche nel 2005, si è registrata la convergenza di alcune pronunce in cui si è ribadito che al giudice ordinario spetta, in linea di principio, la giurisdizione a conoscere di questioni di diritto soggettivo, tale essendo la natura della pretesa risarcitoria, che è distinta dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (sentt. **n. 2206 e 13711**).

I presupposti normativi sono da allora mutati, giacché la riforma del processo amministrativo (con legge 205 del 2000) ha portato con sé anche la riformulazione con legge ordinaria di quella risistemazione dei criteri di riparto, già contenuta nel d.lgs. 80 del 1998, fondati su *blocchi di materie*, che la Corte costituzionale (prima con la sentenza 292 del 2000 in tema di servizi) ha censurato, perché eccedenti i limiti della delega legislativa (e poi con la sentenza 281 del 2004 in materia urbanistica).

La nuova legge in tema di giustizia amministrativa ha completato il processo di razionalizzazione del sistema di tutela, estendendo ora anche alla giurisdizione di legittimità, la conoscenza del giudice amministrativo delle questioni relative al risarcimento del danno e degli altri diritti patrimoniali consequenziali (così l'art. 35, comma 4, del d.lgs. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. *c*) della legge 205, a

ulteriore sostituzione del primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge 1034 del 1971). L'analisi della norma assume un ruolo rilevante portata nell'impianto argomentativo della sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale, che da ultimo ha ridimensionato il *trend* iniziato negli anni '90 (e di cui il d.lgs. 80 del 1998 aveva segnato il culmine), di ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: è in virtù delle considerazioni formulate dalla Consulta a proposito dell'art. 35, che la giurisprudenza ha individuato il metodo per reimpostare la questione di giurisdizione relativa alla responsabilità della pubblica amministrazione.

Il ridimensionamento della giurisdizione esclusiva ha comportato la riaffermazione della centralità delle posizioni giuridiche soggettive, e la **primazia del giudice ordinario nella conoscenza delle questioni in tema di diritti soggettivi**, in applicazione dei fondamentali principi, tutt'oggi validi, della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E. In tal modo, il criterio del *petitum* sostanziale viene riaffermato nelle controversie che appaiono al di fuori di ogni possibile interferenza delle "particolari materie": così in tema di rivendica degli emolumenti da parte dei lavoratori socialmente utili (sentt. **n. 3508 e 11346**).

Analogamente, riguardo alle controversie aventi ad oggetto domande di risarcimento del danno lamentato dai risparmiatori nei confronti della Consob per violazione degli obblighi di vigilanza sul mercato mobiliare, la posizione di quelli nei confronti dell'Autorità di vigilanza assume la consistenza del diritto soggettivo non esercitando la Consob alcun "potere" sui risparmiatori, trattandosi dei soggetti che essa è tenuta a tutelare (ord. **n. 15916**).

L'esercizio di autotutela è configurabile, quale manifestazione di autorità, nei rapporti con i privati, non anche tra enti, e le relative controversie, in assenza di specifiche regole di attribuzione della giurisdizione, appartengono al giudice ordinario (ord. **n. 1864**; così anche le controversie tra Comuni, per l'accertamento della titolarità dell'obbligo di pagamento del compenso agli enti erogatori di prestazioni assistenziali a favore di minori: ord. **n. 20114**).

Lo stato del dibattito in tema di tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione, assiste oggi ad affermazioni contrastanti. Da un lato, la constatazione per cui il legislatore della riforma ha inteso perseguire obiettivi di semplificazione e razionalizzazione, concentrando presso lo stesso giudice tutte le controversie scaturenti da un medesimo fatto, porta ad escludere che il precedente e macchinoso sistema della duplice tutela giurisdizionale (dinanzi al giudice amministrativo e poi davanti al giudice ordinario) possa essere fatto, anche solo parzialmente, rivivere quando l'interessato, anziché invocare la pienezza della tutela riconosciutagli dalla legge (annullamento e risarcimento), preferisca chiedere soltanto quest'ultimo. **Il ridimensionamento della giurisdizione esclusiva in materia urbanistica non toglie che ove si chieda il risarcimento, debba ravvisarsi la giurisdizione del giudice amministrativo**, sia la domanda di risarcimento proposta congiuntamente o alternativamente a quella di annullamento dell'atto amministrativo (ord. **n. 5078**, in tema di danni per la lesione di interessi pretensivi in conseguenza di atti di diniego dell'amministrazione; ord. **n. 6745**, in tema di danni per il ritardo nel rilascio di concessione edilizia; ord. **n. 12794**, per i danni richiesti al comune per l'annullamento di concessione edilzia a suo favore su esposto di un confinante; ord. **n. 15660**, in tema di danni conseguenti alla realizzazione di linea ferroviaria ad alta velocità).

Secondo un altro indirizzo, non sembra da scartare, in via assoluta, la tesi di un **persistente spazio di giurisdizione ordinaria ove la tutela risarcitoria sia collocabile in una sfera diversa dall'esistenza e legittimità degli atti amministrativi**, sia perché non si abbia, o non si abbia più, interesse alla rimozione di atti lesivi di posizioni soggettive, o sia stata l'amministrazione a ritirare l'atto lesivo in via di autotutela, o l'annullamento giurisdizionale sia avvenimento remoto o si sia semplicemente invocata la violazione della regola fondamentale del *neminem laedere* (sent. **n. 20117**, con riferimento all'azione promossa da privato per il ripristino del piano stradale che, a seguito delle opere di manutenzione da parte del Comune, era stato rialzato, modificandosi il regime di

deflusso delle acque, con conseguenti allagamenti delle abitazioni). Le fondamentali affermazioni rinvenibili nella sentenza 204 del 2004, laddove tratta della responsabilità della pubblica amministrazione alla luce dell'art. 35 del d.lgs. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7 della legge 205 del 2000, fanno ritenere che la previsione di conoscenza del giudice amministrativo sul risarcimento, anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità (comma 4) oltre che esclusiva (comma 1), non escluda del tutto la giurisdizione ordinaria per l'attività lesiva posta in essere da soggetti pubblici o soggetti equiparati. La Consulta ha esplicitamente escluso che quella del risarcimento costituisca materia per la quale il legislatore abbia concepito una giurisdizione esclusiva: sicché la previsione che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone il risarcimento del danno ingiusto, e che il Tar, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno - è norma che non attiene alla giurisdizione, ma all'estensione dei poteri del giudice amministrativo, nel senso che, per un principio di concentrazione, essa configura ora come "piena" la giurisdizione, sia esclusiva che generale di legittimità, del giudice amministrativo, autorizzando quel giudice a conoscere, quindi, anche delle domande risarcitorie, connesse all'impugnazione dell'atto (ord. **n. 3822**, riguardo al risarcimento dei danni conseguenti alla adozione di un illegittimo provvedimento, annullato dal TAR, di autorizzazione commerciale alla rivendita di giornali), ma ove appunto sussista, in relazione a questo, la sua giurisdizione, e non già in relazione a qualsiasi istanza risarcitoria formulata nei confronti della pubblica amministrazione (sent. **n. 6743**, cit.).

Si è chiarito che, oltre ai casi in cui il comportamento della pubblica amministrazione risulta privo di ogni interferenza con un atto autoritativo, non potendosi reputare neanche mediatamente espressione dell'esercizio del potere, la giurisdizione del giudice ordinario è configurabile ove l'atto o il provvedimento di cui la condotta dell'amministrazione sia esecuzione, non costituisce oggetto del giudizio, facendosi valere unicamente l'illiceità della condotta del soggetto

pubblico, *ex* art. 2043 c.c., suscettibile di incidere sui diritti patrimoniali dei terzi: così in tema di danno lamentato da esercenti di attività commerciale a causa dell'abnorme dilatazione dei tempi di costruzione di un parcheggio pubblico nella zona in cui si svolgeva la suddetta attività (ord. **n. 20123**).

2.12. Pubblico impiego

In ordine alle controversie relative a **procedure concorsuali** per l'assunzione dei pubblici dipendenti si è consolidato il principio in virtù del quale la giurisdizione deve essere attribuita al giudice ordinario od a quello amministrativo a seconda che ricorra una delle seguenti ipotesi: a) giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni, ovvero relative a concorsi misti, restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, poiché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni; b) giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura del concorso all'esterno; c) giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale (sent. **n. 6217**; ord. **n. 10605**)

In armonia con questi principi, la sentenza **n. 20107** ha affermato che la cognizione della domanda avente ad oggetto il riconoscimento del diritto allo **scorrimento della graduatoria** di precedente concorso interno - che, di regola, si colloca fuori dell'ambito della procedura concorsuale - appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la controversia attiene al "diritto all'assunzione", salva la verifica del fondamento di merito della domanda medesima, che esula dal novero

delle questioni di giurisdizione. Tuttavia, questo principio soffre un’eccezione quando di siffatto diritto è dedotta l'esistenza necessariamente consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, sicché l'interessato, in effetti, intende chiedere tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, evocando in tal modo una situazione di interesse legittimo, la cui tutela deve essere accordata dal giudice amministrativo. In tal caso la tutela neppure può essere concessa mediante disapplicazione della decisione di bandire il concorso nel giudizio ordinario, in quanto detto potere presuppone proprio che la controversia cada su un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione *incidenter tantum*.

La domanda che presupponga l'avvenuto svolgimento di prestazioni lavorative in favore di un ente pubblico non economico (nella specie, un Comune) con continuità, con vincolo di subordinazione e dietro retribuzione, integra, invece – secondo la sentenza **n. 9100** – deduzione di un rapporto di pubblico impiego, non di un rapporto di tipo privato con l'ente, per il quale (a parte i casi di diretta qualificazione in tal senso disposta dalla legge) si richiede, invece, che venga prospettato l'inserimento del lavoratore in una organizzazione separata ed autonoma rispetto alla struttura dell'ente, gestita con criteri di imprenditorialità.

L’ordinanza **n. 11722** ha, quindi, affermato che rientrano nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie relative ad **assunzioni di lavoro che avvengono attraverso meccanismi non concorsuali**, anche qualora a detto scopo debbano essere effettuate verifiche sulla sussistenza di requisiti soggettivi (che, se presenti, danno diritto in via prioritaria all'assunzione). In questa ipotesi non è, infatti, configurabile una comparazione tra "aspiranti" all'assunzione, fondata su di una valutazione incentrata sulla discrezionalità amministrativa, strumentale al fine di risolvere, con la nomina dei "vincitori", la relativa competizione.

Questa regola del riparto è stata ulteriormente esplicitata dalla sentenza **n. 11348**, concernente un rapporto di lavoro alle dipendenze di enti regionali *ex* artt. 4 e 5 del

d.P.R. 6 marzo 2001 n. 190, secondo la quale il conferimento dell'incarico di direttore da parte del Consiglio di amministrazione degli Istituti regionali di ricerca educativa è caratterizzato da aspetti fiduciari ed è attuato a seguito di selezione in relazione alla quale difetta il carattere concorsuale - stante l'assenza di qualsiasi previsione normativa in ordine sia ad una valutazione comparativa fra gli aspiranti sia alla formulazione di una graduatoria dei medesimi - con la conseguenza che la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Analogamente, l'ordinanza **n. 21593**, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia concernente il **conferimento dell'incarico di dirigente** di secondo livello del ruolo sanitario (art. 15-*ter*, commi 2 e 3, d.lgs. n. 502 del 1992), escludendo che rilevi al fine della natura concorsuale della relativa procedura la circostanza che è attribuito ad una commissione il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, perché è questi, poi, a conferire l'incarico, mediante una scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale. Inoltre, neppure confortano il carattere concorsuale della procedura la circostanza che la stessa è aperta a dipendenti di enti diversi e di strutture private e la necessità della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale di un preventivo avviso, che mira esclusivamente ad ampliare la platea dei soggetti tra i quali operare la scelta. Infine, ha precisato la pronuncia, nel conferimento di questo incarico difetta anche l'esercizio di un potere autoritativo, tenuto conto che l'organizzazione e il funzionamento delle aziende sanitarie avvengono mediante atti di diritto privato, giusta la previsione in tal senso contenuta nelle norme che le disciplinano (art. 3, commi 1-*bis* e *ter* del d.lgs. cit.; art. 3, comma 2, d.lgs. n. 517 del 1999).

La giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie concernenti il conferimento degli incarichi dirigenziali è stata ribadita dall'ordinanza **n. 14252**, secondo la quale la riserva, in via residuale, alla giurisdizione amministrativa, contenuta nell'art. 68, d.lgs. n. 29 del 1993 (ora art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001),

concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la pubblica amministrazione, nonché quelle cosiddette interne per l'accesso ad aree o fasce funzionali superiori, comprese nell'area dei procedimenti amministrativi. Gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, che non concretano procedura concorsuale, ed i cui destinatari non solo sono già in servizio, ma sono anche in possesso della relativa qualifica professionale, conservano invece natura privata, in quanto atti interni di organizzazione. Di particolare interesse è che la pronuncia ha precisato che questi atti hanno siffatta natura anche dopo la riforma attuata con la legge n. 145 del 2002, il cui art. 3 – che ha modificato l'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001- definisce come «provvedimento» l'atto di conferimento dell'incarico, senza tuttavia aggiungere il predicato «amministrativo», presente invece in tutte le norme che disciplinano gli atti di esercizio del potere pubblico. Dunque, gli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali, anche dopo questa legge, hanno conservato la natura di determinazioni assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Il carattere residuale della giurisdizione amministrativa e l’ampia portata della previsione, salvo tassative eccezioni, dell’attribuzione al giudice ordinario della cognizione di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni hanno fondato l’affermazione della giurisdizione del giudice ordinario anche in ordine alle controversie relative sia al rapporto di impiego intercorrente tra il segretario comunale e l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, sia al rapporto organico, intercorrente tra **il segretario e l'ente locale**, e quindi anche alle controversie aventi ad oggetto l'anticipata collocazione del segretario in posizione di disponibilità, ai sensi dell'art.19, comma 1, del d.P.R. n. 465 del 1997, presso l'Agenzia per la gestione dell'albo (ordinanza **n. 16876**).

Alla giurisdizione del giudice ordinario – ha affermato la sentenza **n. 6421** – sono altresì attribuite le controversie concernenti la **procedura di mobilità del personale docente** riguardante i passaggi di cattedra e di ruolo della scuola

secondaria superiore (adottata ai sensi degli artt. 462 e seg. del D.Lgs. 16 aprile 1994 n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni, e sulla base dell'ordinanza ministeriale n. 23, prot. n. 8315/DM, in data 8 febbraio 2001), essendo stata esclusa la configurabilità di situazioni di interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa e ricondotto al diritto soggettivo l'interesse pregiudicato da decisioni assunte in esito a procedimenti riconducibili all'esercizio dei poteri del privato datore di lavoro le quali, non incidendo direttamente sui rapporti di lavoro dedotti in giudizio, determinano taluni assetti organizzativi del personale. In contrario, è stata, infine, ritenuta irrilevante la circostanza che la pretesa giudiziale fosse stata prospettata come richiesta di annullamento di un atto amministrativo, siccome l'individuazione della giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda, il quale va identificato, in base al criterio del *petitum* sostanziale, all'esito dell'indagine sulla effettiva natura della controversia in relazione alle caratteristiche del particolare rapporto fatto valere in giudizio.

Nell'individuazione dei casi nei quali il rapporto di lavoro è attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario è di interesse la sentenza **n. 5075**, che, in relazione al rapporto concernente i **direttori degli Istituti italiani di cultura all'estero** (art. 14 della legge 22 dicembre 1990 n. 401), ha escluso che gli stessi siano assimilabili o equiparabili al personale appartenente alla carriera diplomatica, con la conseguenza che per la controversia concernente questo rapporto – anche per quella avente ad oggetto l'impugnazione della determinazione ministeriale di non procedere alla rinnovazione dell'incarico – non può essere invocata la giurisdizione del giudice amministrativo, prevista per il personale della carriera diplomatica (artt. 3 e 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165).

La giurisdizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, stabilita per le controversie concernenti il **rapporto d'impiego dei professori e ricercatori universitari**, è stata affermata dall'ordinanza **n. 6635** anche in relazione alla controversia avente ad oggetto lo *status* del professore universitario,

che si assumeva leso dalla estensione - compiuta dallo statuto universitario - dell'elettorato attivo per la carica di rettore a personale non docente.

In ordine alle controversie in materia di **impiego alle dipendenze delle Autorità indipendenti**, l'ordinanza **n. 13446** ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia concernente il rapporto di un dirigente assunto in prova dalla Autorità garante delle comunicazioni, rinvenendo la fonte di questa attribuzione nell'art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997 n. 249, qualificata come norma speciale, oltre che derogatoria, rispetto alla più generale opzione legislativa -sottesa alla riforma del pubblico impiego- a favore della giurisdizione ordinaria, anche in considerazione della *ratio* posta alla base delle deroghe espresse dall'art. 3 del d.lgs. 31 luglio 2001 n. 165, giustificate dalla accentuata autonomia -rispetto al potere esecutivo- su cui tutte le Autorità indipendenti fondano la loro presenza nell'ordinamento, autonomia che non può non riflettersi sul momento conformativo del rapporto di lavoro del personale.

