



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

LA CORTE “DEI DIRITTI”

LE PIÙ RILEVANTI DECISIONI CIVILI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

ANNO 2008

Roma – gennaio 2009

INTRODUZIONE

Il modello della tradizionale “Rassegna” della giurisprudenza civile e penale di legittimità si caratterizza, quest’anno, per una più incisiva opera di selezione dei più significativi arresti, pronunciati nel 2008 dalle sezioni unite e dalle sezioni semplici della Corte di cassazione.

L’impegno di riflessione e di analisi sistematica dei magistrati del Massimario si muove nella logica di rendere chiari e fruibili i percorsi ermeneutici, gli orizzonti culturali e le ricadute sul sistema (nel suo complesso, non solo quello giudiziario) delle, invero non poche, decisioni che hanno segnato, nel corso di quest’ultimo anno, il contributo offerto dalla Suprema Corte, nell’esercizio della funzione di nomofilachia, alla formazione del diritto vivente e alla certezza del diritto.

La ricerca ha inteso privilegiare le pronunzie nelle quali la Corte “del precedente”, consolidando il suo ruolo istituzionale di centralità e di sintesi coerenziatrice nell’interpretazione della legge, in una proiezione dinamica degli obiettivi di uniformità e di prevedibilità delle decisioni, ha, con particolare rigore, affermato principi di alta civiltà giuridica, ovvero disegnato linee-guida di rilievo nel moderno contesto sociale e ordinamentale, governato da una pluralità di fonti, nazionali e sopranazionali.

In special modo, laddove la Cassazione, quale Corte “dei diritti”, è stata chiamata ad elaborare modelli giurisprudenziali per la “giusta” soluzione delle questioni cruciali in materia di diritti fondamentali della persona e delle formazioni sociali, di diritto alla salute e al rispetto della dignità e della libertà di autodeterminazione nelle più importanti scelte personali, di diritto alla riservatezza, di garanzia della protezione umanitaria e del divieto di discriminazione, o in tema di tutela della personalità e dei diritti sociali dei lavoratori e delle condizioni di lavoro, pure nelle odierne, difficili, congiunture del mercato e dell’economia che esigono flessibilità nell’organizzazione aziendale e della produzione. O anche quando la stessa Corte è stata richiesta di ridisegnare la “mappatura” degli schemi negoziali nell’economia e nel mercato, in materia di diritto societario e tributario, di tutela dei consumatori, di rapporti fra regole di mercato e pubblica amministrazione, di tutela dell’ambiente, ovvero, condividendo legittime spinte unificatrici e semplificatrici, ha compiutamente ridefinito i confini del danno non patrimoniale risarcibile.

E però, costituisce ormai acquisizione diffusa la valutazione per la quale l’attuazione dei diritti soggettivi, trovando nel processo il luogo di elezione, è condizionata, in concreto, dalla lunghezza dei tempi del processo, il cui eccesso pregiudica pesantemente anche l’equilibrio della società civile e lo stesso sviluppo economico. Sicché è divenuta una costante l’affermazione che, in ordine ai “tempi” del processo, è compito del giudice privilegiare, fra diverse interpretazioni possibili delle norme, quella che, nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali, sia più

idonea a dare attuazione al principio della durata ragionevole del processo, secondo il vigente art. 111, comma 2 della Costituzione.

In questa prospettiva è dato scorgere, nella trama degli itinerari disegnati dalla Corte di Cassazione nel 2008, punti di emersione particolarmente significativi.

Sono state pronunciate, infatti, sia dalle sezioni unite sia dalle sezioni semplici, civili e penali, decisioni nelle quali la soluzione applicativa, talora fortemente innovativa, risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale quale ridisegnato dal principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.: “regola precettiva e interpretativa a un tempo” e “asse portante della nuova lettura della norma” procedimentale, a salvaguardia dei valori di rilievo costituzionale della effettività, efficienza ed economia della giurisdizione.

Altrettanto significativi sono stati, altresì, gli interventi della giurisprudenza di legittimità volti a contrastare apertamente “le pratiche processuali consistenti in un abuso del diritto” o “delle forme giuridiche”.

Non sembra tuttavia, ad uno sguardo d'assieme, che l'attitudine espansiva del principio di ragionevole durata del processo, componente essenziale ma non esclusiva del complessivo assetto costituzionale delle regole del “giusto processo”, abbia fatto smarrire alla giurisprudenza di legittimità l'esigenza di assicurare il necessario punto di equilibrio fra i valori di celerità e di lealtà, pena l'ineffettività della stessa risposta giurisdizionale, da un lato, e le garanzie individuali del contraddittorio, quali imprescindibili espressioni del diritto di difesa e di prova, dall'altro.