In riferimento alla giurisdizione sugli atti che influiscono sul rapporto di lavoro, appare di interesse l'ordinanza **n. 21592**, secondo cui in materia di lavoro pubblico privatizzato, dal sistema di riparto di giurisdizione delineato dall'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001, risulta chiaramente che le controversie concernenti (secondo il criterio del cosiddetto *petitum* sostanziale, in base al quale non è sufficiente la mera impugnazione dell'atto amministrativo) gli atti recanti **le linee fondamentali di organizzazione degli uffici**, adottati dalle amministrazioni ai sensi dell'art. 2, comma primo, dello stesso decreto - quali atti presupposti, rispetto a quelli di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro, nei confronti dei quali sono configurabili astrattamente situazioni di interesse legittimo derivando gli effetti pregiudizievoli direttamente dall'atto presupposto - spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo.

In contrario non rileva la loro incidenza riflessa sugli atti di gestione di diritto privato dei rapporti di lavoro, ai fini dell'attrazione alla giurisdizione del giudice ordinario, nonchè l'effettiva sussistenza dell'interesse al ricorso, in quanto le

questioni della legittimazione, processuale e sostanziale, e delle condizioni dell'azione sono estranee all'area dei limiti esterni del potere giurisdizionale e vanno risolte dal giudice munito di giurisdizione. La pronuncia ha, quindi, dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia avente ad oggetto l'impugnazione, da parte di organizzazioni sindacali, di un regolamento della Regione Lazio, di attuazione della legge regionale n. 25 del 1996, in materia di inquadramento del personale, che aveva consentito il conferimento della qualifica dirigenziale a numerosi dipendenti.

Con la sentenza **n. 460** le Sezioni Unite hanno rimeditato l'orientamento in tema di giurisdizione sulle controversie in materia di **sanzioni disciplinari per gli addetti al servizio pubblico di trasporto in concessione**, enunciando un principio ribadito successivamente dalle ordinanze **nn. 1728** e **n. 9939** e dalla sentenza **n. 6999**.

Secondo il precedente indirizzo, dette controversie spettavano, infatti, al giudice amministrativo in forza dell'art. 58 del r.d. 8 gennaio 1931 n. 148, allegato A). Le pronunce sopra richiamate –specie la prima- all'esito di una approfondita ricostruzione dell'evoluzione normativa succedutasi negli ultimi anni, e richiamando a conforto anche la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, allo scopo di individuare la *ratio* che giustifica i casi di giurisdizione amministrativa, hanno invece affermato che detta norma deve ritenersi implicitamente abrogata «per incompatibilità con il sistema complessivo». In particolare, con la riforma realizzata con il d.lgs. n. 29 del 1993 e, successivamente, con l'art. 102 lett. b), d.lgs. n. 112 del 1998, che sopprimendo le funzioni amministrative relative alla nomina dei consigli di disciplina, ha implicitamente abrogato le norme del succitato r.d., le quali postulano l'operatività di tali organi, inclusa la devoluzione alla giurisdizione amministrativa dei ricorsi avverso le loro decisioni.

Di particolare interesse nel 2005 sono alcune pronunce che hanno affrontato il tema della giurisdizione in riferimento alle controversie concernenti rapporti di

lavoro stipulati con organizzazioni non statali. Di esse si dirà nel paragrafo che segue.

2.13. Il diritto internazionale privato

Le Sezioni Unite si sono più volte occupate dei limiti della giurisdizione italiana nei confronti di Stati esteri o di enti extraterritoriali.

L'ordinanza **n. 11225** ha precisato che, mentre hanno natura innegabilmente privatistica gli **atti di emissione e di collocamento sul mercato internazionale dei titoli obbligazionari ("*global bonds*") della Repubblica Argentina**, non hanno analoga natura paritetica i successivi provvedimenti di moratoria, adottati dal Governo di quello Stato, giacché tali provvedimenti – incidenti sul momento funzionale del rapporto obbligatorio tra le parti, con un effetto non limitato ai soli interessi, ma esteso alla sorte capitale – sono espressione della potestà sovrana dello Stato, sia per la loro natura di leggi di bilancio, sia, soprattutto, per le finalità, eminentemente pubblicistiche, perseguite, di governo della finanza pubblica in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza economica in un contesto storico di grave emergenza nazionale dello Stato emittente. Da ciò le Sezioni Unite – alla luce del principio secondo cui l'immunità dello Stato estero ricorrre anche nel caso di pretese a contenuto patrimoniale rivolte nei suoi confronti, sempre che il riconoscimento delle stesse richieda apprezzamenti ed indagini sull'esercizio dei poteri pubblicistici dello Stato medesimo – hanno fatto derivare il difetto di giurisdizione dello Stato italiano a conoscere della controversia promossa dal cittadino italiano, acquirente dei predetti titoli obbligazionari argentini, per la condanna della Repubblica Argentina alla restituzione anticipata, in applicazione del principio della decadenza del debitore dal beneficio del termine, del valore nominale delle obbligazioni da esso detenute.

La sentenza **n. 20995** - rimeditando il precedente orientamento espresso dalla sentenza n. 149 del 1999 - ha affermato che l'attribuzione ad una organizzazione

internazionale non statale, nella convenzione ratificata, della capacità di concludere accordi con governi statali comporta il riconoscimento di una soggettività giuridica internazionale, ma non è sufficiente ad equipararla ad uno stato estero, tanto da assicurarle l'immunità giurisdizionale alla stregua del principio *par in parem non habet jurisdictionem* recepito dall'art. 10 Cost., essendo invece necessario che tale immunità risulti, esplicitamente o implicitamente, dalle norme pattizie internazionali relative all'organizzazione medesima, ovvero da norme della legislazione nazionale. La pronuncia, in riferimento all'**Istituto Universitario Europeo**, ha precisato che dalle disposizioni della convenzione (legge n. 920 del 1972 e legge n. n. 637 del 1994), dall'allegato protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Istituto e dall'accordo di sede (d.P.R. n. 990 del 1976) risulta riconosciuta, oltre alla soggettività internazionale, anche l'immunità dalla giurisdizione dello Stato ospitante relativamente al rapporto di lavoro dei dipendenti ("agenti", "agenti temporanei" e "agenti ausiliari"), esclusi gli "agenti locali" (nella specie si trattava di dipendente "agente ausiliario" che chiedeva, tra l'altro, l'accertamento dell'illegittimità dell'apposizione del termine), sottolineando che detta immunità non comporta il sacrificio del principio costituzionale della tutela giudiziaria (art. 24 Cost.), in quanto sono apprestati strumenti di adeguata tutela giurisdizionale e non meri rimedi interni.

Secondo la sentenza **n. 20106**, il problema della giurisdizione sui **rapporti di lavoro instaurati dai Paesi, organismi militari e comandi supremi, con cittadini dello Stato** nel quale essi si trovino ad operare per lo svolgimento dei propri compiti, deve essere risolto in base alla Convenzione di Londra del 19 giugno 1951, resa esecutiva in Italia con la legge 30 novembre 1955 n. 1335, la quale distingue in due categorie il personale civile impiegato presso una forza armata.

In particolare, la prima, prevista dall'art. 1, paragrafo 1, lett. b), è designata con il termine "elemento civile" ed è formata da chi sia al seguito di una forza di una parte contraente e sia impiegato da una forza armata di tale parte contraente e non

sia né apolide, né di uno Stato non partecipante al Trattato del Nord Atlantico, né cittadino dello Stato sul cui territorio la forza è in servizio, né sia in esso abitualmente residente, sicché deve trattarsi di persone che, mentre non hanno nessun legame con lo Stato ospitante, ne hanno invece di stabili con lo Stato ospitato, in virtù dell'inserimento nella sua organizzazione, e che, pertanto, sono soggette alle sue leggi sostanziali e, di regola, alla sua giurisdizione.

La seconda categoria, risultante dall'art. 9, paragrafo 4, della citata Convenzione, è, invece, costituita da personale non al seguito di una forza armata, ma destinato a soddisfare soltanto necessità locali di manodopera, ossia da dipendenti che sono assoggettati al diritto privato locale e, conseguentemente, sono sottoposti, in Italia, alla giurisdizione italiana.

La pronuncia ha, quindi, precisato che, ai fini della individuazione dell'appartenenza o meno di un dipendente al cosiddetto "elemento civile" impiegato dalla Forza armata in funzione della valutazione sulla giurisdizione, la Convenzione di Londra deve essere interpretata nel senso che la rinuncia all'immunità dalla giurisdizione dello Stato ospitante opera solo ove una parte contraente abbia espresso oggettivamente (anche mediante comportamenti concludenti) l'intento di costituire rapporti di lavoro a "statuto locale"; in caso diverso, è la stessa applicazione della Convenzione che resta esclusa, cedendo all'operatività del principio generale dell'immunità garantita agli Stati esteri per le pretese direttamente incidenti sul loro assetto organizzativo (come è certamente per la domanda di annullamento di licenziamento e di reintegrazione nel posto di lavoro) (nel caso di specie, una dipendente del Governo U.S.A. addetta allo "*shop*" presso una base militare ubicata sul territorio italiano assunta nel 1981 quale cittadina americana con residenza dichiarata negli U.S.A. e con lo *status* proprio del "*civilian component*", che aveva, però, la sua residenza effettiva in Italia fin dalla nascita ed era in possesso anche della cittadinanza italiana, alla quale non aveva inteso rinunciare, malgrado espresso invito dell'autorità americana, aveva impugnato il licenziamento; la sentenza ha dichiarato il difetto di giurisdizione del

giudice italiano, statuendo che, ai fini propri della giurisdizione, se non può accordarsi rilievo alle mere qualificazioni formali - come l'assunzione di un cittadino italiano quale "elemento civile" -, deve valere a tutti gli effetti la qualificazione giuridica conforme ai dati disponibili al momento dell'assunzione, non valendo a modificarla la non rispondenza alla realtà, ovvero l'erroneità del loro apprezzamento).

In questo medesimo ordine di idee si colloca la sentenza **n. 7791**: essa ha affermato che nei confronti degli **enti estranei all'ordinamento italiano**, perché enti di diritto internazionale, il giudice italiano è carente della potestà giurisdizionale idonea ad interferire nell'assetto organizzativo e nelle funzioni proprie di essi, mentre può emettere provvedimenti di contenuto esclusivamente patrimoniale. Tra questi non può comprendersi la sentenza di condanna ad un pagamento che debba essere logicamente preceduta da un accertamento del danno da interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con prestazioni lavorative attinenti ai fini istituzionali dell'ente datore di lavoro. Infatti una tale sentenza, una volta passata in giudicato, farebbe stato sia sull'obbligo di pagare sia (questione pregiudiziale logica) sull'obbligo di ricevere a tempo indeterminato le prestazioni lavorative. Nella specie, l'attore aveva chiesto la dichiarazione di nullità, ai sensi della legge 18 aprile 1962 n. 230, della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro avente ad oggetto mansioni di promozione e sviluppo, anche con progetti speciali, dell'Opera romana pellegrinaggi - articolazione del Vicariato di Roma, ente della Santa Sede - con compiti di direttore di agenzia e la condanna al pagamento di retribuzioni non corrisposte, a partire dalla cessazione di fatto del rapporto: su questa domanda le Sezioni Unite hanno dichiarato il difetto della giurisdizione italiana.

Il personale amministrativo del "*British Council*", assunto con "contratto locale", secondo l’ordinanza **n. 18122**, è soggetto alla legislazione italiana e, in particolare, alla normativa sui licenziamenti, in quanto la Convenzione del 28 novembre 1951 tra l'Italia, il Regno Unito e l'Irlanda del Nord (ratificata con legge 25 febbraio

1953 n. 124) non prevede per il "*British Council*" una immunità assoluta dalla giurisdizione dello Stato italiano. Pertanto, sussiste la giurisdizione del giudice italiano in ordine alla controversia promossa da una dipendente (con mansioni di addetta di biblioteca) di tale ente che, dolendosi dell'illegittimità del licenziamento intimatole, chieda la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

In tema di diritto internazionale privato, le Sezioni Unite hanno affrontato il problema della competenza giurisdizionale ad aprire la **procedura di insolvenza** a seguito della nuova disciplina contenuta nell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento CE 29 maggio 2000, n. 1346/2000, a termini del quale competenti ad aprire la procedura di insolvenza sono i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore, presumendosi – per le società e le persone giuridiche – che il centro degli interessi sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria. Secondo l'ordinanza **n. 10606**, non contenendo detto regolamento la definizione di centro degli interessi principali, è compito del giudice nazionale da un lato stabilire quale sia in concreto, alla stregua del proprio ordinamento, la sede effettiva della società, e se il centro dei suoi interessi coincida realmente con la sede statutaria; dall'altro determinare, secondo la legge del luogo di costituzione della società (ai sensi dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218), gli effetti del trasferimento all'estero della sede statutaria. In questo contesto, ove al trasferimento all'estero della sede legale di una società non abbiano fatto seguito né l'effettivo esercizio di attività imprenditoriale (pur nei limiti di un'impresa in liquidazione) nella nuova sede, né il trasferimento, presso di essa, del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa della società, deve ritenersi che la presunzione in ordine alla coincidenza della sede effettiva con la sede legale debba continuare ad operare con riferimento alla sede anteriore; pertanto, sussiste la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento di società che in Italia abbia avuto, prima del detto (meramente formale) trasferimento, la sede legale.

L’ordinanza **n. 385** definisce la portata e l’ambito dei **rapporti societari**, secondo l'art.16, numero 2, della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, resa esecutiva con la legge 21 giugno 1971 n. 804. Tra le domande inerenti alla "validità, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche o delle decisioni dei loro organi" – che il citato art.16, numero 2, della Convenzione affida alla giurisdizione esclusiva dello Stato in cui esse hanno sede – non rientra, secondo le Sezioni Unite, la domanda proposta da un socio contro altro socio ed amministratore della società da entrambi costituita per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni derivanti da irregolarità da quest’ultimo commesse nella detta veste, atteso che una siffatta controversia non coinvolge il patto costitutivo della società od atti da essa compiuti tramite i suoi organi rappresentativi, né comunque è proposta contro la società medesima, ma attiene soltanto ai rapporti tra i due soci, ed è diretta a far valere una responsabilità del convenuto di natura personale, ancorché ricollegata a comportamenti assertivamente implicanti abuso della posizione di socio o di amministratore.

La *lex mercatoria* non è indifferente alle modalità di stipulazione delle **clausole di proroga della giurisdizione**. E’ quanto emerge dalla sentenza **n. 731**. In tema di deroga alla giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero (o di un arbitrato estero), l'art. 4 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, là dove richiede che la detta deroga sia provata per iscritto, deve essere interpretato nel senso di attribuire rilevanza, quale idoneo equipollente della prova scritta della convenzione di deroga costituita dall'atto scritto e sottoscritto da entrambe le parti, al comportamento concludente delle medesime, ove risulti operante, nel settore del commercio internazionale in cui operano i contraenti, un uso che detto comportamento preveda come fatto idoneo a far riconoscere la volontà delle parti. Secondo le Sezioni Unite, una tale estensione è giustificata dalla considerazione che il citato art. 4 condivide con l'art. 17 della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 (costantemente interpretato dalla Corte di giustizia di Lussemburgo nel senso, appunto, della rilevanza dei

comportamenti concludenti ai fini della proroga di competenza) l'area di incidenza della disciplina, vertente sulle clausole di deroga alla giurisdizione in controversie determinate dallo svolgimento dei traffici internazionali, e che la legge n. 218 del 1995 si ispira e si uniforma ai principi processuali della citata Convenzione di Bruxelles. Da ciò le Sezioni Unite hanno tratto il convincimento che, nel campo dei trasporti marittimi internazionali, dove la polizza di carico (documento unilaterale emesso dal vettore con la duplice funzione di titolo rappresentativo della merce viaggiante e di documento probatorio del contratto di trasporto) è sottoscritta, per notoria prassi invalsa, dal solo vettore, e non anche dal caricatore, la sussistenza di una idonea prova dell'accordo di deroga ben può essere condotta ritenendo equivalente, all'atto scritto e sottoscritto dai due stipulanti, la polizza di carico redatta su modulo, predisposto da un solo contraente e dal medesimo soltanto sottoscritto in conformità agli usi commerciali internazionali del ramo, che rechi la clausola di attribuzione della competenza ad un determinato foro, qualora il caricatore, nella consapevole adesione ad un uso normativo, l'abbia ricevuta senza contestazioni e l'abbia negoziata a favore del ricevitore, ponendo in essere un comportamento implicante l'accettazione del patto di deroga, la cui sussistenza deve, quindi, ritenersi presunta.

3. – DIRITTO PROCESSUALE

3.1. Rappresentanza in giudizio

Le sentenze **nn. 12868**, **12869**, **12870**, **12871** e **12872** risolvono le questioni, considerate di particolare importanza, riguardanti la **rappresentanza processuale dei Comuni** alla luce del nuovo ordinamento delle autonomie locali. Esse rappresentano una decisa inversione di rotta rispetto all'orientamento, fino ad allora prevalente, che considerava la rappresentanza in giudizio del Comune esclusivamente riservata al sindaco e non suscettibile di essere esercitata dal dirigente titolare della direzione di un ufficio o di un servizio, neppure a seguito di apposita previsione dello statuto. E ove lo statuto o il regolamento contenessero una previsione siffatta, essi dovevano essere disapplicati dal giudice ordinario, in ragione della loro illegittimità per violazione di legge. Esse danno inoltre corpo ad una radicale revisione dell'orientamento prevalente, il quale – pur ammettendo la derogabilità della disciplina legislativa per via statutaria – affermava la necessità dell'autorizzazione della giunta per l'efficace costituzione in giudizio del Comune.
La problematica che le Sezioni Unite erano chiamate ad affrontare riguardava: a) se nel nuovo ordinamento delle autonomie locali la rappresentanza processuale del Comune competa in via esclusiva al sindaco per scelta inderogabile del legislatore statale, e, più specificamente, se lo statuto dell'ente locale possa prevedere, nel disciplinare i modi di esercizio della rappresentanza in giudizio dell'ente, che i poteri di rappresentanza processuale spettino, in luogo del sindaco, ai dirigenti o ad altri esponenti della struttura burocratico-amministrativa del Comune; b) se lo statuto rientri nel dovere di conoscenza da parte del giudice; c) se l'autorizzazione della giunta comunale costituisca condizione di efficacia della costituzione in giudizio del Comune.

Nel nuovo sistema istituzionale e costituzionale degli enti locali, lo statuto del Comune – ed anche il regolamento, se ad esso lo statuto rinvii – può legittimamente affidare la rappresentanza a stare in giudizio ai dirigenti, nell'ambito dei rispettivi settori di competenza, quale espressione del potere gestionale loro proprio, ovvero ad esponenti apicali della struttura burocratico-amministrativa del Comune, fermo restando che, ove una specifica previsione statutaria (o, alle condizioni di cui sopra, regolamentare) non sussista, il sindaco conserva l'esclusiva titolarità del potere di rappresentanza processuale del Comune, ai sensi dell'art. 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con il d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267. In particolare, qualora lo statuto (o, nei limiti già indicati, il regolamento) affidi la rappresentanza a stare in giudizio in ordine all'intero contenzioso al dirigente dell'ufficio legale, questi, quando ne abbia i requisiti, può costituirsi senza bisogno di procura, ovvero attribuire l'incarico ad un professionista legale interno o del libero foro (salve le ipotesi, legalmente tipizzate, nelle quali l'ente locale può stare in giudizio senza il ministero di un legale), e, ove abilitato alla difesa presso le magistrature superiori, può anche svolgere personalmente attività difensiva nel giudizio di cassazione.

La conoscenza dello statuto del Comune, atto a contenuto normativo di rango paraprimario o subprimario, appartiene, in considerazione anche della forma di pubblicità cui tale fonte è soggetta, alla scienza ufficiale del giudice, il quale è pertanto tenuto – in applicazione del principio *iura novit curia*, discendente dall'art. 113 c.p.c. – a disporne l'acquisizione, anche d'ufficio, ed a farne applicazione ai fatti sottoposti al suo esame, pur prescindendo dalle prospettazioni delle parti.

Nel nuovo quadro delle autonomie locali, ai fini della rappresentanza in giudizio del Comune, l'autorizzazione alla lite da parte della giunta comunale non costituisce più, in linea generale, atto necessario ai fini della proposizione o della resistenza all'azione, salva restando la possibilità per lo statuto comunale – competente a stabilire i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente,

anche in giudizio (*ex* art. 6, secondo comma, del testo unico delle leggi sull'ordinamento delle autonomie locali) – di prevedere l'autorizzazione della giunta, ovvero di richiedere una preventiva determinazione del competente dirigente (ovvero, ancora, di postulare l'uno o l'altro intervento in relazione alla natura o all'oggetto della controversia). Ove l'autonomia statutaria si sia così indirizzata, l'autorizzazione giuntale o la determinazione dirigenziale devono essere considerati atti necessari, per espressa scelta statutaria, ai fini della legittimazione processuale dell'organo titolare della rappresentanza.

3.2. Procura alle liti

Altro tema affrontato dalle Sezioni Unite in campo processuale riguarda la procura alle liti: sia sotto il profilo degli effetti della illeggibilità della firma di chi conferisca procura al difensore al fine di agire o resistere in giudizio in rappresentanza di una società individuata con l'esatta denominazione; sia sotto il profilo della certificazione, ad opera del difensore, della autografia della sottoscrizione della parte. Nell'uno e nell'altro caso la soluzione adottata dalla Corte rifugge da irrigidimenti formalistici.

Secondo le sentenze **n. 4810** e **n. 4814**, **l'illeggibilità della firma del conferente** la procura alla lite, apposta in calce od a margine dell'atto con il quale sta in giudizio una società esattamente indicata con la sua denominazione, è irrilevante, non solo quando il nome del sottoscrittore risulti dal testo della procura stessa o dalla certificazione d'autografia resa dal difensore, ovvero dal testo di quell'atto, ma anche quando detto nome sia con certezza desumibile dall'indicazione di una specifica funzione o carica, che ne renda identificabile il titolare per il tramite dei documenti di causa o delle risultanze del registro delle imprese. In assenza di tali condizioni, ed inoltre nei casi in cui non si menzioni alcuna funzione o carica specifica, allegandosi genericamente la qualità di legale rappresentante, si determina nullità relativa, che la controparte può opporre con la prima difesa, a

norma dell'art. 157 c.p.c., facendo così carico alla parte istante d'integrare con la prima replica la lacunosità dell'atto iniziale, mediante chiara e non più rettificabile notizia del nome dell'autore della firma illeggibile; ove difetti, sia inadeguata o sia tardiva detta integrazione, si verifica invalidità della procura ed inammissibilità dell'atto cui accede.

In base alla sentenza **n. 25032**, l'art. 83, terzo comma, c.p.c., nella parte in cui richiede, per la procura speciale alla lite conferita in calce o a margine di determinati atti, la **certificazione da parte del difensore** della autografia della sottoscrizione del conferente, deve ritenersi osservato – senza possibilità di operare distinzioni in riferimento agli atti di impulso, ovvero di costituzione, concernenti il giudizio di primo grado ed il giudizio di impugnazione – sia quando la firma del difensore si trovi subito dopo detta sottoscrizione, con o senza apposite diciture (come "per autentica", o "vera"), sia quando tale firma del difensore sia apposta in chiusura del testo del documento nel quale il mandato si inserisce. La conseguenza è che l'autografia attestata dal difensore esplicitamente od implicitamente, con la firma dell'atto recante la procura a margine od in calce, può essere contestata, in entrambi i casi, soltanto mediante la proposizione di querela di falso, in quanto concerne una attestazione resa dal difensore nell'espletamento della funzione sostanzialmente pubblicistica demandatagli dalla succitata norma.

3.3. Eccezione di prescrizione

La **controeccezione di interruzione della prescrizione** è rilevabile d'ufficio. Lo stabilisce, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, la sentenza **n. 15661**.

Poiché nel nostro ordinamento le eccezioni in senso stretto, cioè rilevabili soltanto ad istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riservi il potere di rilevazione alla parte o in quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e, quindi, per svolgere l'efficacia modificativa,

impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico suppone il tramite di una manifestazione di volontà della parte (da sola o realizzabile attraverso un accertamento giudiziale), l'eccezione di interruzione della prescrizione – precisano le Sezioni Unite – integra un'eccezione in senso lato e non in senso stretto e, pertanto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti.

Così decidendo, le Sezioni Unite escludono che la rilevabilità ad istanza di parte possa giustificarsi in ragione della (normale) rilevabilità soltanto ad istanza di parte dell'eccezione di prescrizione, giacché non ha fondamento di diritto positivo assimilare al regime di rilevazione di una eccezione in senso stretto quello di una controeccezione, qual è l'interruzione della prescrizione.

3.4. Spese di lite

Nel comporre un contrasto di giurisprudenza in ordine all'impugnazione della statuizione sulle spese di lite contenuta nella sentenza di incompetenza, l'ordinanza **n. 14205** afferma che il regolamento (necessario) di competenza avverso la sentenza che ha pronunciato soltanto sulla competenza e sulle spese di lite comporta la **devoluzione alla Corte di Cassazione anche della decisione sul capo concernente le spese**, non avendo il ricorrente l'onere di impugnare la pronuncia sulle spese, né potendo ciò fare mediante un'impugnazione distinta, proposta nei modi ordinari – ammissibile soltanto qualora detta parte censuri esclusivamente il capo concernente le spese, ovvero nel caso in cui sia la parte vittoriosa sulla questione di competenza a censurare tale statuizione –, in quanto siffatto regolamento costituisce un mezzo di impugnazione al quale sono applicabili le norme generali in materia di impugnazioni non derogate dalla specifica disciplina per esso stabilita e perché la pronuncia sulle spese processuali non costituisce una statuizione autonoma e separata rispetto alla dichiarazione di incompetenza, sicché la rimessione alla Cassazione della questione di competenza,

mediante l'istanza di regolamento, implica, in via consequenziale, anche la cognizione sulla pronunzia in tema di spese, destinata ad essere caducata, nel caso di suo accoglimento. Peraltro, qualora il regolamento sia accolto ed il giudizio debba proseguire innanzi al giudice dichiaratosi incompetente, la Corte di Cassazione deve provvedere sulle spese del giudizio di legittimità, ai sensi dell'art. 91, primo comma, ultima parte, c.p.c., mentre sulle spese relative alla fase svoltasi innanzi al giudice erroneamente dichiaratosi incompetente deve provvedere quest'ultimo, all'esito del giudizio che, una volta riassunto, continua innanzi al medesimo e nel quale conservano rilevanza gli atti compiuti sino alla sentenza di incompetenza cassata, mentre, nel caso di mancata riassunzione, le spese, ai sensi dell'art. 310, ultimo comma c.p.c., restano a carico delle parti che le hanno anticipate.

La medesima ordinanza esamina anche le ipotesi nelle quali l'**impugnazione del capo concernente le spese di lite**, contenuto nella sentenza che dichiara l'incompetenza, è impugnabile con un mezzo diverso dal regolamento di competenza, e cioè con il mezzo ordinario di impugnazione consentito avverso le sentenze del giudice che si è dichiarato incompetente (appello o ricorso ordinario per cassazione). Le Sezioni Unite affermano che la sentenza è impugnabile con il mezzo ordinario di impugnazione in due casi: a) nel caso in cui la parte soccombente sulla questione di competenza intenda censurare esclusivamente il capo concernente le spese processuali, che hanno ritenuto proponibile, nonostante la lettera dell'art. 42 c.p.c. sembri escludere una siffatta impugnazione; b) nel caso in cui la parte vittoriosa sulla questione di competenza lamenti l'erroneità di detta statuizione, che non può far valere con ricorso incidentale, in quanto non proponibile nel procedimento del regolamento di competenza (ma in questo caso il relativo giudizio va sospeso, ex art. 295 c.p.c., sino alla pronunzia della Corte di cassazione sul regolamento di competenza, sussistendo un rapporto di pregiudizialità).

3.5. Opposizione a decreto ingiuntivo

La sentenza **n. 9938** risolve il contrasto sul diverso modo di intendere il **presupposto di ammissibilità dell'opposizione tardiva**, rappresentato dalla non tempestiva conoscenza del decreto per irregolarità della notificazione, con specifico riferimento al caso di nullità della notificazione conseguente alla notifica diretta del decreto ingiuntivo ad una Pubblica Amministrazione, anziché presso l'Avvocatura dello Stato, nei casi in cui quest'ultima fosse domiciliataria *ex lege*.
Sul tema si confrontavano due indirizzi: un orientamento riteneva che in quest'ultimo caso la nullità della notificazione fosse sufficiente a configurare automaticamente il presupposto di una non tempestiva conoscenza legittimante all'opposizione tardiva; un altro orientamento, invece, non riteneva sufficiente ad integrare il presupposto della mancata tempestiva conoscenza la nullità della notificazione nella detta ipotesi, ma esigeva la dimostrazione che quest'ultima l'avesse causata.
Secondo la sentenza **n. 9938**, la conoscenza non tempestiva del decreto ingiuntivo per effetto della irregolarità della sua notificazione non si identifica con una conoscenza avvenuta il giorno successivo a quello della decorrenza del termine per la proposizione dell'opposizione tempestiva, bensì con una conoscenza acquisita o dopo la scadenza di detto termine o, prima di essa, in un momento nel quale l'opposizione non può più essere predisposta e proposta in modo adeguato per lo sviluppo e l'approfondimento delle difese dell'ingiunto. Tale principio (che è ispirato ad una logica non dissimile da quello di cui all'art. 294, primo comma, ed all'art. 327, secondo comma, c.p.c.) comporta che la prova della non tempestiva conoscenza – che può essere fornita a mezzo di presunzioni ed in particolare, trattandosi di fatto negativo, attraverso la dimostrazione del fatto positivo costituito dal modo e dal quando la conoscenza sia avvenuta – non si può esaurire nella sola dimostrazione della nullità della notificazione del decreto. All'operatività del principio – precisano le Sezioni Unite – non si sottrae il caso in cui si tratti della

notificazione nulla perché avvenuta presso la P.A., anziché presso l'Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege*.

3.6. Giudizio di appello

Al giudizio di appello sono dedicate due sentenze.

La sentenza **n. 8203**, risolutiva di un contrasto di giurisprudenza, fissa i limiti con riguardo alla **produzione di nuovi documenti in grado di appello nel rito ordinario**. Essa interpreta l'art. 345, terzo comma, c.p.c. nel senso che tale disposizione fissa sul piano generale il principio della inammissibilità di mezzi di prova nuovi – la cui ammissione, cioè, non sia stata chiesta in precedenza – e, quindi, anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti di tali regola, con il porre in via alternativa i requisiti che tali documenti, al pari degli altri mezzi di prova, devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame: requisiti consistenti nella dimostrazione che le parti non abbiano potuto proporli prima per causa ad esse non imputabile, ovvero nel convincimento del giudice della indispensabilità degli stessi per la decisione.

Una **ricostruzione sistematica della funzione dell'appello** può leggersi nella successiva sentenza **n. 28498**. L'appello non rappresenta più – affermano le Sezioni Unite – il mezzo per passare da uno all'altro esame della causa, e non può quindi limitarsi, al fine di ottenere la riforma della sentenza di primo grado, ad una denuncia generica dell'ingiustizia dei capi appellati, ma deve puntualizzarsi all'interno dei capi di sentenza destinati ad essere confermati o riformati, ma comunque sostituiti dalla sentenza di appello che non è impugnazione rescindente come il giudizio di cassazione; e tale puntualizzazione ulteriore avviene appunto nella denuncia di specifici vizi di ingiustizia o nullità della sentenza impugnata.

In questo contesto sistematico, secondo la sentenza **n. 28498**, chiamata a risolvere una questione di massima di particolare importanza in tema di **ripartizione dell'onere probatorio in fase di gravame**, vengono meno i presupposti per

ritenere che l'onere probatorio dell'appellante debba essere individuato con esclusivo e retrospettivo riferimento alla posizione da lui assunta nel giudizio di primo grado, con la conseguenza che se in quel giudizio l'appellante aveva assunto la qualità di convenuto, il suo onere probatorio rimarrebbe integro, anche nella successiva fase di gravame, quanto a tutti i fatti impeditivi o estintivi del diritto fatto valere dall'attore.

Al contrario, le Sezioni Unite affermano che, essendo l'appellante tenuto a fornire la dimostrazione della fondatezza delle singole censure mosse alle singole soluzioni offerte dalla sentenza impugnata, il cui riesame è richiesto per ottenere la riforma del capo decisorio appellato, l'appello da lui proposto, in mancanza di tale dimostrazione, deve essere respinto, con conseguenziale conferma sostitutiva dei capi di sentenza appellati, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale.

3.7. Notifica del ricorso per cassazione

Con l'ordinanza **n. 458** le Sezioni Unite affrontano il tema – divenuto di particolare attualità a seguito di alcune decisioni della Corte costituzionale – del perfezionamento della notifica del ricorso per cassazione avvenuta ai sensi dell'art. 140 c.p.c., vale a dire in caso di irreperibilità o rifiuto di ricevere la copia.

Secondo le Sezioni Unite, qualora il ricorso per cassazione sia stato notificato, appunto, ai sensi dell'art. 140 c.p.c., al fine del rispetto del termine di impugnazione è sufficiente che il ricorso stesso sia stato consegnato all'ufficiale giudiziario entro il predetto termine, fermo restando che il consolidamento di tale effetto anticipato per il notificante dipende dal perfezionamento del procedimento notificatorio nei confronti del destinatario, procedimento che, nei casi disciplinati dall'art. 140 c.p.c., prevede il compimento degli adempimenti da tale norma stabiliti (deposito della copia dell'atto nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi; affissione dell'avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla

porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario; notizia del deposito al destinatario mediante raccomandata con avviso di ricevimento). Nei casi di cui sopra, il termine per il deposito del ricorso, stabilito a pena di improcedibilità dall'art. 369, primo comma, c.p.c., decorre dal perfezionamento della notifica per il destinatario. Inoltre, la notificazione nei confronti del destinatario si ha per eseguita con il compimento dell'ultimo degli adempimenti prescritti (spedizione della raccomandata con avviso di ricevimento); tuttavia, poiché tale adempimento persegue lo scopo di consentire la verifica che l'atto sia pervenuto nella sfera di conoscibilità del destinatario, l'avviso di ricevimento deve essere allegato all'atto notificato e la sua mancanza provoca la nullità della notificazione, che resta sanata dalla costituzione dell'intimato o dalla rinnovazione della notifica ai sensi dell'art. 291 c.p.c.