L'iniziativa culturale dei magistrati del Massimario di analisi e diffusione delle più rilevanti decisioni della Suprema Corte, pure nell'aggiornamento e nella novità dei moduli di ricerca che - come si è detto - caratterizzano l'odierna “Rassegna”, è diretta ancora una volta a sollecitare ed arricchire le ragioni istituzionali del dialogo fra i protagonisti del processo e nella comunità dei giuristi.

Roma, gennaio 2009

Giovanni Canzio

LE PIÙ RILEVANTI DECISIONI CIVILI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

ANNO 2008

Hanno collaborato:

Maria Acierno, Fulvio Baldi, Francesco Buffa, Raffaele Cantone, Pina Carluccio, Aldo Carrato, Carmelo Celentano, Francesca Ceroni, Francesco Maria Cirillo, Massimo Ferro, Pasquale Fimiani, Giuseppe Fuochi Tinarelli, Antonio Pietro Lamorgese, Rossana Mancino, Guido Mercolino, Ulpiano Morcavallo, Marco Rossetti, Antonietta Scrima, Alberto Tilocca, Enzo Vincenti

Coordinatori:

Luigi Macioce

*Maria Acierno (cap.III), Pina Carluccio (cap.I),
Massimo Ferro (cap.II), Rossana Mancino (cap.IV)*

INDICE

CAP. I

IL GIUSTO PROCESSO

- 1 . **INTRODUZIONE** di Pina Carluccio – pag. 4
- 2 . **La questione di giurisdizione e l’art. 111 Cost.** di Antonio Lamorgese – pag. 6
- 3 . **L’interpretazione delle norme processuali alla luce dell’art. 111 Cost.** di Pina Carluccio – pag.15
 - 3.1. Il primo percorso, articolato e complesso, si snoda attraverso la rivisitazione di alcuni istituti processuali volti a favorire la contrazione dei tempi
 - 3.2. Il secondo percorso è individuabile per forme processuali semplificate e rapide
 - 3.3. Il terzo percorso è dato dal favore per la eliminazione di fasi processuali
 - 3.4. Il quarto percorso è rinvenibile nello sfavore per la sospensione del processo
 - 3.5. Il quinto percorso si sostanzia nel favore per l’eliminazione di attività processuale inutile
 - 3.6. Il sesto percorso attiene all’organizzazione dell’attività giurisdizionale interna alla Corte
- 4 . **L’abuso degli strumenti processuali** di Carmelo Celentano – pag. 24
- 5 . **Il perseguimento della funzione nomofilattica: il quesito di diritto** di Aldo Carrato – pag. 29
- 6 . **Il perseguimento della funzione nomofilattica: gli altri strumenti processuali** di Pina Carluccio – pag. 34
- 7 . **La tutela riparatoria per la violazione della ragionevole durata del processo: la legge “Pinto”** di Raffaele Cantone – pag. 35
- 8 . **La terzietà del giudice** di Pina Carluccio – pag. 40

CAP. II

IL GIUDICE CIVILE E L’ECONOMIA

- 1 . **INTRODUZIONE** di Massimo Ferro – pag. 41
- 2 . **Contratti d’impresa** di Marco Rossetti – pag. 47
 - 2.1. Il contratto di assicurazione. – 1.1. *Danno non patrimoniale ed assicurazione r.c.a.* – 1.2. *Assicurazione della responsabilità civile non obbligatoria ed azione diretta della vittima nei confronti dell’assicuratore del responsabile*
 - 2.2. Il contratto di “pacchetto turistico”
 - 2.3. I contratti di intermediazione finanziaria
- 3 . **Il (maggior) danno da svalutazione monetaria** di Antonietta Scrima – pag. 60
 - 3.1. Il contrasto di giurisprudenza in ordine alla prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie e l’ordinanza interlocutoria della sezione lavoro n. 2990 del 12 febbraio 2007.
 - 3.2. Il superamento della suddivisione dei creditori in categorie economico-sociali (cd. criteri personalizzati di normalità) nella sentenza delle S.U. n. 19499 del 16 luglio 2008

4 . Mercati finanziari, equilibrio contrattuale e concorrenza di Guido Mercolino – pag. 65

- 4.1. La tutela del consumatore: il superamento della nozione di contraente debole
- 4.2. Il rapporto tra l'azione collettiva e i rimedi individuali
- 4.3. I rapporti con la disciplina della concorrenza

5 . Il diritto societario della transizione di Massimo Ferro - pag. 70

- 5.1. I richiami alla riforma del diritto societario del 2003
- 5.2. La determinazione del compenso degli amministratori nelle società di capitali
- 5.3. L'estinzione della società di persone