Con questa decisione, le Sezioni Unite – nell'escludere la ravvisabilità del contrasto di giurisprudenza segnalato dall'ordinanza di rimessione – colgono tuttavia l'occasione per procedere ad una rivisitazione, *funditus*, dell'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'art. 140 c.p.c. Ciò sotto un duplice profilo.

Da un lato, esse, tenendo conto delle recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di notificazione di atti giudiziari (sentenze n. 477 del 2002 e n. 28 del 2004), abbandonano l'indirizzo che voleva la notificazione eseguita ai sensi dell'art. 140 c.p.c. perfezionata, dopo il deposito della copia dell'atto e l'affissione dell'avviso relativo al deposito stesso, con la spedizione al destinatario della raccomandata con avviso di ricevimento: il principio è, ora, che anche per le notificazioni eseguite ai sensi dell'art. 140 c.p.c., al fine del rispetto di un termine pendente a carico del notificante (come il termine per proporre impugnazione con ricorso per cassazione), **è sufficiente che l'atto sia stato consegnato all'ufficiale giudiziario** entro il predetto termine, mentre le formalità previste dal detto art. 140 possono essere eseguite anche in un momento successivo. Il consolidamento di tale effetto – che può definirsi provvisorio o anticipato – a vantaggio del notificante dipende comunque dal perfezionamento del procedimento notificatorio nei

confronti del destinatario. Le Sezioni Unite precisano peraltro che questa anticipazione non vale quando si tratti di stabilire il *dies a quo* relativo alla decorrenza di un termine successivo del processo (o del grado o della fase processuale). In tali casi (e, più in generale, a fini diversi dall'osservanza di un termine pendente), il *dies a quo* prende decorrenza dal momento in cui il procedimento notificatorio si perfeziona anche per il destinatario dell'atto: ne segue che il termine di venti giorni per il deposito del ricorso per cassazione continua ad avere come *dies a quo* quello della notificazione perfezionata nei confronti del destinatario dell'atto.

Dall'altro lato, le Sezioni Unite superano l'orientamento che, nelle notificazioni ai sensi dell'art. 140 c.p.c., riteneva l'allegazione, all'originale dell'atto, dell'avviso di ricevimento adempimento privo di rilevanza. Nel procedimento disciplinato da questa norma, la notificazione si compie con la spedizione della raccomandata, che come atto della sequenza del processo perfeziona l'effetto di conoscibilità legale nei confronti del destinatario. Tuttavia, non diversamente da quanto avviene per il perfezionamento della notificazione nei confronti del notificante, anche per il destinatario si tratta di un effetto provvisorio o anticipato, destinato a consolidarsi con l'**allegazione, all'originale dell'atto, dell'avviso di ricevimento**, le cui risultanze possono confermare o smentire che la notifica abbia raggiunto lo scopo cui era destinata.

A quest'ultima soluzione le Sezioni Unite pervengono sulla base sia di una interpretazione costituzionalmente orientata (la quale "impone che le garanzie di conoscibilità dell'atto da parte del destinatario medesimo siano ispirate ad un criterio di effettività, come effettiva, e non soltanto formale, deve essere la tutela del contraddittorio"); sia di una valorizzazione della *ratio* e del dato testuale dell'art. 140 c.p.c. ("se il legislatore avesse considerato l'avviso di ricevimento privo di rilevanza, non avrebbe richiesto che la raccomandata di cui all'art. 140 cod. proc. civ. ne fosse corredata. E non a caso, quando la legge, in base ad una scelta operata nell'ambito della discrezionalità legislativa, ha ritenuto sufficiente

che la notizia di una avvenuta notificazione fosse data a mezzo di raccomandata semplice, ha disposto in tal senso", come "nel caso dell'art. 139, terzo comma, cod. proc. civ., in caso di consegna della copia a mani del portiere o del vicino di casa, che è formalità ben più affidabile dell'affissione di un avviso alla porta, onde si spiega il minor rigore della modalità di trasmissione della notizia").

Largamente dibattuto è stato, negli ultimi anni, il problema dell'individuazione del **destinatario della notificazione dell'impugnazione nel caso in cui un soggetto minorenne**, costituitosi in giudizio a mezzo dei suoi legali rappresentanti, raggiunga la maggiore età nel corso del giudizio, senza che tale evento venga dichiarato o notificato dal procuratore costituito. Con la sentenza **n. 15783**, le Sezioni Unite affrontano il problema sotto il profilo, più generale, dell'incidenza sul successivo giudizio di impugnazione dell'evento interruttivo non dichiarato o notificato dal procuratore costituito, pervenendo – a sviluppo e completamento del percorso interpretativo già delineato dalla sentenza a Sezioni Unite n. 11394 del 1996 (relativa all'incidenza dell'evento morte verificatosi dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado e prima della notificazione della stessa ai fini della decorrenza del termine breve per proporre impugnazione), e con conseguente aperto superamento dell'impostazione precedentemente seguita dalle stesse Sezioni Unite nelle sentenze n. 1228 del 1984, n. 1229 del 1984 e n. 1230 del 1984 – al recepimento del principio del necessario adeguamento del processo di impugnazione alle variazioni sostanziali intervenute nelle posizioni delle parti.

Ciò, peraltro, con una duplice precisazione.

Da un lato, infatti, le Sezioni Unite affermano che – limitatamente ai processi iniziati anteriormente al 30 aprile 1995 – l'onere di notificare l'impugnazione al soggetto effettivamente legittimato resta subordinato alla conoscenza o alla conoscibilità con la normale diligenza dell'evento da parte del notificante, essendo questa l'unica soluzione interpretativa compatibile con la garanzia costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost.). Ciò in quanto, rispetto a tali processi, l'eventuale errore incolpevole nell'individuazione del destinatario

dell'impugnazione non potrebbe essere sanato tramite lo strumento della rinnovazione, con efficacia *ex tunc*, della citazione, prevista dall'art. 164 c.p.c., come sostituito dalla legge n. 353 del 1990, in rapporto alle nullità riferibili ai nn. 1 e 2 dell'art. 163 c.p.c.

Dall'altro lato, tuttavia, le Sezioni Unite escludono che una situazione di ignoranza incolpevole possa comunque configurarsi in rapporto alla specifica ipotesi del raggiungimento della maggiore età nel corso del processo, trattandosi di evento non imprevedibile, ma, al contrario, inevitabile nell'*an* e facilmente accertabile nel *quando*.

In sintesi, le Sezioni Unite affermano ora il principio secondo cui, qualora uno degli eventi idonei a determinare l'interruzione del processo (nella specie, appunto, il raggiungimento della maggiore età da parte di minore costituitosi in giudizio a mezzo dei suoi legali rappresentanti) si verifichi nel corso del giudizio di primo grado, prima della chiusura della discussione (ovvero prima della scadenza dei termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ai sensi del nuovo testo dell'art. 190 c.p.c.), e tale evento non venga dichiarato né notificato dal procuratore della parte cui esso si riferisce a norma dell'art. 300 c.p.c., il giudizio di impugnazione deve essere comunque instaurato da e contro i soggetti effettivamente legittimati: e ciò alla luce dell'art. 328 c.p.c., dal quale si desume la volontà del legislatore di adeguare il processo di impugnazione alle variazioni intervenute nelle posizioni delle parti, sia ai fini della notifica della sentenza che dell'impugnazione, con piena parificazione, a tali effetti, tra l'evento verificatosi dopo la sentenza e quello intervenuto durante la fase attiva del giudizio e non dichiarato né notificato. Limitatamente, peraltro, ai processi pendenti alla data del 30 aprile 1995 – rispetto ai quali non opera la possibilità di sanatoria dell'eventuale errore incolpevole nell'individuazione del soggetto nei cui confronti il potere di impugnazione deve essere esercitato, offerta dal nuovo testo dell'art. 164 c.p.c., come sostituito dalla legge 26 novembre 1990 n. 353, nella parte in cui consente la rinnovazione, con efficacia *ex nunc*, della citazione (e

dell'impugnazione) in relazione alle nullità riferibili ai nn. 1 e 2 dell'art. 163 c.p.c. – il dovere di indirizzare l'impugnazione nei confronti del nuovo soggetto effettivamente legittimato resta subordinato alla conoscenza o alla conoscibilità dell'evento, secondo criteri di normale diligenza, da parte del soggetto che propone l'impugnazione, essendo tale interpretazione l'unica compatibile con la garanzia costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost.). Un'esigenza di tutela della parte incolpevole non si pone, in ogni caso, rispetto all'ipotesi del raggiungimento della maggiore età nel corso del processo, che non costituisce un evento imprevedibile, ma, al contrario, un accadimento inevitabile nell'*an* – essendo lo stato di incapacità per minore età *naturaliter* temporaneo – ed agevolmente riscontrabile nel *quando*.

3.8. Ricorso straordinario per cassazione

Innestandosi su un panorama giurisprudenziale variegato in ordine alla ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, di provvedimenti emessi in sede di volontaria giurisdizione ed in materia successoria, la sentenza **n. 1521** ritiene ammissibile il ricorso straordinario avverso il provvedimento con il quale il tribunale, pronunciando in sede di reclamo ex art. 749 c.p.c., disponga la **revoca della proroga del termine assegnato ex art. 500 c.c. all'erede accettante con beneficio di inventario** per liquidare le attività ereditarie e formare lo stato di graduazione.

Richiamata la consolidata giurisprudenza, in base alla quale il ricorso straordinario è consentito avverso i provvedimenti giurisdizionali emessi in forma di ordinanza o di decreto solo quando abbiano carattere decisorio, e cioè siano in grado di incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di diritto sostanziale, e non siano altrimenti impugnabili o revocabili, le Sezioni Unite fondano l'idoneità ad incidere su posizioni sostanziali di diritto soggettivo del provvedimento di revoca della proroga del termine per il compimento delle operazioni di cui all'art. 500 c.c. sul rilievo, da un lato, che, per effetto del provvedimento di revoca della

proroga del termine per il compimento delle operazioni, l’erede accettante con beneficio di inventario si trova esposto, a causa del mancato compimento nel termine assegnatogli della procedura di liquidazione dei beni ereditari, all’azione di decadenza dei creditori del defunto e dei legatari, e quindi alla perdita della originaria posizione, con conseguente assunzione della qualità di erede puro e semplice, in quanto tale tenuto a rispondere dei debiti del defunto con il proprio patrimonio; e sulla considerazione, dall’altro, che l’effetto prodotto dal provvedimento non è rimovibile con gli ordinari rimedi processuali, giacché, una volta affermata la non prorogabilità del termine, con conseguente revoca della proroga illegittimamente concessa, non si rivengono altri strumenti per consentire all’erede di mantenere la sua posizione soggettiva.

4. - DIRITTO SOSTANZIALE

4.1. Persone e famiglia

In tema di diritto di famiglia, la sentenza **n. 21287** identifica unicamente negli eredi del preteso genitore naturale i **soggetti passivamente legittimati rispetto alla domanda di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale**, di cui all'art. 269 c.c., in caso di morte del genitore medesimo.

La sentenza – nell'escludere che contraddittori necessari, passivamente legittimati, siano anche gli eredi degli eredi del preteso genitore naturale, o altri soggetti, comunque portatori di un interesse contrario all'accoglimento della domanda, cui è invece riconosciuta la sola facoltà di intervenire in giudizio a tutela dei rispettivi interessi – valorizza innanzitutto le indicazioni fornite dal dato testuale dell'art. 276 c.c., nel contesto del quale il verbo "deve", riferito all'azione in esame, sottolinea l'obbligatorietà di indirizzarla esclusivamente nei soggetti all'uopo indicati (con implicita impossibilità di proporla nei confronti di soggetti da questi diversi), e l'aggettivo "suoi", riferito agli eredi, identifica nei soli eredi, diretti ed immediati, del preteso genitore i legittimati passivi all'azione stessa, nel caso di "mancanza di lui".

E sottolinea come in questo senso sia indirizzata la *ratio* della norma, volta ad evitare al presunto figlio naturale problemi di esatta identificazione dei destinatari dell'azione (soprattutto nel caso di sua proposizione a distanza di tempo dalla morte del presunto genitore) e conseguenti immanenti pericoli di irritualità del contraddittorio (stante la verificabilità dell'eventuale suo difetto in ogni stato e grado di giudizio), quali invece deriverebbero da un indiscriminato ampliamento della platea dei contraddittori necessari, che renderebbe ben più ardua la tutela del diritto del figlio naturale all'accertamento del proprio *status*; risolvendosi, specularmente, in un *vulnus* anche al diritto di difesa di quei soggetti che –

potendo, in tesi, essere convenuti in giudizio in ragione di una loro anche lontana parentela con il preteso genitore (eventualmente da loro neppure conosciuto in vita) – non si troverebbero in condizione di contraddire alle pretese dell'attore.

4.2. Proprietà

In tema di disciplina legale delle **aree destinate a parcheggio**, la sentenza **n. 12793**, nel comporre un contrasto di giurisprudenza, statuisce che i parcheggi realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dall'art. 18 della legge 6 agosto 1967 n. 765, non sono soggetti a vincolo pertinenziale a favore delle unità immobiliari del fabbricato, con la conseguenza che l'originario proprietario-costruttore del fabbricato può legittimamente riservarsi, o cedere a terzi, la proprietà di tali parcheggi, nel rispetto del vincolo di destinazione nascente da atto d'obbligo.

L'accertamento della qualità di un terreno che si assume di **uso civico** rientra nella giurisdizione del Commissario regionale degli usi civici, prevista dall'art. 29 della legge 16 giugno 1927 n. 1766, soltanto quando la relativa questione sia sollevata dal preteso titolare o dal preteso utente del diritto civico e debba essere risolta con efficacia di giudicato; nella controversia tra privati, nella quale la demanialità civica di un bene sia stata invece eccepita al solo scopo di negare l'esistenza del diritto soggettivo di cui la controparte sostenga di essere titolare, questa eccezione, risolvendosi nella contestazione di un fatto costitutivo del diritto azionato dalla controparte, deve essere decisa dal giudice ordinario, con statuizione sul punto efficace solo *incidenter tantum* (ord. **n. 836**).

Riguardo al **condominio degli edifici** la sentenza **n. 4806** risolve il contrasto diacronico di giurisprudenza in ordine alla questione se la **mancata comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea**, anche ad un solo condomino, comporti nullità o annullabilità della delibera.

Com’è noto, la giurisprudenza più risalente era consolidata nel senso della nullità: in alcune pronunce la sanzione della nullità essendo espressamente ricondotta alla difettosa costituzione dell’organo deliberante, risultando irrilevante l’incidenza o meno del voto sulle prescritte maggioranze; in altre detta sanzione venendo ricollegata all’esigenza che tutti i condomini siano preventivamente informati della convocazione dell’assemblea, così da poter essere partecipi del procedimento di formazione della delibera stessa. La più recente giurisprudenza, mutando indirizzo, si era orientata nel senso della semplice annullabilità della delibera.

Con la sentenza **n. 4806**, le Sezioni Unite prestano adesione all’orientamento più recente. Esse affermano che debbono qualificarsi nulle le delibere dell’assemblea condominiale prive degli elementi essenziali, le delibere con oggetto impossibile o illecito (contrario all’ordine pubblico, alla morale o al buon costume), le delibere con oggetto che non rientra nella competenza dell’assemblea, le delibere che incidono sui diritti individuali sulle cose o servizi comuni o sulla proprietà esclusiva di ognuno dei condomini, le delibere comunque invalide in relazione all’oggetto; debbono, invece, qualificarsi annullabili le delibere con vizi relativi alla regolare costituzione dell’assemblea, quelle adottate con maggioranza inferiore a quella prescritta dalla legge o dal regolamento condominiale, quelle affette da vizi formali, in violazione di prescrizioni legali, convenzionali, regolamentari, attinenti al procedimento di convocazione o di informazione dell’assemblea, quelle genericamente affette da irregolarità nel procedimento di convocazione, quelle che violano norme richiedenti qualificate maggioranze in relazione all’oggetto. Ne consegue che la mancata comunicazione, a taluno dei condomini, dell’avviso di convocazione dell’assemblea condominiale comporta, non la nullità, ma l’annullabilità della delibera condominiale, la quale, ove non impugnata nel termine di trenta giorni previsto dall’art. 1137, terzo comma, c.c. (decorrente, per i condomini assenti, dalla comunicazione, e, per i condomini dissenzienti, dalla sua approvazione), è valida ed efficace nei confronti di tutti i partecipanti al condominio.

Le ragioni di questa opzione interpretativa sono affidate ai seguenti passaggi argomentativi: a) in tema di condominio negli edifici, il codice non contempla espressamente la nullità; l'art. 1137 c.c. prevede un'ipotesi di annullabilità; la nullità della delibera assembleare è una costruzione, giurisprudenziale e dottrinale, rivolta a negare cittadinanza a quelle delibere mancanti degli elementi costitutivi o lesive dei diritti individuali; b) nell'ambito del condominio acquista rilevanza la distinzione tra momento costitutivo e momento di gestione: i vizi riscontrabili nel momento costitutivo sono più gravi di quelli verificabili nel momento di gestione, che riguarda l'organizzazione del condominio per quanto attiene alle sole cose comuni; c) la norma dell'art. 1136, sesto comma, c.c. – là dove è previsto che l'assemblea dei condomini non può "validamente" deliberare se tutti i condomini non sono stati convocati – deve intendersi nel senso che, in difetto di convocazione di un condomino, la delibera non è definitivamente valida, essendo suscettibile di impugnazione (nel prescritto termine di trenta giorni); d) la delibera approvata con il principio maggioritario non va confusa con la statuizione assunta con il negozio plurilaterale; e) in materia di comunione ordinaria (artt. 1105 e 1109 c.c.) il difetto di informazione del contitolare – assimilabile alla omessa convocazione – non configura una causa di nullità, ma di semplice annullabilità; f) nella teoria degli atti giuridici l'atto si considera nullo quando manca ovvero è gravemente viziato un elemento costitutivo, previsto secondo la configurazione normativa; per contro, si considera annullabile l'atto in presenza di carenze o di vizi ritenuti meno gravi; g) in tema di deliberazioni delle società di capitali, le cause di nullità (anche alla luce del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6) sono circoscritte, in funzione delle certezza dei rapporti societari; h) la configurazione della mancata convocazione come vizio procedimentale, da cui ha origine la semplice annullabilità, non significa privare di tutela il condomino non convocato: essendogli riconosciuto il potere di impugnare la delibera nel termine di trenta giorni dalla comunicazione, egli ha modo di far valere le sue ragioni, escludendosi del pari il rischio che le delibere assembleari possano essere impugnate anche dopo il trascorrere di un lunghissimo tempo, solo

perché un requisito formale non è stato osservato, con conseguenze gravissime sulla gestione del condominio.

4.3. Obbligazioni e contratti

Numerose sono le pronunce delle Sezioni Unite relative al diritto dei contratti.
La sentenza **n. 18128** affronta la questione se il giudice possa o meno procedere d'ufficio alla **riduzione ad equità della penale** *ex* art. 1384 c.c.
L'orientamento dominante lo escludeva: sia facendo leva sul principio generale sancito dall'art. 112 c.p.c., non derogato dall'art. 1384 c.c. (il giudice non può pronunciare se non nei limiti delle domande ed eccezioni proposte dalle parti); sia sottolineando come la possibilità di riduzione della penale fissata dalle parti è prevista dalla legge come istituto a tutela degli specifici interessi del debitore al quale quindi deve essere rimessa, nell'esercizio della difesa dei propri diritti, ogni iniziativa al riguardo ed ogni conseguente valutazione della eccessività della penale pattuita (ovvero della sua sopravvenuta onerosità in relazione alla parte di esecuzione che il contratto ha avuto).
Tale indirizzo era stato sottoposto ad analisi critica da un orientamento minoritario, che nel ritenere la riducibilità d'ufficio della penale, aveva proceduto all'interpretazione dell'art. 1384 c.c. alla luce di una rilettura degli istituiti codicistici in armonia con i precetti superiori della sopravvenuta Costituzione repubblicana, osservando che il potere del giudice di ridurre ad equità la penale manifestamente eccessiva risponde a una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata – in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente alla fase della formazione del contratto - per cui, mirando alla realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio anche in difetto di istanza della parte interessata.

Con la sentenza **n. 18128**, le Sezioni Unite riconoscono che il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempiuta.

Nel formulare questo principio, le Sezioni Unite affermano che, se da un canto né l'art. 112 c.p.c. né l'art. 1384 c.c. fanno riferimento alla necessità dell'eccezione di parte, l'intervento equitativo del giudice si fonda sulla esigenza di correggere – a tutela dell'interesse oggettivo dell'ordinamento e non della parte interessata – il potere di autonomia privata, riducendolo nei limiti in cui appare meritevole di tutela, allo scopo di ristabilire un congruo contemperamento degli interessi contrapposti, valutando l'interesse del creditore all'adempimento, cui ha diritto, tenuto conto dell'effettiva incidenza di esso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale.

In tema di compravendita, la sentenza **n. 13294** chiarisce che l'**impegno del venditore di eliminare i vizi** che rendano il bene inidoneo all'uso cui è destinato (ovvero che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore economico) di per sé non dà vita ad una nuova obbligazione estintivo-sostitutiva (novazione oggettiva: art. 1230 c.c.) dell'originaria obbligazione di garanzia (art. 1490 c.c.), ma consente al compratore di non soggiacere ai termini di decadenza ed alle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., ai fini dell'esercizio delle azioni (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo) previste in suo favore (art. 1492 c.c.), sostanziandosi tale impegno in un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione (art. 2944 c.c.). Infatti, solo in presenza di un accordo delle parti (espresso o per *facta*

concludentia), il cui accertamento è riservato al giudice di merito, inteso ad estinguere l'originaria obbligazione di garanzia e a sostituirla con una nuova per oggetto o titolo, l'impegno del venditore di eliminare i vizi dà luogo ad una novazione oggettiva.

Le sentenze **n. 12195** e **n. 13831** affermano che la delibera con la quale i competenti organi comunali o provinciali affidano ad un professionista privato l'incarico per la progettazione di un'opera pubblica, è valida e vincolante nei confronti dell'ente locale soltanto se contenga la **previsione dell'ammontare del compenso dovuto al professionista e dei mezzi per farvi fronte** (ai sensi degli artt. 284 e 288 del testo unico della legge comunale e provinciale del 1934) ovvero se il relativo impegno di spesa sia accompagnato dall'attestazione, da parte del responsabile del servizio finanziario, della copertura finanziaria (come prevede l'art. 55, quinto comma, della legge 8 giugno 1990 n. 142). L'inosservanza di tali prescrizioni determina la nullità della delibera, nullità che si estende al contratto di prestazione d'opera professionale poi stipulato con il professionista, escludendone l'idoneità a costituire titolo per il compenso.

Sempre al tema del **contratto d'opera per la progettazione di opera pubblica** è dedicata un'altra sentenza delle Sezioni Unite, la **n. 18450**. Essa riconosce, per un verso, la validità della clausola con cui, in una convenzione tra un ente pubblico territoriale e un ingegnere al quale il primo abbia affidato la progettazione di un'opera pubblica, il pagamento del compenso per la prestazione resa è condizionato alla concessione di un finanziamento per la realizzazione dell'opera. Al riguardo, le Sezioni Unite sottolineano che la libertà contrattuale si esprime anche come libertà di inserire nel regolamento contrattuale una condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, tranne che nei casi in cui tale possibilità è esclusa dalla legge; inoltre, affermano che il compenso costituisce elemento naturale del contratto, come tale anche liberamente rinunciabile, e che in ogni caso le norme sull'inderogabilità dei minimi tariffari sono dettate a tutela non di un interesse generale della collettività ma di un interesse di categoria, per cui la loro eventuale

violazione non giustifica – in difetto di un’espressa previsione – il ricorso alla sanzione di nullità.

La medesima sentenza affronta anche il tema del comportamento secondo buona fede della pubblica amministrazione nella pendenza della condizione. Qualificata tale condizione come condizione potestativa mista, le Sezioni Unite affermano che il contratto sottoposto a condizione potestativa mista è soggetto alla disciplina di cui all'art. 1358 c.c., che impone alle parti l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione, e riconoscono la sussistenza di tale obbligo anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo della condizione mista.

Con la sentenza **n. 15781**, le Sezioni Unite risolvono il contrasto in ordine all’applicabilità alla prestazione d’opera intellettuale – e, in particolare, alla prestazione dell’ingegnere progettista e direttore dei lavori – delle disposizioni dettate con riguardo alla prestazione d’opera manuale dall’art. 2226 c.c., in tema di **decadenza e prescrizione dell’azione di garanzia per vizi dell’opera**.

Sulla questione si confrontavano diversi indirizzi.

Nella cornice di un approccio interpretativo basato sulla tradizionale distinzione fra obbligazioni c.d. di mezzi ed obbligazioni c.d. di risultato, un primo orientamento, complessivamente maggioritario, aveva ritenuto che, sebbene l’obbligazione inerente all’esercizio di una attività professionale si connoti in generale come obbligazione di mezzi, in talune ipotesi, e segnatamente quando il professionista si impegni a realizzare un determinato *opus*, essa potrebbe assumere le caratteristiche dell’obbligazione di risultato: il che avverrebbe, appunto, nel caso dell’obbligazione di redigere un progetto di ingegneria, che ha per oggetto un risultato ben definito e dotato di una sua autonoma utilità, con conseguente applicabilità, in rapporto ai relativi vizi, delle previsioni di cui al citato art. 2226 c.c.

Secondo altro indirizzo, invece, anche l’obbligazione in esame sarebbe comunque di mezzi, dato che il prodotto materiale della prestazione rappresenterebbe soltanto

il *corpus mechanicum* nel quale il lavoro intellettuale oggetto del contratto – avente natura di bene immateriale – si estrinseca, donde l'inapplicabilità della disciplina in questione.

Con la sentenza richiamata, le Sezioni Unite escludono – conformemente a quest'ultimo indirizzo – che le disposizioni dell'art. 2226 c.c. trovino applicazione in rapporto alla prestazione d'opera intellettuale, ed alle prestazioni considerate in specie. Nel pervenire a tale conclusione, peraltro, le Sezioni Unite negano che la chiave di soluzione del problema possa essere costituita dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato – la quale, oltre a risultare priva di incidenza sul regime di responsabilità del professionista, si rivelerebbe, nella materia in esame, di difficile applicazione e foriera di ingiustificate disparità di trattamento –, ritenendo piuttosto che il citato art. 2226 c.c. non possa farsi rientrare nel novero delle disposizioni relative al contratto d'opera manuale richiamate dall'art. 2230 c.c., in ragione della sua generale incompatibilità con la natura del rapporto di prestazione d'opera intellettuale.

In sintesi, il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite è, appunto, nel senso che le disposizioni dell'art. 2226 c.c., in tema di decadenza e prescrizione dell'azione di garanzia per vizi dell'opera, sono inapplicabili alla prestazione d'opera intellettuale, ed in particolare alla prestazione del professionista che abbia assunto l'obbligazione della redazione di un progetto di ingegneria o della direzione dei lavori, ovvero l'uno e l'altro compito, dovendosi escludere che il criterio risolutivo ai fini dell'applicabilità delle predette disposizioni alle prestazioni in questione possa essere costituito dalla distinzione – priva di incidenza sul regime di responsabilità del professionista – fra le cosiddette obbligazioni di mezzi e le cosiddette obbligazioni di risultato: e ciò tenuto conto anche della frequente commistione, rispetto alle prestazioni professionali in questione, delle diverse obbligazioni in capo al medesimo o a distinti soggetti in vista dello stesso scopo finale, a fronte della quale una diversità di disciplina normativa risulterebbe ingiustificata.

4.4. Tutela del consumatore

La legge *antitrust* 10 ottobre 1990 n. 287, nel dettare norme a tutela della libertà di concorrenza, ha come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Da questa importante affermazione di principio, la sentenza **n. 2207** trae la conseguenza che il **consumatore finale**, il quale abbia subito un danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'**azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno** di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello.

4.5. Fallimento

In tema di azione revocatoria fallimentare, la sentenza **n. 16874** esclude che le **rimesse effettuate dal terzo fideiussore sul conto corrente dell'imprenditore, poi fallito**, siano revocabili ai sensi dell'art. 67, secondo comma, della legge fallimentare, quando risulti che attraverso la rimessa il terzo non ha posto la

somma nella disponibilità giuridica e materiale del debitore, ma – senza utilizzare una provvista del debitore e senza rivalersi nei suoi confronti prima del fallimento – ha adempiuto in qualità di terzo fideiussore l'obbligazione di garanzia nei confronti della banca creditrice. Secondo le Sezioni Unite, infatti, in questa ipotesi il pagamento è effettuato dal garante allo scopo di adempiere l'obbligazione di garanzia, autonoma, ancorché accessoria e di contenuto identico rispetto all'obbligazione principale, per evitare le conseguenze cui resterebbe esposto per effetto dell'inadempimento, mentre la modalità del pagamento non determina, di per sé, l'acquisizione della disponibilità della somma da parte del titolare del conto corrente – perché essa è soltanto contabile ed è priva di autonomia rispetto all'estinzione del debito da parte del terzo –, non incide sulla provenienza della somma dal terzo e sulla causa del pagamento (estinzione dell'obbligazione fideiussoria, in difetto di una diversa imputazione) e perciò non viola la *par condicio creditorum*.

4.6. Equa riparazione

In tema di equa riparazione per violazione del termine di durata ragionevole del processo, la sentenza **n. 28507**, superando l'indirizzo restrittivo fino ad allora accolto dalla giurisprudenza di legittimità, riconosce la **legittimazione degli eredi alla proposizione della domanda di equo indennizzo** per l'eccessiva durata di un processo instaurato dal loro dante causa prima dell'entrata in vigore della legge 24 marzo 2001 n. 89 (col solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e che questa si sia già pronunciata sulla sua ricevibilità). A sostegno del *revirement*, le Sezioni Unite escludono che la fonte del riconoscimento del diritto all'equa riparazione possa essere ravvisata nella sola normativa nazionale ed ribadiscono il principio – già enunciato nelle sentenze n. 1338, n. 1339 e n. 1340 del 2004 – che il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla legge nazionale coincide con la violazione della norma contenuta

nell’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, di immediata rilevanza nel diritto interno.

La citata sentenza, nel comporre un contrasto di giurisprudenza, riconosce inoltre che la lesione del diritto ad una ragionevole durata del processo va riscontrata, anche per le cause proposte davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo di tempo decorso dall’instaurazione del procedimento, senza che su di esso possa incidere la mancata o ritardata presentazione dell’istanza di prelievo. La presenza di strumenti sollecitatori – affermano le Sezioni Unite – non sospende né differisce il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda, né implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio, salva restando la valutazione del comportamento della parte al solo fine dell’apprezzamento dell’entità del lamentato pregiudizio.

Sempre in tema di equa riparazione, la sentenza **n. 28508**, prendendo atto dello stato della normativa vigente e della mancanza di una espressa previsione di diritto intertemporale che disciplini le spese di un ricorso divenuto irricevibile per effetto della sopravvenuta introduzione di un mezzo di tutela dinanzi al giudice nazionale, esclude – in continuità con l’orientamento precedente – che il ricorrente possa pretendere dal giudice nazionale il rimborso delle **spese giudiziali** sostenute per il ricorso inizialmente presentato alla Corte europea dei diritti dell’uomo.

4.7. Diritto tributario

In materia tributaria, la sentenza **n. 14697**, in tema di accertamento con adesione, afferma, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, che l’art. 2, comma 6, del d.lgs. 19 giugno 1997 n. 218 comporta l’applicabilità della nuova disciplina anche alle dichiarazioni presentate entro il 30 settembre 1994; di conseguenza, esclude che siano ancora operative le cause di esclusione o di inammissibilità, che l’art. 3 del

decreto-legge n. 564 del 1994 – come convertito dalla legge n. 656 del 1994 – richiamava attraverso l'art. 2-*bis*, abrogato.

5. - DIRITTO DEL LAVORO

5.1. Contratti collettivi e diritti sindacali

In relazione alla questione della **ultrattività delle clausole dei contratti collettivi**, la sentenza **n. 11325** ha affermato che i contratti collettivi di diritto comune, costituendo manifestazione dell'autonomia negoziale degli stipulanti, operano esclusivamente entro l'ambito temporale concordato dalle parti, atteso che l'opposto principio di ultrattività sino ad un nuovo regolamento collettivo - secondo la disposizione dell'art. 2074 c.c. -, ponendosi come limite alla libera volontà delle organizzazioni sindacali, sarebbe in contrasto con la garanzia prevista dall'art. 39 Cost. Conseguentemente, le Sezioni Unite hanno concluso che le clausole di contenuto retributivo non hanno efficacia vincolante diretta per il periodo successivo alla scadenza contrattuale, anche se, sul piano del rapporto individuale di lavoro, opera la tutela assicurata dall'art. 36 Cost., in relazione alla quale può prospettarsi una lesione derivante da una riduzione del trattamento economico rispetto al livello retributivo già goduto.

Con la suddetta pronuncia, le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza insorto all'interno della Sezione Lavoro aderendo all'orientamento prevalente, affermato da lungo tempo, secondo cui la disposizione dell'art. 2074 c.c. - sulla perdurante efficacia del contratto collettivo scaduto, fino a che non sia intervenuto un nuovo regolamento collettivo - non si applica ai contratti collettivi postcorporativi che, costituendo manifestazione dell'autonomia negoziale privata, sono regolati dalla libera volontà delle parti, cui soltanto spetta stabilire se l'efficacia di un accordo possa sopravvivere alla sua scadenza.

Invece, di recente, alcune sentenze, riprendendo un principio già affermato in precedenza in contrasto con quello prevalente, avevano affermato che anche per i contratti collettivi postcorporativi opera il principio di ultrattività, in virtù del quale

la scadenza contrattuale non determina l'automatica cessazione dell'efficacia delle clausole a contenuto retributivo, che deve ritenersi fondato sia sull'esistenza nell'ordinamento lavoristico del principio di relativa intangibilità del livello economico raggiunto in un rapporto di lavoro a tempo determinato - ricavabile dalle norme costituzionali (artt. 3, 36 e 41, Cost.) - sia sulla funzione tipica del contratto collettivo di diritto comune, di stabilire la regolamentazione di una serie di rapporti di lavoro, la quale fa escludere che la mera scadenza del termine di efficacia possa provocare un vuoto di disciplina pregiudizievole del livello di tutela del rapporto di lavoro già raggiunto e lesivo della centralità della dignità umana del lavoratore. Anche secondo tale indirizzo, peraltro, il principio di ultrattività opera esclusivamente nel caso in cui il contratto collettivo sia scaduto e non sia stato stipulato un nuovo contratto e, conseguentemente, non implica che, nel caso di successione nel tempo dei contratti collettivi postcorporativi, la disciplina più favorevole per il lavoratore prevista dal contratto scaduto possa essere conservata, in quanto le pattuizioni del contratto collettivo disciplinano il singolo rapporto con la clausola implicita della loro rivedibilità ad opera dell'autonomia collettiva (restando tuttavia escluso che la mera scadenza del contratto e la mancata stipula di un successivo contratto collettivo sia assimilabile al caso della stipula di un nuovo contratto che, eventualmente, stabilisca una disciplina peggiorativa del trattamento retributivo).