6 . Le limitazioni della responsabilità patrimoniale nel diritto fallimentare di Massimo Ferro – pag. 74

- 6.1. Il nuovo equilibrio tra l'universalità della procedura concorsuale e le tutele soggettive a contenuto patrimoniale dopo la riforma. –
- 6.2. L'acquisibilità al fallimento delle somme derivanti dalle polizze vita
- 6.3. La responsabilità illimitata del socio unico di società di capitali ed il principio di tipicità del contratto societario

7 . La responsabilità parziaria dei condomini per le obbligazioni del condominio di Antonietta Scrima – pag. 80

- 7.1. La natura solidale o *pro quota* della responsabilità dei condomini per le obbligazioni contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità.
- 7.2. La sentenza n. 9148 dell'8 aprile 2008

8 . Mercato e pubblica amministrazione di Pasquale Fimiani – pag. 85

- 8.1. I conflitti con la P.A.
- 8.2. L'annullamento dell'aggiudicazione della gara pubblica ed i riflessi sulle posizioni sostanziali
- 8.3. Quando l'impresa a rilevanza pubblica è "organismo di diritto pubblico"
- 8.4. La pubblica amministrazione nel processo esecutivo

9 . Impresa e potestà impositiva di Guido Mercolino – pag. 95

- 9.1. Profili tributari delle attività economiche: autonomia negoziale e principio di legalità
- 9.2. Il divieto di abuso del diritto come clausola antielusiva (in materia di IVA)
- 9.3. I benefici fiscali nelle operazioni straordinarie e l'abuso delle forme giuridiche
- 9.4. L'intervento delle Sezioni Unite sulla regola generale antielusiva (da un caso di *dividend stripping*)

CAP. III

I DIRITTI DELLA PERSONA E DELLE FORMAZIONI SOCIALI

1 . INTRODUZIONE di Maria Acierno – pag. 100

2 . Gli stranieri ed i diritti umani: il divieto di discriminazione di Maria Acierno – pag. 103

3 . I diritti fondamentali nell'universo familiare di Francesca Ceroni – pag. 113

4 . Il rilievo dell'autodeterminazione nel riconoscimento dei diritti fondamentali di Enzo Vincenti – pag. 117

5 . Il trattamento dei dati personali e il diritto alla riservatezza di Francesco Cirillo – pag. 122

6 . I diritti sociali di Giuseppe Fuochi Tinarelli – pag. 128

7 . I diritti umani e la sovranità statale di Giuseppe Fuochi Tinarelli – pag. 133

CAP. IV

I DIRITTI SOCIALI E IL CONTRATTO COLLETTIVO “VIVENTE”

1 . INTRODUZIONE di Rossana Mancino – pag. 140

2 . La tutela della personalità del lavoratore di Francesco Buffa – pag. 143

3 . La tutela delle condizioni di lavoro di Fulvio Baldi – pag. 150

4 . La protezione del lavoro familiare e femminile, del familiare lavoratore del disabile, del lavoratore invalido; la tutela assistenziale per gli invalidi sottoposti a trattamenti chemioterapici; l’abuso del diritto al congedo parentale di Rossana Mancino – pag. 154

5 . Il pubblico impiego di Carmelo Celentano – pag. 159

6 . Il contratto collettivo di Enzo Vincenti ed Alberto Tilocca – pag. 164

CAP. I

IL GIUSTO PROCESSO

1. **Introduzione** *(Pina Carluccio)*

L'attuazione di tutti i diritti trova nel processo il proprio luogo di elezione. Nessuna posizione giuridica di vantaggio può dirsi pienamente ed effettivamente tutelata se al titolare non è riconosciuto il diritto alla tempestività di una decisione sul merito della propria domanda giudiziale.

Il processo, fisiologicamente destinato a svolgersi nel tempo, è “giusto” solo se si definisce tempestivamente, ad opera di un giudice terzo e nel rispetto dei principi fondamentali della difesa e del contraddittorio.

Costituisce indiscutibile acquisizione comune della attuale cultura giuridica, economica e politica, la valutazione per la quale la lunghezza dei processi condiziona pesantemente l'equilibrio della società civile, il suo sviluppo economico e la possibilità di attenuare le diseguaglianze sociali.

Da qualche anno questa diffusa consapevolezza ha trovato il più chiaro ed elevato suggello normativo all'interno della Costituzione della Repubblica, con l'art. 111, nella nuova formulazione del quale sono approdate le sintesi giuridiche nelle quali erano confluite le discussioni politiche condotte a partire dagli artt. 3 e 24 Cost. e sulla base dell' art. 6 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo.

Il legislatore ordinario, al quale è per primo rivolto l'obbligo di assicurare la ragionevole durata del processo, è intervenuto con due leggi. La legge n. 80 del 2005 (di conv. del d. l. n. 35 del 2005), che ha inciso specificamente su alcuni aspetti del giudizio di cognizione ordinaria, del procedimento esecutivo e di quello cautelare. Il d. lgs. n. 40 del 2006, con il quale si è inteso assicurare effettività ed autorevolezza alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione (anche perseguendo obiettivi di tendenziale vincolatività del precedente affermato dalle Sezioni unite) ed al contempo semplificare, per alcuni profili, il giudizio di legittimità, favorendo l'agilità e la celerità del suo percorso di definizione in forme nuove del procedimento camerale. La Corte di cassazione, in questo rinnovato panorama normativo e nella piena consapevolezza del suo ruolo centrale nell' assicurare l'attuazione dei diritti soggettivi, ha continuato, con ancor maggiore impegno, a svolgere le sue funzioni costituzionali. La sua giurisprudenza è percorsa dalla consapevolezza del ruolo che il giudice può e deve svolgere come interprete delle norme e come soggetto processuale al quale il legislatore attribuisce compiti di direzione e

conformazione del processo. E' divenuta una costante l'affermazione che è compito del giudice privilegiare, fra diverse interpretazioni possibili delle norme, quella che, nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali, sia più idonea a dare attuazione al principio della durata ragionevole del processo. Così come la tradizionale funzione nomofilattica del perseguimento dell'obiettivo "neutro" della certezza del diritto, si è arricchita di contenuti nell'attuazione delle "missioni" costituzionali della riduzione dei tempi del processo e della garanzia della eguale applicazione del diritto come strumento di eguaglianza sociale e di sviluppo economico.

Questo percorso della Corte, il cui punto di svolta segue la riformulazione dell'art. 111 della Costituzione, ha avuto nel 2008 molti punti di emersione particolarmente significativi.

Le pagine che seguono si propongono l'obiettivo di ripercorrerli nelle linee essenziali.

Alcune norme processuali sono state rivisitate alla luce del principio della ragionevole durata del processo, con conseguenti ripensamenti di assetti giurisprudenziali oramai consolidati. Tra questi spicca la nuova interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ. rispetto al problema del giudicato implicito sulla giurisdizione: il rilievo della "svolta" va letto in relazione al peso che ha la celere e certa definizione della giurisdizione sui tempi del processo ed in un complesso contesto normativo sul riparto. Non meno importanti le tante decisioni che favoriscono in vario modo la contrazione dei tempi processuali, privilegiano forme semplificate come quelle camerale, agevolano l'eliminazione di fasi, circoscrivono le ipotesi di sospensione, eliminano le attività inutili. Centrali sono, pure, quelle decisioni che hanno posto alla loro base il tema dell'abuso degli strumenti processuali, nel contesto delle riflessioni della Corte sul più generale tema dell'abuso del diritto. Così come, rispetto al miglior esercizio della funzione nomofilattica, rilevano le decisioni con cui la Corte ha proseguito l'opera di conformazione del "quesito di diritto", che ha rappresentato un vero e proprio punto di svolta nella formazione della cultura giuridica comune di avvocati e magistrati; né sono da trascurare quelle decisioni che hanno utilizzato le nuove possibilità offerte dalla riforma del 2006, sia enunciando il principio di diritto in casi di inammissibilità del ricorso, sia rimettendo preventivamente le questioni alle sezioni unite, invece di decidere in contrasto con le stesse. Inoltre, sono significative le decisioni con le quali la Corte, nell'interpretazione delle norme contenute nella legge n. 89 del 2001, ha perseguito l'obiettivo di garantire il rimedio riparatorio alla violazione del principio della ragionevole durata, definendone il campo di applicazione dinanzi al giudice tributario e mettendo in risalto il *ruolo attivo* che parti e giudice devono svolgere affinché il processo possa concludersi più rapidamente. Infine, importante, per la sua capacità espansiva, è

quella decisione nella quale è emerso nella sua rilevanza istituzionale il principio della terzietà del giudice, avendo esso ricevuto piena applicazione nel procedimento disciplinare.

2. La questione di giurisdizione e l'art. 111 Cost. (Antonio Lamorgese)

Una importante applicazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., sotto il profilo della ragionevole durata, è operata dalle S.U. nella sentenza n. 24883 del 2008, rv. 604576 (su un ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso una sentenza del giudice tributario).

Secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale solo qualora il giudice decida espressamente sia sulla giurisdizione sia sul merito e la parte impugni solo sul merito, al giudice di appello e alla Cassazione è precluso il rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione e alla parte interessata non è consentito introdurla in sede di legittimità se non l'abbia proposta anche in appello, essendosi formato il giudicato interno (esplicito) sulla questione; secondo il medesimo orientamento, l'impugnazione della statuizione sul merito riapre il dibattito anche sulla questione di giurisdizione, sia perché la rimette comunque in discussione e sia perché non è ipotizzabile il passaggio in giudicato di una pronuncia implicita quando sia ancora *sub iudice* quella espressa che la contiene.

Tale orientamento è stato superato dalle S.U. le quali, nella sentenza n. 24883 del 2008, promuovono una nuova interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ. all'esito della quale: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 cod. proc. civ. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato (esplicito o implicito). In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicino l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia

indotto il giudice a decidere il merito <<per saltum>>, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito.

Le S.U. osservano che anche quando <<i giudici di merito non hanno dedicato un capo della sentenza alla questione della giurisdizione>>, cioè quando non sia stata sollevata una autonoma questione pregiudiziale oggetto di specifico contraddittorio tra le parti, <<non per questo si può ritenere che la questione non sia stata affrontata e decisa>>: infatti <<qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della potestas iudicandi>> che, <<in assenza di formale eccezione o questione sollevata di ufficio, avviene comunque de plano (implicitamente) e acquista ‘visibilità’ soltanto nel caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata>>, ma <<il fatto che la decisione non sia “visibile” non significa che sia inesistente. Il giudice che decide il merito ha anche già deciso di poter decidere>>.

Esiste, infatti, un preciso obbligo di legge del giudice (desumibile dall’art. 276, co. 2, cod. proc. civ., richiamato per i giudizi di appello e di cassazione dagli artt. 131 e 141 disp. att. cod. proc. civ.) di decidere prima le questioni pregiudiziali (logiche o tecniche) e poi il merito. Il principio di ragionevole durata del processo, di cui all’art. 111 Cost., porta con sé anche il dovere di tutti i soggetti del rapporto processuale (e, quindi, anche delle parti) di collaborare responsabilmente per contenere i tempi del processo, controllando il corretto esercizio della *potestas iudicandi* sin dalle prime battute processuali (in tal senso il riferimento alla rilevabilità della questione in ogni <<stato>> va inteso nel senso che <<deve essere subito affrontata, quale che sia appunto lo stato del processo>>). Ne consegue che, di regola, il silenzio del giudice sulla giurisdizione <<equivale ad una pronuncia positiva, così come il silenzio delle parti vale acquiescenza (art. 329 c.p.c.)>>: <<con la pronuncia di merito, se l’eccezione non viene nemmeno sollevata con i motivi di impugnazione, la stessa non può più essere sollevata>>. Infatti, <<colui che si limita a chiedere la riforma della decisione di merito non rimette affatto in discussione anche la giurisdizione ma, al contrario, con il suo comportamento la riconosce, aderendo e/o prestando acquiescenza alla pronuncia implicita su di essa>>; per altro verso, <<l’accertamento della giurisdizione non rappresenta un mero passaggio interno della statuizione di merito, ma costituisce un capo autonomo che è pienamente capace di passare in giudicato anche nel caso in cui il giudice si sia pronunciato solo implicitamente sul punto>>.

Quanto alla rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione direttamente nel giudizio di cassazione, le S.U. evidenziano ulteriormente che la terminologia dell’art. 37 cod. proc. civ. (in ogni <<stato e grado del processo>>) <<non si attaglia al giudizio di legittimità, che non può essere definito un grado del processo, ma semmai un momento di verifica della legittimità

dell'intero giudizio di merito, nei limiti dei motivi dedotti>>, poiché <<il giudizio di cassazione è tendenzialmente limitato alle sole questioni prospettate dalle parti (oggi nei ristretti limiti del quesito di diritto), con la sola eccezione dei casi in cui la Corte intenda esercitare di ufficio la funzione di nomofilachia e delle questioni rilevabili d'ufficio ma relative al ricorso>>. <<L'avvento del principio della ragionevole durata del processo – le S.U. avvertono – comporta l'obbligo di verificare la razionalità delle norme che non prevedono termini per la formulazione di eccezioni processuali per vizi che non si risolvono in una totale carenza della tutela giurisdizionale, come ad esempio i vizi attinenti al principio del contraddittorio>>.