Nella materia dei diritti sindacali, importanti princìpi sono stati enunciati dalla sentenza **n. 28269** in relazione **all'obbligo del datore di lavoro di effettuare le trattenute dei contributi sindacali** e di curarne il versamento.

In particolare, si è affermato che tale obbligo, ormai scomparso come prescrizione *ex lege*, può legittimamente derivare da fattispecie negoziali, quale la cessione del credito operata dal lavoratore in favore del sindacato, e che la sua inosservanza da parte del datore di lavoro (debitore ceduto), con il rifiuto di adempiere nei confronti del sindacato, incide sull'attività sindacale in senso proprio e concreta in

tutti i casi una condotta antisindacale, senza che possa rilevare in alcun modo la fonte (contrattuale o legale) dell'obbligo medesimo.

Va precisato che il principio riguardante la configurabilità della cessione del credito vale – secondo quanto puntualizzato nella citata decisione – per le fattispecie cui si applica il regime normativo vigente sino al 31 dicembre 2004 e per le quali non rileva la modificazione del testo dell'art. 1 del d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 182 (*insequestrabilità, impignorabilità e incedibilità di stipendi, salari, pensioni ed altri emolumenti*), operata dall'art. 1, comma 137, della legge 31 dicembre 2004 n. 311, mediante l'aggiunta nel primo comma delle parole "nonché le aziende private", rendendo così incedibili – fuori dei casi consentiti dal medesimo testo normativo (come modificato dall'art. 13-*bis* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80) – anche i compensi erogati dai privati datori di lavoro ai dipendenti.

Nella stessa sentenza **n. 28269**, inoltre, è stato confermato il principio già consolidato nella giurisprudenza della Sezione Lavoro, secondo cui sussiste la legittimazione a domandare la repressione *ex* art. 28 statuto dei lavoratori in capo ad organismi locali di sindacati non maggiormente rappresentativi sul piano nazionale, né intercategoriali o aderenti a confederazioni, essendo invece determinante il requisito della diffusione del sindacato (anche monocategoriale) sul territorio nazionale, dovendosi però intendere tale diffusione nel senso che basta lo svolgimento di effettiva azione sindacale (non su tutta ma) su gran parte del territorio nazionale: in tal senso, secondo le Sezioni Unite, depongono anche numerose decisioni della Corte costituzionale, secondo cui il legislatore ha attribuito a soggetti qualificati uno strumento di azione giudiziaria dotato di particolare efficacia ed ha operato una scelta – degli organismi e del livello di rappresentatività – ragionevole, perché volta a privilegiare organizzazioni responsabili che abbiano una effettiva rappresentanza misurata sulla dimensione nazionale e che possano operare consapevolmente scelte concrete valutando l'opportunità di ricorrere alla speciale procedure dell'art. 28 citato.

In effetti, la Corte costituzionale aveva precisato già con la sentenza n. 334 del 1988 come la norma suddetta sia espressione della garanzia del libero sviluppo di una normale dialettica sindacale, perché il suo impiego presuppone una dimensione organizzativa – quella nazionale – che, per non essere legata ad una aggregazione a livello confederale intercategoriale, né alla stipulazione di contratti collettivi consente concreti spazi di operatività anche alle organizzazioni che dissentono dalle politiche sindacali maggioritarie.
Da ciò, le Sezioni Unite hanno tratto la conclusione che l'accesso alla tutela per la repressione della condotta antisindacale è basata su un criterio di selezione che nulla ha a che fare con quello operante ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali (art. 19 dello statuto, nel testo determinato dall'esito del referendum indetto con d.P.R. 5 aprile 1995), ovvero con la nozione di organizzazione sindacale dotata di maggiore rappresentatività.

5.2. Diritti retributivi

Devono essere segnalate due decisioni che riguardano la misura della retribuzione, in relazione, rispettivamente, ai dipendenti delle Ferrovie dello Stato e ai pubblici impiegati dei comparti ministeriali.
La sentenza **n. 4813** ha affermato che, con riguardo ai **dipendenti delle Ferrovie dello Stato retribuiti con il sistema del cottimo misto**, il diritto soggettivo alla equiparazione retributiva tra corrispettivo delle prestazioni eccedenti una determinata franchigia e corrispettivo per il lavoro straordinario è subordinato allo svolgimento delle prestazioni oltre l'orario normale di lavoro, di cui deve essere data la prova, stante l'ontologica differenza tra lavoro a cottimo e straordinario, che è alla base della disciplina codicistica (artt. 2099 e 2108 c.c.); differenza ribadita nella normativa speciale sulle competenze accessorie del personale in argomento (art. 33 della l. n. 34 del 1970, art. 3 del d.P.R. n. 1188 del 1977 e, in precedenza, art. 37 della l. n. 685 del 1957), che attribuisce anche al direttore

generale la possibilità di autorizzare il sistema di lavoro a cottimo e di fissare norme particolari per l'esecuzione di detto lavoro (art. 35 della l. n. 34 del 1970, art. 5 del d.P.R. n. 1188 del 1977 e, in precedenza, art. 40 della l. n. 685 del 1957). Né il diritto suddetto, all'adeguamento sulla base delle variazioni in aumento del lavoro straordinario introdotte con norme di legge, può fondarsi: sulla mera parametrazione fissata dalle circolari autorizzative, che non fanno venir meno l'ontologica differenza tra le prestazioni; su un uso negoziale ai sensi dell'art. 1340 del cod. civ., per l'estensione di tale parametrazione a periodi successivi, essendo rimasto soggetto il rapporto di lavoro in questione alla disciplina pubblicistica sino al giugno 1988, mentre tale uso presuppone un àmbito di autonomia privata; su un uso normativo (art. 8 preleggi), che opera solo nei casi in cui è la stessa legge a rinviare ad esso; sull'art. 36 Cost., valevole per il complesso della retribuzione e non per le singole componenti; sulla formazione di tariffe di cottimo non modificabili se non con il rispetto degli artt. 2100 e 2101 c.c., stante la non permeabilità della disciplina pubblicistica sino al giugno 1988, e la mancanza delle condizioni per l'applicabilità dei suddetti articoli per il periodo successivo; ferma restando la mancanza di rilievo decisorio delle norme pattizie successive (art. 6 del CCNL del 1987 e art. 45 del CCNL del 1990).

Con la suddetta pronuncia, in particolare, le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza insorto all'interno della Sezione Lavoro aderendo all'indirizzo rappresentato da un consistente gruppo di decisioni, che subordinano il diritto all'adeguamento richiesto dai dipendenti alla condizione che la prestazione sia svolta oltre l'orario normale: le motivazioni, pur con diversificazioni, hanno un filo conduttore comune, cioè la ricostruzione della normativa speciale relativa ai ferrovieri e l'affermazione del principio che la distinzione tra lavoro straordinario e lavoro a cottimo risultante dalla stessa (oltre che dalla disciplina civilistica) impedisce l'estensione delle norme che prevedono l'adeguamento dei corrispettivi per le "prestazioni straordinarie" al lavoro a cottimo, richiedendosi per tale estensione che la prestazione – anche di cottimo –

sia svolta oltre l'ordinario orario di lavoro. Le suddette decisioni – premessa la compatibilità del lavoro straordinario con il cottimo, nella specie misto, non essendo escluso nel cottimo il principio dell'obbligatorietà dell'orario legale – sottolineano che dal sistema normativo speciale esce rafforzato il principio della netta distinzione fra lavoro straordinario e lavoro a cottimo, con la conseguenza che i dipendenti non possono giovarsi delle variazioni previste dalla legge per il lavoro straordinario se non dimostrando di aver normalmente e concretamente svolto il lavoro retribuito a cottimo al di fuori dell'orario normale.

Con la sentenza **n. 14698** si è affermato che, in tema di **retribuzione del lavoratore subordinato nel pubblico impiego** e con riferimento alla base di calcolo della tredicesima mensilità, va esclusa la spettanza della indennità di amministrazione, sia perché dall'art. 7 del d.lgs. Capo provvisorio dello Stato 25 ottobre 1946 n. 263 non si evince alcun principio di onnicomprensività della retribuzione; sia perché le disposizioni dei CCNL 1998/2001, 2002/2003 e quello integrativo stipulato il 16 febbraio 1999 (art. 25) escludono che la tredicesima si debba commisurare alla "retribuzione individuale mensile" e che sia quindi comprensiva - oltre che della retribuzione base - anche di tutti gli assegni a carattere fisso e continuativo; sia infine perché, secondo l'art. 33, terzo comma, del CCNL 1998/2001, come modificato dall'art. 17, undicesimo comma del contratto integrativo, la indennità di amministrazione viene corrisposta per dodici mensilità, ha carattere di generalità e natura fissa e ricorrente. La pronuncia risolve così una questione di massima di particolare importanza, in relazione allo specifico punto della spettanza o meno della indennità di amministrazione ai fini del computo della tredicesima mensilità dovuta al personale del comparto ministeriale.

5.3. Spettanza e misura delle prestazioni assistenziali e previdenziali

In materia di **indennità e rendite da infortunio sul lavoro e malattia professionale**, la sentenza **n. 6402** ha affermato che in caso di costituzione di

rendita unica INAIL ai sensi dell'art. 80 del d.P.R. n. 1124 del 1965, derivante da più inabilità soggette a diverso regime temporale di revisione (nella specie, malattia professionale e infortunio sul lavoro), il termine (esterno, cioè decorrente dalla data di detta costituzione) entro il quale può procedersi a revisione della rendita per variazioni dello stato di inabilità dell'assicurato (a domanda di questi o per disposizione dell'INAIL) deve essere individuato in relazione al regime giuridico del consolidamento proprio della componente dell'inabilità complessiva di cui si rileva la variazione; conseguentemente, ove sia dedotto in giudizio il consolidamento della rendita unificata, per il decorso del termine della revisione il giudice adito deve stabilire, sulla base delle allegazioni e delle prove acquisite al giudizio, a quale componente dell'inabilità complessiva sia da riferire la variazione della riduzione dell'attitudine lavorativa in relazione alla quale è stata formulata la domanda dell'assicurato, o è stato disposto il provvedimento dell'Istituto.

Nella stessa materia, la sentenza **n. 6403** ha affermato che, in tema di revisione della rendita unica da infortunio sul lavoro, è consentito procedere a nuova valutazione medico-legale del risultato inabilitante complessivo, che può essere accertato anche in misura inferiore a quello provocato dall'infortunio i cui postumi sono consolidati, purché la rendita complessiva da erogare non sia inferiore a quella precedentemente consolidata. I medesimi principi vanno applicati anche nell'ipotesi di revisione di rendita unica (v. Corte cost. n. 318 del 1989), essendo anche in tal caso consentito il riesame dei postumi di tutti gli infortuni e la valutazione della complessiva riduzione dell'attitudine al lavoro, purché la rendita unica così ricostituita non sia inferiore a quella liquidata per i precedenti infortuni e già consolidata, mentre l'intangibilità della misura dei postumi stabilizzati del singolo evento lesivo (c.d. limite interno) osterebbe alla possibilità di rivalutare il complessivo risultato inabilitante, stabilitosi nel tempo, in base ad un giudizio di sintesi. Dalla data di costituzione della rendita unica, pertanto, comincia a decorrere un nuovo termine per la revisione, che, una volta maturato, rende immodificabile la misura della rendita da erogare.

Entrambe le sentenze qui esaminate riguardano la questione del consolidamento delle rendite da infortunio lavorativo e/o malattia professionale in caso di rendita unica (art. 80 d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124). Con la prima, in particolare, le Sezioni Unite risolvono il contrasto creatosi all'interno della Sezione Lavoro della Corte circa l'individuazione del termine entro il quale può procedersi a revisione della rendita unica derivante da più inabilità soggette a diverso regime temporale di revisione ed affermano, in proposito, che il giudice deve stabilire in concreto a quale delle componenti della complessiva inabilità debba riferirsi la variazione della attitudine lavorativa (malattia professionale o infortunio sul lavoro): nel caso di specie, è stato accolto il ricorso dell'assicurato il quale aveva dedotto che la revisione non avrebbe potuto essere disposta dall'INAIL in quanto il miglioramento delle condizioni dell'assicurato era riferito ai postumi per infortunio sul lavoro, sicché trovava applicazione non il termine di quindici anni previsto dall'art. 137 del testo unico di cui al citato d.P.R. n. 1124 del 1965, ma quello di dieci anni di cui all'art. 83 dello stesso testo unico.

In precedenza, in senso conforme si era espresso un indirizzo della Sezione Lavoro, che aveva affermato che il termine di consolidamento della rendita unica derivante da malattia professionale (entro il quindicennio) e da silicosi, non soggetta ad alcun termine di consolidamento, va individuato in relazione al diverso regime temporale dell'inabilità della quale è stata rilevata la variazione.

In senso difforme, altre pronunce della stessa Sezione avevano affermato che l'unicità della rendita non consente di distinguere la parte ascritta agli eventi infortunistici e quella derivante dagli eventi malattie professionali e comporta la necessità di valutare complessivamente e in modo unitario le variazioni delle condizioni fisiche dell'assicurato. Peraltro, sempre all'interno di tale orientamento, alcune pronunce ritenevano che in tutti i casi la presunzione di definitiva stabilizzazione delle condizioni fisiche si ha con il compimento del quindicesimo anno dalla costituzione della rendita, mentre altre sentenze ritenevano che debba farsi riferimento al termine decennale previsto per gli infortuni.

Con la seconda delle sentenze esaminate le Sezioni unite hanno ribadito il principio consolidato del c.d. limite esterno, già consolidato nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, salvo un isolato orientamento secondo cui, quando dopo la costituzione della rendita unica si proceda a revisione di essa per variazione nei postumi di uno o alcuni degli infortuni considerati, va tenuto conto non soltanto del predetto limite esterno, costituito dalla rendita complessiva che non può in ogni caso essere inferiore a quella già stabilizzatasi *ex* art. 83 del t.u. cit., ma altresì del limite interno costituito dal consolidamento delle rendite parziali per gli infortuni più antichi, non più suscettibili di revisione oltre il decennio, conseguendone la illegittimità di una revisione che, pur non diminuendo la rendita unica complessiva già consolidata, provveda però ad una differente e inferiore valutazione di quegli infortuni la cui incidenza invalidante si è già cristallizzata per il decorso del decennio.

Con riferimento al **diritto alla integrazione al trattamento minimo delle pensioni** a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la sentenza **n. 12797** ha affermato che dalla determinazione dei limiti di reddito cui la legge subordina tale diritto sono esclusi per loro stessa natura gli arretrati corrisposti sulla base dello stesso titolo, atteso che l'art. 6 del D.L. n. 463 del 1983, convertito con modificazioni nella legge n. 638 del 1983 (già nella sua formulazione originaria, prima delle modifiche apportate con l'art. 4 del D. Lgs. n. 503 del 1992), escludendo dal calcolo l'importo della pensione da integrare non può non escludere anche l'importo della pensione integrata, che è una componente della prima.

Sul presupposto che la tematica del computo del reddito riveste carattere generale e riguarda tutte le prestazioni previdenziali ed assistenziali, il Collegio era stato investito della risoluzione del contrasto emerso all'interno della Sezione Lavoro.

In particolare, il contrasto era stato ravvisato in relazione al principio affermato, in tema di integrazione al minimo, da due sentenze del 2000, rispetto alla

giurisprudenza prevalente relativa ad altre prestazioni, oltre che all'integrazione al minimo.

L'orientamento prevalente era nel senso di ritenere che in ogni caso di tutela previdenziale rapportata ad un limite di reddito, ai fini della determinazione di tale limite, deve essere considerata ogni disponibilità attuale di mezzi economici, ivi compresi gli arretrati soggetti a tassazione separata, a meno che non siano stati espressamente esclusi dalla legge, come previsto ai fini della concessione dell'assegno sociale, ma non della pensione sociale. Principio affermato anche in riferimento all'assegno per il nucleo familiare ed al diritto alla integrazione del trattamento minimo della pensione di invalidità e delle altre prestazioni INPS.

Le sentenze del 2000, relative all'integrazione al minimo, avevano ritenuto che, ai fini dell'accertamento dei limiti reddituali cui è subordinata l'integrazione al minimo dei trattamenti pensionistici, la previsione di esclusione dal computo dei redditi delle competenze arretrate sottoposte a tassazione separata, disposta con effetto dal 1 gennaio 1993 (data successivamente spostata al 31 dicembre 1993 con legge n. 537 del 1993) dall'art. 6 del decreto legge 12 settembre 1983 n. 463, come convertito dalla legge 11 novembre 1983 n. 638 e modificato dall'art. 4 del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 503, è applicabile anche ad arretrati riferiti a ratei di pensione maturati prima del 1993 ma pagati in anni successivi, dovendosi dar valore - atteso il richiamo normativo al regime fiscale delle entrate - al momento del pagamento e non a quello di maturazione dei ratei.

In sostanza la giurisprudenza precedente, accomunata (oltre che dalla necessità di una espressa esclusione legislativa) dall'invocazione del c.d. principio di cassa, da un lato includeva il calcolo di tutti gli arretrati percepiti nell'anno di riferimento in mancanza di esclusione espressa, dall'altro – con riferimento all'integrazione al minimo - proprio sulla base della considerazione che erano stati percepiti dopo l'esclusione, poteva giungere ad estendere l'esclusione (prevista per legge a partire da una certa data) agli arretrati maturati prima che la legge consentisse l'esclusione.

In questo contesto si era anche affermato che il principio secondo cui la sussistenza del requisito reddituale previsto dall'art. 6 del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 1983, n. 638, ai fini del diritto alla integrazione al trattamento minimo delle pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, deve essere verificata includendo nel computo dei redditi relativi dell'anno considerato anche la somma dei redditi relativi ad anni precedenti (come tali soggetti a tassazione separata) secondo un criterio di cassa e non di competenza, non trova applicazione allorquando gli arretrati si riferiscano proprio alle somme dovute all'assicurato a titolo di integrazione al minimo, giacché il pagamento della prestazione oggetto della obbligazione di legge non può essere ostativo all'adempimento della obbligazione medesima, dovendo comunque la condizione reddituale preclusiva del diritto alla integrazione al minimo riguardare redditi diversi dalla prestazione previdenziale stessa, come del resto stabilito dall'art. 6, comma 1, del decreto-legge n. 463 del 1983, il quale, nel prevedere che non concorre alla formazione del reddito l'importo della pensione da integrare al minimo, non può non ricomprendervi anche la integrazione al minimo, che costituisce una componente della pensione stessa. (Fattispecie relativa ad epoca anteriore alla entrata in vigore del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, che ha introdotto nell'art. 6 del decreto-legge n. 463 del 1983 il comma 1-bis, a norma del quale dal computo dei redditi sono esclusi i trattamenti di fine rapporto comunque denominati, il reddito della casa di abitazione e le competenze arretrate sottoposte a tassazione separata, ribadendo che non concorre alla formazione dei redditi l'importo della pensione da integrare al minimo).

Le Sezioni Unite con la decisione che si segnala riprendono tale principio e lo affermano in generale, prescindendo, quindi, dall'esclusione, operata con il d.lgs. n. 503 del 1992 per le competenze arretrate sottoposte a tassazione separata, nonché dal riferimento al c.d. principio di cassa, del quale si è negata l'operatività con un'altra risoluzione di contrasto (sent. n. 12796, *infra*). L'incidenza degli

arretrati relativi alla integrazione al minimo è così negata in radice, costituendo essi parte integrante della pensione da integrare, il cui rilievo ai fini del reddito era già escluso nella formulazione originaria dell'art. 6 del d.l. n. 463 del 1983.

Il principio generale è stato ribadito nella richiamata sentenza **n. 12796**, in tema di spettanza della **pensione sociale**, con la quale le Sezioni Unite hanno affermato che, salvo che non sia espressamente escluso da specifiche norme di legge, in ogni caso in cui l'erogazione dei benefici previdenziali o assistenziali sia rapportata ad un limite di reddito, ai fini della determinazione di tale limite, devono essere considerati anche gli arretrati, nelle quote maturate per ciascun anno di competenza e non nel loro importo complessivo, poiché nei suddetti benefici assumono rilievo il grado di bisogno della persona protetta, garantito dall'art. 38 Cost., e la sua capacità contributiva, valevole in generale ai sensi dell'art. 53 Cost., con la conseguenza che al beneficiario può essere chiesto di concorrere alla spesa in presenza di un incremento di reddito che possa essere assunto ad indice sicuro di superamento stabile dei previsti limiti, il che non sarebbe assicurato dal cosiddetto criterio di cassa. Conseguentemente, nel caso di assegno sociale - che ha sostituito la pensione sociale - non rilevano gli arretrati, atteso che l'art. 3, sesto comma, della legge n. 335 del 1995, esclude espressamente dal computo dei limiti di reddito tutte le competenze arretrate soggette a tassazione separata.

In conclusione, le Sezioni Unite negano l'idoneità del principio c.d. di cassa e – sulla base dei principi costituzionali – affermano il generale principio della inclusione solo per gli arretrati maturati per ciascun anno di competenza, salva, naturalmente, l'espressa esclusione legislativa, come nell'ipotesi di assegno sociale.

Sempre con riferimento all'individuazione dei limiti reddituali per l'integrazione al minimo, in relazione alle **prestazioni previdenziali in favore dei ciechi**, la sentenza **n. 3814** ha affermato che il requisito reddituale al quale, ai sensi dell'art. 6 del decreto-legge 12 settembre 1983 n. 463, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 1983 n. 638, è subordinato il diritto alla integrazione al minimo

delle pensioni erogate dall'INPS in regime obbligatorio, trova applicazione anche con riferimento alle prestazioni erogate in favore dei ciechi totali o parziali, non costituendo deroga alla predetta previsione di carattere generale la disposizione di cui all'art. 8, comma primo-*bis*, del medesimo decreto-legge, per effetto della quale, attraverso il richiamo all'art. 68 della legge 30 aprile 1969 n. 153, il riacquisto della capacità di guadagno nonché di un reddito di lavoro, anche elevato, da parte del cieco non comporta la perdita della pensione, giacché mentre l'integrazione al minimo serve ad assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore e della sua famiglia quando a tale scopo non sia sufficiente la contribuzione previdenziale accreditata, la previsione, in favore dei ciechi, della conservazione del trattamento pensionistico nonostante la carenza sopravvenuta di uno dei presupposti, e in particolare del requisito reddituale, persegue la finalità di favorire il loro reinserimento sociale, non distogliendo l'invalido dall'apprendimento e dall'esercizio di un'attività lavorativa, senza che da tale finalità possa desumersi, in contrasto con il dato letterale delle richiamate disposizioni, l'espressione di un generale principio di irrilevanza totale del requisito reddituale nel regime della pensione di invalidità dei ciechi, con conseguente estensione a questi ultimi della integrazione al minimo della pensione.

Con riferimento alla configurazione del **diritto alla proroga dell'indennità di mobilità nelle aree del Mezzogiorno**, la sentenza n. 11326 ha rilevato che, ai fini della proroga, prevista dall'art. 7 secondo comma della legge n. 223 del 1991, poiché l'istituto costituisce un intervento di politica sociale funzionale al sostegno, sul piano economico, della personale condizione di disoccupazione del lavoratore, già licenziato, nel periodo di ricerca di una nuova occupazione - come risulta dall'interpretazione sistematica della norma, che prevede la proroga, nel contesto dello stesso art. 7 cit. e dell'intera legge, non contraddetta da provvedimenti normativi successivi che hanno disciplinato speciali situazioni di emergenza occupazionale -, è determinante la circostanza che in una delle zone svantaggiate di cui al suddetto provvedimento normativo l'impresa abbia scelto di organizzare

stabilmente la prestazione lavorativa di alcuni (o, al limite, anche di uno solo) dei propri dipendenti, in funzione del raggiungimento degli obiettivi imprenditoriali, così da doversi identificare in tali aree il "luogo permanente di lavoro" inteso, nel quadro generale dell'art. 1182 c.c., come ambito territoriale entro il quale la prestazione dedotta in contratto doveva essere eseguita, restando irrilevanti altri requisiti (quali il luogo di assunzione, l'ubicazione della sede legale dell'impresa o della residenza del lavoratore, il luogo in cui è stata aperta la procedura di mobilità.

In materia di **cumulo della pensione con la retribuzione**, la sentenza **n. 20335** ha affermato che le pensioni anticipate sono equiparate – quanto alla disciplina del cumulo con i redditi da lavoro autonomo – alle pensioni di anzianità, per le quali vigeva la regola del cumulo solo nella misura del cinquanta per cento (art. 10, comma 6, decreto legislativo n. 503 del 1992, come modificato dall'art. 11, comma 9 della legge n. 537 del 1993); nella disposizione transitoria - che prevedeva il diritto al cumulo integrale esclusivamente a coloro i quali, alla data del 31 dicembre 1994 erano titolari di pensione, ovvero, alla medesima data, avevano i requisiti minimi per la pensione di anzianità o di vecchiaia (art. 10, comma 8, del decreto legislativo n. 503 del 1992)- rientrano i beneficiari del pensionamento anticipato di cui alla legge Efim (legge n. 598 del 1994, di conversione del d.l. n. 516 del 1994) il cui rapporto è estinto per legge al 31 dicembre 1994, giacché, attraverso la maggiorazione dell'anzianità assicurativa e contributiva prevista dalla legge – hanno acquisito i requisiti contributivi minimi per la pensione di anzianità al 1 dicembre 1994, né l'interpretazione adottata presenta dubbi di legittimità costituzionale, attesa la peculiarità della disciplina transitoria che ricollegando l'esistenza del diritto ad un mero dato temporale non lede il principio di uguaglianza, ponendosi come mero fatto collegato al fluire del tempo (cfr. Corte Cost. nn. 374 del 2002, 311 del 1995 e 6 del 1994).

Così decidendo, le Sezioni Unite risolvono il contrasto di giurisprudenza, sorto nell'ambito della Sezione Lavoro, in tema di diritto al cumulo, integrale o limitato

al cinquanta per cento, tra pensione di anzianità in godimento, conseguita a seguito di prepensionamento, e i redditi da lavoro autonomo.

Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, ribadito con altra decisione resa alla medesima udienza con riferimento ai prepensionamenti ex art. 10 legge n. 451 del 1994 (sentenza **n. 20336**), si inserisce nel solco del prevalente orientamento della Sezione Lavoro che ha affermato il diritto al cumulo.

L'opposto orientamento, non condiviso dalle Sezioni Unite, negava il diritto al cumulo integrale tra prepensionamento e reddito da lavoro autonomo, sul presupposto che, ai fini della applicabilità della disciplina transitoria in materia di deroga al divieto di cumulo tra pensione di anzianità e lavoro autonomo, contenuta nell'articolo 10, comma ottavo, del D.Lgs. n. 503 del 1992, novellato dall'art. 11 della legge n. 537 del 1993, il requisito contributivo minimo previsto dal medesimo articolo è da riferire ai trentacinque anni necessari per la pensione "di vecchiaia o di anzianità", e non ad anzianità inferiori, previste per fruire di pensionamenti anticipati.

Con le sentenze **nn. 27394, 27395, 27396 e 27397** le Sezioni Unite hanno nuovamente affrontato la questione della **riliquidazione delle pensioni del personale dirigente già dipendente dell'INAM**, in relazione alle variazioni della retribuzione pensionabile del personale in servizio, sulla quale erano state chiamate a pronunziarsi, a seguito del contrasto insorto nella giurisprudenza della Sezione Lavoro fra alcune decisioni che ritenevano non computabili il c.d. compenso incentivante e l'assegno temporale mensile – previsti dall'art. 4 della legge n. 79 del 1984 a favore dei dirigenti statali –, in ragione della ritenuta non fissità e continuatività di tali emolumenti, e altre decisioni che ne avevano, invece, affermato una siffatta natura e, quindi, la computabilità, ai fini di cui sopra, dalla data (1° luglio 1985) in cui l'art. 2 della legge n. 72 del 1985 aveva esteso ai dirigenti indicati nell'art. 18 della legge n. 75 del 1970 (e, perciò, anche ai dirigenti degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, in quanto

anch’essi rientranti nel settore del c.d. parastato) la disciplina del trattamento economico dei dirigenti dello Stato.

Con la sentenza **n. 17634** le Sezioni Unite avevano escluso la computabilità dell’assegno temporale trattandosi di un emolumento riconosciuto ai dirigenti statali sino al 31 dicembre 1984 ed escluso, pertanto, dalla estensione del trattamento economico di tali dirigenti ai dirigenti del parastato, la quale, ai sensi dell’art. 2 della legge n. 72 del 1985 cit., aveva effetto solo a decorrere dal 1° luglio 1985.

Il contrasto, quindi, non era stato risolto con adesione all’uno o all’altro degli indicati indirizzi, fondandosi invece l’esclusione sul preliminare rilievo che la norma dell’art. 4 della legge n. 79 del 1984, nella parte relativa agli emolumenti in questione, aveva già cessato di avere efficacia alla predetta data del 1° luglio 1984.

A seguito di nuova rimessione della questione da parte della Sezione Lavoro – la cui ordinanza chiedeva esplicitamente una rimeditazione della predetta conclusione, osservando che il compenso incentivante e l’assegno temporale erano stati in realtà prorogati nel tempo da vari decreti-legge (converiti e non convertiti), sino al decreto-legge 16 settembre 1987 n. 379, convertito con modificazioni in legge 14 novembre 1987 n. 468, il cui art. 3, comma 1, comportava l’inclusione dei predetti emolumenti nella retribuzione pensionabile dei dirigenti degli enti parastatali in servizio, conseguendone il diritto al ricalcolo delle pensioni già liquidate – le Sezioni Unite, con le richiamate sentenze del 2005, hanno ritenuto che, in effetti, entrambi gli emolumenti non hanno cessato di avere efficacia, stanti le successive proroghe operate dai decreti citati dell’ordinanza di rimessione, ma hanno osservato che, tuttavia, possono essere computati nella retribuzione pensionabile degli ex dirigenti INAM, rilevante ai sensi dell’art. 30 del regolamento istitutivo, soltanto i miglioramenti stipendiali, gli assegni personali pensionabili e le competenze fisse e continuative corrisposte ai dipendenti in servizio, che siano espressamente qualificate come pensionabili da provvedimenti normativi riferibili al personale degli enti parastatali, mentre una tale rilevanza non

può essere attribuita agli emolumenti in questione, stanti l'esplicito disposto dell'art. 5 della legge n. 79 del 1984 (che prescrive come pensionabile il solo stipendio mensile) e la mancanza, nella successiva legislazione, di altre diverse disposizioni che espressamente li qualifichino come pensionabili.

Le sentenze **nn. 28261 e 28262** hanno risolto il diverso contrasto, riguardante la **decorrenza della pensione di anzianità** per i soggetti che devono sommare i contributi di due diverse gestioni, con riferimento alla disciplina prevista dall'art. 1 della legge n. 335 del 1995, in cui sono contenute previsioni differenziate per i lavoratori dipendenti e i lavoratori autonomi, trattandosi di stabilire se il regime giuridico da applicare sia determinato dalla iscrizione all'una o all'altra gestione nel momento di perfezionamento del requisito contributivo, o invece corrisponda a quello proprio della gestione nella quale deve compiersi la liquidazione del trattamento, nel senso che mentre il cumulo dei contributi accreditati in più gestioni concerne esclusivamente la liquidazione della pensione in una delle gestioni dei lavoratori autonomi, ai fini della liquidazione nella gestione dei lavoratori dipendenti il requisito contributivo deve sussistere con riferimento all'iscrizione in detta gestione e in relazione ai contributi ivi versati.

Le Sezioni Unite, con le richiamate decisioni, hanno invece aderito ad un indirizzo minoritario manifestatosi all'interno della Sezione Lavoro, affermando il principio generale secondo cui per individuare le regole che disciplinano la maturazione del diritto e la decorrenza della pensione di anzianità deve farsi riferimento a quelle vigenti nella gestione previdenziale che eroga la prestazione, mentre la regola del cumulo, anche automatico, dei contributi accreditati in più gestioni concerne esclusivamente il caso della liquidazione della pensione in una delle gestioni dei lavoratori autonomi, mentre ai fini della liquidazione di una pensione nella gestione dei lavoratori dipendenti è necessario che il requisito contributivo sussista con riferimento all'iscrizione presso detta gestione e in relazione ai contributi alla stessa versati, con la conseguenza che non si può fissare la decorrenza della

pensione di anzianità secondo le regole della gestione lavoratori dipendenti con il riconoscimento del cumulo dei contributi versati come lavoratore autonomo.

Con la sentenza **n. 14254** è stata risolta la questione di massima di particolare importanza riguardante la possibilità o meno per il **personale di volo dipendente da enti pubblici** (nella specie, piloti di elicottero presso il servizio antincendi e protezione civile della provincia autonoma di Trento) di iscriversi al fondo di previdenza per il personale di volo dipendente da aziende di navigazione e di costruzioni aeronautiche. Al riguardo, le Sezioni Unite hanno osservato che il predetto fondo, istituito presso l'INPS con la legge 13 luglio 1965 n. 859, modificata dalla legge 31 ottobre 1988 n. 480, e quindi integrata dal decreto legislativo 24 aprile 1997 n. 164, è, ai sensi dell'art. 12 della legge istitutiva, "sostitutivo dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti", al cui regime non sono assoggettati, in base al disposto dell'art. 38 del r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827, "gli operai, agenti ed impiegati delle Amministrazioni statali…delle Province, dei Comuni…purchè ad essi sia assicurato un trattamento di quiescenza e di previdenza", configurandosi così l'esistenza di un rapporto di lavoro pubblico alle dipendenze (dello Stato e) degli enti locali come condizione esonerativa della soggezione all'assicurazione generale obbligatoria gestita dall'INPS. E, poiché le leggi di previdenza di categoria, come la predetta legge istitutiva del fondo volo, alle quali corrisponde in genere un più vantaggioso sistema di tutela e di prestazioni, costituendo deroga alle leggi sulla previdenza generale, e comportando regole contributive conseguenziali, non sono suscettibili di applicazione analogica, non è sufficiente l'esposizione al medesimo rischio per attrarre altri soggetti non contemplati (e soggetti ad apposita disciplina previdenziale) nello stesso fondo di categoria.