Il trattamento delle questioni di giurisdizione viene, in sostanza, assimilato a quello delle nullità processuali, con la conseguenza che il principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione (artt. 158 e 161, comma 1, cod. proc. civ.) risulta non solo confermato ma applicabile anche alle c.d. nullità insanabili, quali sono quelle rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo. Come osservato da una dottrina, poiché è indiscusso che la deducibilità di tali nullità è precluso solo dal giudicato (interno) e poiché questo riguarda le questioni escluse dall'oggetto del giudizio di impugnazione, ne risulta che le nullità insanabili possono essere fatte valere soltanto secondo le regole proprie dell'appello e del ricorso per cassazione. La tradizionale rappresentazione del giudizio di appello come gravame pienamente devolutivo, che un tempo giustificava l'automatica devoluzione al giudice dell'impugnazione di tutte le questioni rilevabili d'ufficio indipendentemente dall'iniziativa delle parti, è stata superata sia nella dottrina e nella giurisprudenza sia per effetto dell'evoluzione del quadro normativo. Analogamente, il giudizio di cassazione ha ad oggetto non le domande formulate dalle parti nelle precedenti fasi, ma la decisione del giudice del merito nei limiti delle questioni prospettate con i motivi di ricorso (un'indicazione in tal senso viene dalla necessaria corrispondenza tra il quesito di diritto *ex art. 366 bis*, comma 1, cod. proc. civ. e il principio di diritto che la S.C. è tenuta a enunciare nella decisione su ciascuno dei motivi).

Ne consegue che, come intuito dalla medesima dottrina, la disciplina dell'effetto devolutivo delle impugnazioni, destinata a definire l'oggetto dei relativi giudizi, può precludere la rilevabilità anche delle nullità insanabili. In altri termini, non è sufficiente che una questione sia rilevabile d'ufficio perché possa essere considerata devoluta al giudice dell'impugnazione: infatti, anche le nullità insanabili possono essere rilevate, in sede di impugnazione, solo se specificamente dedotte (conferma di ciò si ha nell'art. 345, comma 2, cod. proc. civ., laddove ammette che siano dedotte in appello nuove eccezioni rilevabili d'ufficio, ma, letto unitamente all'art. 342 cod. proc. civ., richiede che tali eccezioni, ove intese alla riforma della sentenza

impugnata, siano proposte con uno specifico motivo dell'impugnazione, principale o incidentale).

Poiché il difetto di giurisdizione è soltanto uno degli *errores in procedendo* che possono essere oggetto di un giudicato interno (esplicito e implicito), da un lato, va evidenziata la potenzialità espansiva della svolta giurisprudenziale operata dalla sentenza n. 24883 (quanto all'assorbimento delle invalidità anche insanabili nella decisione sul merito) rispetto ad altri *errores in procedendo*; e, dall'altro, è necessario individuarne i possibili limiti. Alla giurisprudenza compete il compito di ricostruire le implicazioni del nuovo orientamento e, quindi, di chiarire quali siano le questioni che, derogando al principio della conversione delle nullità in motivi di impugnazione, sono devolute al giudice a prescindere dall'iniziativa della parti (*arg. ex art. art. 161 co. 2 c.p.c.*) (un primo tentativo di definizione in tal senso viene dalla sentenza delle S.U. n. 26019 del 2008, rv. 604949). A tal fine, la sentenza n. 24883 fa riferimento, senza individuarli, ai più gravi *errores in procedendo*, cioè a quelli che attengono al principio del contraddittorio per i quali il potere di controllo è esercitabile in sede di legittimità mediante proposizione della questione per la prima volta in tale sede, ovvero mediante il rilievo officioso da parte della S.C., conformemente al canone del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Tenuto conto del principio costituzionale di ragionevole durata del processo, che impone all'interprete un nuovo approccio interpretativo la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica, la portata precettiva dell'art. 37 cod. proc. civ. dev'essere pertanto contenuta <<*in senso restrittivo e residuale*>> rispetto a quello autorizzato dalla lettera della disposizione, poiché <<*il contenuto letterale della norma deve cedere il passo alla odierna intenzione del legislatore (voluntas legis) frutto della evoluzione storica del sistema (art. 12, primo comma, preleggi) che impone termini perentori per la verifica della potestas iudicandi*>>. Del resto, poiché <<*l'erosione dell'area semantica dell'art. 37 c.p.c. deriva dal riconoscimento, ormai consolidato in giurisprudenza, della efficacia del giudicato interno sulla giurisdizione*>>, <<*non rileva poi che tecnicamente si tratti di giudicato espresso o implicito, trattandosi di qualificazione che attiene alla fenomenologia del giudicato e non ai suoi effetti*>>: di conseguenza, il tenore letterale dell'art. 37 cod. proc. civ. resta integro nei casi di decisioni sulla sola ammissibilità della domanda o dal cui tenore si debba comunque escludere qualsiasi forma di implicita delibazione sulla giurisdizione.

Le S.U. evidenziano, inoltre, il progressivo <<affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale>> <<insensibile ai comportamenti e alla volontà degli utenti della giustizia>>, prevalendo oggi l'idea di giurisdizione intesa come <<servizio per la collettività>> avente <<come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza>>: questa evoluzione è testimoniata dalla constatazione che <<con il tempo, i vari ordini dei giudici esistenti in Italia hanno visto sempre più sfumare il loro iniziale carattere di mondi autonomi e separati, non comunicanti tra loro ed ispirati a meccanismi su cui le parti non potevano influire>>.

Le S.U. valorizzano le numerose indicazioni legislative dell'evoluzione del principio di giurisdizione in senso dispositivo, nel mutato contesto caratterizzato dal superamento del principio di inderogabilità delle regole sulla *potestas iudicandi*: ne costituisce esempio, tra i tanti, l'art. 38 cod. proc. civ., sostituito dall'art. 4 della legge n. 353 del 1990, che ha introdotto un termine perentorio <<non oltre la prima udienza di trattazione>> per la eccezione e rilevazione della incompetenza per materia, per territorio inderogabile e per valore (ed è significativo che la verifica della competenza implichi quella della giurisdizione), a dimostrazione che <<i criteri di ripartizione della competenza, anche quando siano dettati da ragioni di ordine pubblico, devono essere conciliati con le esigenze di celerità del processo>>; il principio della *translatio iudicii*, introdotto dalle sentenze delle S.U. n. 4109 del 2007, rv. 595428, e della Corte cost. n. 77 del 2007, ha accelerato il processo di forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza.

Inoltre, al fine di superare il dubbio della compatibilità della nuova interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ. con la prevista impugnabilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, le S.U. considerano che l'art. 111, comma 8, Cost. non riguarda la disciplina delle preclusioni interne al processo; al fine di superare il dubbio della compatibilità con la previsione costituzionale della riserva di legge per l'individuazione degli organi legittimati ad annullare gli atti amministrativi (art. 113, comma 3, Cost.), richiamano la preclusione pacificamente ammessa per effetto del giudicato esplicito. Soprattutto, il problema della compatibilità tra la nuova lettura dell'art. 37 cod. proc. civ. e l'ordine costituzionale (dei criteri di riparto) delle giurisdizioni – dal momento che <<la riduzione degli spazi processuali per eccepire il difetto di giurisdizione potrebbe confliggere con il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma, Cost.)>> – è risolto dalle S.U. con il richiamo alla giurisprudenza costituzionale sui limiti all'eccepibilità del difetto di competenza (v. Corte cost. n. 128 del 1999) e con l'importante affermazione della prevalenza del principio del giusto

processo e della sua ragionevole durata rispetto alle altre prescrizioni costituzionali (sia pure <<nei limiti in cui gli altri principi di garanzia siano comunque assicurati>>), rilevando che <<nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione del giudice naturale (artt. 25, 103 Cost.) e della ragionevole durata del processo, si deve tenere conto che una piena ed efficace realizzazione del primo ben può (e deve) ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio>>, con la deprecabile <<regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento sine die di una valida pronuncia sul merito>>.

Del nuovo principio, incentrato sull'assimilazione del giudicato implicito a quello esplicito, è stata fatta applicazione in tema di ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del giudice amministrativo: le S.U. (n. 28545 del 2008) hanno anche precisato che il limite dell'efficacia retroattiva propria delle pronunce di incostituzionalità di norme sulla giurisdizione, tradizionalmente ed esclusivamente ravvisato nel giudicato (oltre che nel decorso dei termini di prescrizione o decadenza stabiliti per l'esercizio di determinati diritti), sussiste anche nel caso del giudicato implicito sulla giurisdizione.

Con riferimento al processo del lavoro le S.U. (nella sentenza n. 26019 del 2008, rv. 604949) hanno evidenziato il venir meno della *ratio* giustificatrice di un intenso potere di controllo sulla giurisdizione, da esercitare “*sine die*”, considerato il superamento del sistema normativo che fondava l'originario riparto fra giudice ordinario ed amministrativo sul presupposto di una giurisdizione esclusiva sull'atto amministrativo anziché sul rapporto giuridico dedotto al quale è oggi ricondotto.

Tornando alla sentenza n. 24883, le S.U. riconoscono, in sostanza, l'esistenza nell'ordinamento del diritto delle parti <<ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al “bene della vita” oggetto della loro contesa>> (in tal senso già Corte cost. n. 77 del 2007). Questo diritto, però, può risultare seriamente compromesso in un sistema, come il nostro, nel quale il criterio di riparto della giurisdizione è particolarmente complesso e articolato. Ciò incide negativamente sulla effettività della tutela giurisdizionale di cui è espressione il diritto della parte che intenda agire in giudizio di individuare con facilità e immediatezza il giudice che è in grado di rendere la tutela richiesta nel merito: la pluralità delle giurisdizioni, infatti, <<non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale>> (Corte cost. n. 77 del 2007 citata).