5.4. Ripetizione di prestazioni indebite

Con riferimento agli indebiti pensionistici INPS, la sentenza **n. 4809** ha enunciato il principio secondo cui in tema di ripetizione di indebito previdenziale, e con riguardo alla normativa applicabile agli indebiti pensionistici INPS maturati anteriormente al primo gennaio 1996, e non ancora recuperati totalmente, ovvero recuperati solo in parte, prima della entrata in vigore della legge 28 dicembre 2001 n. 448, la nuova disciplina dettata da quest'ultima legge con l'art. 38, settimo e ottavo comma (ai cui sensi "nei confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodi anteriori al primo gennaio 2001, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 2000 di importo pari o inferiore a 8.263,31 euro", e, ove tale soglia sia superata, "non si fa luogo al recupero dell'indebito nei limiti di un quarto dell'importo riscosso"), non si applica quando il titolare del trattamento pensionistico godeva di un reddito, per l'anno 1995, inferiore ai sedici milioni di lire, soglia alla quale faceva riferimento la precedente disciplina sul recupero dell'indebito previdenziale (non solo INPS) dettata, per il periodo, appunto, anteriore al primo gennaio 1996, dall'art. 1, commi 260 e 261 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, dovendo escludersi, sotto questo profilo, un effetto abrogativo implicito di quest'ultima disciplina determinato dal sopraggiungere del citato art. 38 della legge n. 448 del 2001, atteso che, secondo la regola generale operante nel caso di successione di norme nel tempo, il rapporto debitorio concernente l'indebito deve considerarsi estinto – con conseguente insensibilità allo *ius superveniens* – quando si sia perfezionata la fattispecie legale che, ai sensi della disciplina dell'indebito vigente all'atto della sua formazione, lo rendeva irripetibile. Viceversa, e sempre con riguardo agli indebiti maturati anteriormente al primo gennaio 1996, ove si accerti che l'indebito era recuperabile, a norma della legge n. 662 del 1996, perché il titolare godeva nell'anno 1995 di un reddito superiore a sedici milioni di lire, la ripetibilità deve essere verificata anche alla luce della legge n. 448 del 2001, e quindi il recupero è consentito solo in caso

di titolarità, nell'anno 2000, di un reddito superiore alla soglia individuata da quest'ultima legge. L'operatività di entrambe le discipline ricorre anche quando, al momento di entrata in vigore della legge n. 448 del 2001, sia in corso il recupero rateale (consentito dalla legge n. 662 del 1996): in tal caso l'Istituto previdenziale dovrà accertare se la restante porzione (alla data di inizio del processo, posto che il tempo della causa non deve essere di pregiudizio alla parte) sia ancora ripetibile, alla luce della legge n. 448 del 2001, verificando cioè la misura del reddito del 2000, ed astenendosi dal recuperare ulteriormente allorché tale reddito sia inferiore alla soglia di legge.

Così decidendo, le Sezioni Unite hanno composto il contrasto di giurisprudenza, emerso nell'ambito della Sezione lavoro, in ordine alla questione concernente l'applicabilità o meno dello *ius superveniens* costituito dall'art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, anche agli indebiti maturati anteriormente al 1° gennaio 1996, già disciplinati dall'art. 1, commi 260 e 261, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

5.5.Obblighi contributivi del datore di lavoro

In tema **di obbligazioni contributive nei confronti delle gestioni previdenziali e assistenziali**, la sentenza **n. 4808** ha enunciato il principio secondo cui la mancata presentazione del modello DM/10 (recante la dettagliata indicazione dei contributi previdenziali da versare) configura la fattispecie della evasione – e non già della semplice omissione – contributiva, ricadente nella previsione della lettera b) dell'art.1, comma 217, della legge n. 662 del 1996, che commina una sanzione *una tantum* il cui pagamento (alla stregua della modifica apportata al predetto comma 217 dall'art. 59 della legge n. 449 del 1997) può essere evitato effettuando la denuncia della situazione debitoria spontaneamente (prima, cioè, di contestazioni o richieste da parte dell'ente) e comunque entro sei mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi, purché il versamento degli stessi sia poi effettuato entro

trenta giorni dalla denuncia (c.d. ravvedimento operoso), senza che, *in subiecta materia*, spieghi influenza l'entrata in vigore dell'art.116, comma 8 ss., della legge n. 388 del 2000 (configurante la fattispecie dell'evasione contributiva in termini diversi e più favorevoli al datore di lavoro), attesane la indiscutibile inapplicabilità alle vicende precedenti alla sua entrata in vigore.

La decisione risolve così un contrasto di giurisprudenza insorto, di recente, in seno alla Sezione Lavoro della Corte sulla questione dell'interpretazione dell'art.1, commi 217 ss., della legge 23 dicembre 1996 n. 662, e cioè se il mancato pagamento dei contributi previdenziali – nel caso in cui l'obbligato abbia omesso di trasmettere i modelli mensili DM/10, ed in presenza di regolare iscrizione dei lavoratori nei libri aziendali – configurasse la fattispecie dell'omissione contributiva di cui alla lettera A) della norma predetta, ovvero integrasse i diversi, più gravi, estremi dell'evasione, di cui alla lettera B), con conseguente obbligo, in tale ultimo caso, di pagare la sanzione *una tantum*, non prevista, per converso, nel primo.

Riguardo alla **classificazione dei datori di lavoro ai fini dei contributi previdenziali**, la sentenza **n. 16875** ha determinato una profonda rimeditazione della materia, in relazione alla efficacia dei provvedimenti di inquadramento operati dall'INPS e, in particolare, alla ultrattività degli inquadramenti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989. La pronuncia, infatti, contiene il principio per cui l'art. 3, comma 8, della legge 8 agosto 1995 n. 335, nella parte in cui (primo e secondo periodo) stabilisce che i provvedimenti di variazione della classificazione dei datori di lavoro a fini previdenziali, adottati dall'INPS di ufficio o su richiesta dell'azienda, producono effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento o della richiesta dell'interessato, ha valenza generale, ed è quindi applicabile ad ogni ipotesi di rettifica di precedenti inquadramenti operata dall'Istituto previdenziale dopo la data di entrata in vigore della predetta legge - o anche prima, nel caso in cui la modifica, così come attuata, formi oggetto di controversia in corso a quella stessa data - indipendentemente dai parametri

adottati, si tratti cioè dei nuovi criteri di inquadramento introdotti dai primi due commi dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989, ovvero di quelli applicabili secondo la normativa previgente, in base ad una lettura sistematica e costituzionalmente orientata della norma, volta ad uniformare il trattamento di imprese di identica natura ed attività ma disomogenee nella classificazione.

La giurisprudenza della Corte era sempre stata univoca nel ritenere che siano soggette alla disciplina della legge n. 335 del 1995 cit. – ed abbiano, quindi, efficacia *ex nunc* – le rettifiche che l'INPS abbia operato, d'ufficio o su domanda degli interessati, rispetto a provvedimenti di classificazione adottati in applicazione dei nuovi criteri introdotti dall'art. 49 della citata legge n. 88 del 1989 e riguardanti, perciò, i datori di lavoro che abbiano iniziato la loro attività a partire dalla data di entrata in vigore della legge stessa.

Per quanto riguarda l'applicabilità del richiamato art. 3 della legge n. 335 del 1995 alle variazioni adottate dall'Istituto relativamente ai vecchi inquadramenti, quelli cioè operati secondo i criteri di classificazione vigenti anteriormente all'art. 49 della legge n. 88 del 1989 cit., e transitoriamente prolungati nella loro validità dallo stesso art. 49 con la disposizione contenuta nella seconda parte del comma 3, la questione era stata risolta prevalentemente in senso negativo, sul presupposto che la norma dell'art. 3 cit. ha natura sostanzialmente interpretativa dell'art. 49 citato, nel senso di considerare di natura provvedimentale la classificazione dei datori di lavoro operata dall'INPS in base agli ivi indicati criteri; il che, secondo tale interpretazione, induceva ad escluderne l'applicazione alle variazioni degli inquadramenti oggetto del regime transitorio di cui al menzionato comma 3 dell'art. 49 cit., con l'ulteriore conseguenza che la disposizione dell'art. 3 della legge n. 335 del 1995 – che dichiara applicabili le disposizioni di cui al primo e al secondo periodo alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della stessa legge – non regolerebbe le fattispecie che concernono rapporti contributivi ai quali non è applicabile l'art. 49 della legge n. 88 del 1989.

Nell’abbandonare tale indirizzo (che era stato seguito, peraltro, con la sentenza n. 4837 del 1994), le Sezioni Unite hanno dato conto che la Corte costituzionale con la sentenza n. 378 del 1994 aveva invitato il legislatore a fissare un termine ragionevole per il superamento dei regimi transitori in materia di classificazione delle imprese, in modo da pervenire ad una generalizzata applicazione della nuova normativa della legge n. 88 del 1989, e che il legislatore, in effetti, aveva fornito una risposta definitiva con la legge 23 dicembre 1996 n. 662, la quale, all’art. 2, comma 215, aveva disposto la cessazione dell’ultrattività del regime transitorio con decorrenza dal gennaio 1997, dalla quale data la classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali deve essere effettuata esclusivamente sulla base dei criteri di inquadramento stabiliti dal predetto art. 49 della legge n. 88 del 1989. Ma hanno osservato, le stesse Sezioni Unite, che già l’intervento legislativo attuato, nel frattempo, con la legge n. 335 del 1995 aveva costituito un primo tentativo di rendere costituzionale il trattamento di imprese di identica natura e attività, diverse solo per la classificazione, equiparandole nell’applicazione di una disciplina speciale.

Quanto agli **effetti del mancato versamento dei contributi**, la sentenza **n. 840** ha chiarito che, ai sensi dell'art. 13, commi quarto e quinto, della legge 12 agosto 1962 n. 1338 (nel testo risultante a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 568 del 1989), ai fini della costituzione della rendita vitalizia prevista dallo stesso articolo per l'ipotesi di omesso versamento dei contributi assicurativi e d'avvenuta prescrizione dei medesimi, sussiste la necessità che il lavoratore fornisca la prova scritta in ordine all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato nel periodo d'omissione contributiva, non essendo utilizzabile al fine di ritenere provata l'esistenza di un unico rapporto di lavoro subordinato la prova scritta relativa ad un periodo diverso rispetto a quello in cui è posta in discussione l'esistenza di prestazioni lavorative caratterizzate dal vincolo della subordinazione.

6. - PROCESSO DEL LAVORO

6.1. Prove nuove in appello

Con la sentenza **n. 8202**, le Sezioni Unite – intervenendo a risolvere la *vexata quaestio* della **produzione di nuovi documenti in appello**, affrontata anche con riferimento al rito ordinario (con la coeva sentenza n. 8203, vedi § 3.6) – hanno enunciato l'importante principio secondo cui nel rito del lavoro, in base al combinato disposto degli artt. 416, terzo comma, c.p.c., che stabilisce che il convenuto deve indicare a pena di decadenza i mezzi di prova dei quali intende avvalersi, ed in particolar modo i documenti, che deve contestualmente depositare - onere probatorio gravante anche sull'attore per il principio di reciprocità fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 13 del 1977 - e 437, secondo comma, c.p.c., che, a sua volta, pone il divieto di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova - fra i quali devono annoverarsi anche i documenti -, l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo); e la irreversibilità della estinzione del diritto di produrre i documenti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, rende il diritto stesso insuscettibile di reviviscenza in grado di appello. Peraltro, hanno osservato le Sezioni Unite, tale rigoroso sistema di preclusioni trova un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della verità materiale, cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento - nei poteri

d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437, secondo comma, c.p.c., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse.

Queste ultime precisazioni consentono, da un lato, di tracciare una linea di demarcazione rispetto al rito ordinario, per il quale – con la richiamata sentenza **n. 8203** resa alla stessa udienza – le stesse Sezioni Unite hanno chiarito, con riguardo alla produzione di nuovi documenti in grado di appello, che l'art. 345, terzo comma, c.p.c. va interpretato nel senso che esso fissa sul piano generale il principio della inammissibilità di mezzi di prova nuovi - la cui ammissione, cioè, non sia stata richiesta in precedenza - e, quindi, anche delle produzioni documentali, indicando nello stesso tempo i limiti di tale regola, con il porre in via alternativa i requisiti che tali documenti, al pari degli altri mezzi di prova, devono presentare per poter trovare ingresso in sede di gravame (sempre che essi siano prodotti, a pena di decadenza, mediante specifica indicazione degli stessi nell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado, a meno che la loro formazione non sia successiva e la loro produzione non sia stata resa necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo): requisiti consistenti nella dimostrazione che le parti non abbiano potuto proporli prima per causa ad esse non imputabile, ovvero nel convincimento del giudice della indispensabilità degli stessi per la decisione; peraltro, nel rito ordinario, risultando il ruolo del giudice nell'impulso del processo meno incisivo che nel rito del lavoro, l'ammissione di nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili non può comunque prescindere dalla richiesta delle parti.

D’altra parte, la puntualizzazione dei limiti che, anche nel rito del lavoro, incontrano sia le parti sia il giudice consente di rilevare che, se una prova nuova verte su fatti che non siano stati minimamente allegati nel giudizio di primo grado, né ivi discussi nel contraddittorio delle parti, il giudice d’appello non può sostituirsi all’inerzia della parte, e ciò a prescindere dalla natura della prova

(precostituita o costituenda), che rimane pertanto inammissibile ai sensi del citato art. 437 c.p.c..

Coordinando il principio ora enunciato con quello sancito dalla ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite **n. 15661**, anch'essa risolutiva di un annoso contrasto giurisprudenziale (vedi § 3.3) – secondo la quale l'eccezione di interruzione della prescrizione integra un'eccezione in senso lato e non in senso stretto e, pertanto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice sulla base di elementi probatori ritualmente acquisiti agli atti – se ne ricava il corollario secondo cui la definizione dell'eccezione di interruzione come eccezione in senso lato comporta conseguenze in ordine alla rilevabilità *ex officio* e alla diversa configurabilità dell'onere di proposizione, ma non determina la facoltà di produrre per la prima volta in appello il documento attestante l'avvenuta interruzione, ove una qualche prova in proposito non sia stata acquisita, né il fatto interruttivo sia stato allegato in primo grado.

6.2. Competenza territoriale nelle opposizioni all'esecuzione

Con ordinanza **n. 841**, emessa in sede di regolamento di competenza, le Sezioni Unite hanno composto un contrasto, in materia di **competenza territoriale sull'opposizione all'esecuzione fondata su titolo esecutivo ottenuto per credito di lavoro**, formatosi nella Sezione Lavoro.

Le Sezioni Unite hanno confermato un orientamento largamente maggioritario, osservando, da un lato, che la competenza territoriale a decidere l'opposizione all'esecuzione, nelle materie indicate dagli artt. 409 e 442 c.p.c., proposta prima dell'inizio della medesima (art. 615, primo comma, c.p.c.), è determinabile in base alle regole dettate dall'art. 413, secondo comma, c.p.c., perché l'art. 618 *bis*, primo comma, c.p.c., rinvia alle norme previste per le controversie individuali di lavoro, e non prevede una riserva di competenza del giudice dell'esecuzione, come invece dispone il secondo comma del medesimo art. 618 *bis* per l'opposizione all'esecuzione già iniziata o agli atti esecutivi (né può ritenersi la competenza del

giudice dell’esecuzione a decidere l’opposizione all’esecuzione non iniziata per effetto dell’art. 27, primo comma, c.p.c. – a norma del quale per l’opposizione all’esecuzione è competente il giudice dell’esecuzione - perché prima del suo inizio non è individuabile il luogo di essa, mentre il richiamo contenuto nella seconda parte dell’art. 27, primo comma, c.p.c., all’art. 480, n. 3, seconda parte, dello stesso codice - secondo il quale competente a decidere l’opposizione a precetto è il giudice dell’esecuzione, se il creditore procedente ha indicato, nel precetto, la sua residenza o ha eletto domicilio nel medesimo comune – perché quest’ultima norma non è riferibile al processo del lavoro), e, dall’altro, a guisa di corollario, che la competenza territoriale a decidere l’opposizione all’esecuzione, proposta prima dell’inizio di essa (art. 615, primo comma, c.p.c.), preannunciata in base a titolo giudiziale su una controversia concernente un rapporto di collaborazione di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c., spetta esclusivamente al giudice nella cui circoscrizione si trova, o si trovava al momento della cessazione del rapporto, il domicilio del lavoratore, come stabilito dal quarto comma dell’art. 413 c.p.c. (nel testo introdotto dall’art. 1 della legge 11 febbraio 1992 n. 128, ispirato ad esigenze di tutela del medesimo). Infatti, nel caso di rapporto di lavoro già cessato al momento dell’instaurazione dell’opposizione, deve escludersi il domicilio del lavoratore a tale tempo, altrimenti sarebbe consentito a costui - in contrasto con l’art. 25, primo comma, Cost. - di scegliersi il giudice competente, trasferendo preventivamente il proprio domicilio.