Il nuovo principio, secondo cui la pronuncia sul merito implica e presuppone quella sulla giurisdizione, potrà influire sull'interpretazione dell'art. 386 cod. proc. civ., che predica (secondo il tradizionale criterio della *causa petendi*) la possibilità o la necessità di accertare sostanzialmente il merito (ma senza quella completa attività istruttoria che sarebbe indispensabile per l'emersione dei diritti azionati nel processo) al solo scopo di individuare il giudice competente a pronunciare nel merito.

Il sopra ricordato diritto della parte ad ottenere una risposta giurisdizionale nel merito (positiva o negativa), nelle controversie con la pubblica amministrazione, si riferisce precisamente alla domanda di tutela per come proposta dalla parte nel processo e alla qualificazione che la parte fa del proprio interesse sostanziale azionato (tenuto conto che il nostro sistema rimane ancorato al criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura delle situazioni soggettive: v. Corte cost. n. 204 del 2004). Una tale evoluzione, perfettamente coerente con l'unità funzionale delle giurisdizioni che caratterizza il nostro ordinamento, consentirebbe, secondo autorevole dottrina, di dare piena attuazione al principio costituzionale, espresso negli artt. 24 e 111 Cost., della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, la quale *<<tanto più riesce ad esserlo in quanto siano messe a frutto le distinte competenze dei vari ordini di giudici>>* (così S.U. n. 30254 del 2008), contribuendo alla realizzazione di un assetto delle tutele che valorizzi la scelta degli strumenti processuali più idonei a soddisfare gli interessi della parte, coerentemente con il principio di atipicità delle azioni.

Una importante applicazione di questa impostazione è stata fatta nella succitata sentenza n. 30254 del 2008, nella quale si enuncia il principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ.

Le S.U. ribadiscono l'orientamento (inaugurato dalla sentenza n. 500 del 1999, rv. 530555) secondo il quale la parte titolare di una situazione di interesse legittimo, se deduce che questa sia rimasta sacrificata da un esercizio illegittimo della funzione pubblica, ha diritto di scegliere tra fare ricorso alla tutela risarcitoria anziché a quella demolitoria e tra i presupposti della prima forma di tutela giurisdizionale non vi è quello per il quale l'atto in cui la funzione si è manifestata sia stato previamente annullato in sede giurisdizionale o amministrativa.

Il diverso orientamento seguito prevalentemente dalla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale la tutela risarcitoria può essere somministrata, in presenza di atti illegittimi della P.A., solo se gli stessi siano stati previamente annullati in sede giurisdizionale o di autotutela, finisce col negare in linea di principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, oltre ad una tutela risarcitoria di completamento. Ma

ciò si traduce in menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa e nella perdita di quella effettività che dev'essere conservata una volta attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione su determinate e peculiari tipologie di diritti soggettivi. A tale riguardo è significativa l'affermazione (già presente *in nuce* nella sentenza della Corte cost. n. 191 del 2006) che la devoluzione alla giurisdizione amministrativa della tutela risarcitoria porta con sé la necessità che tale tutela sia dal giudice amministrativo somministrata con la medesima ampiezza che davanti al giudice ordinario: pertanto, di pregiudizialità amministrativa si può discorrere, in astratto, solo se si lamenti che la P.A. abbia sacrificato un interesse con un suo provvedimento illegittimo, non anche quando un diritto sia stato sacrificato con un comportamento che pur si iscriva in una serie presidiata da un originario atto di esercizio di potere amministrativo, sebbene la controversia concerna una materia di giurisdizione esclusiva, poiché ciò (come già notato dalle S.U. n. 14794 del 2007, rv. 597825) può rilevare al fine di attrarre la controversia nell'area della giurisdizione esclusiva, ma non anche di mutare in interesse legittimo la qualificazione come diritto soggettivo che spetta alla situazione sacrificata o in attesa di tutela.

A partire dall'ordinanza n. 13659 del 2006, rv. 589536, le S.U., quale giudice del riparto della giurisdizione, annunciarono di voler cassare, a norma dell'art. 362, comma 1, cod. proc. civ., le sentenze del giudice amministrativo che rifiutassero la giurisdizione dichiarando improponibile o rigettando nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non fossero stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti.

Nella sentenza n. 30254 del 2008 le S.U. ribadiscono questo intendimento e ne irrobustiscono le basi teoriche.

Premesso che l'art. 111, comma 8, Cost. (dopo la legge cost. n. 2/1999 sul giusto processo) delimita e al tempo stesso descrive, attraverso l'espressione <<per i soli motivi inerenti alla giurisdizione>>, l'ambito ed i limiti del <<sindacato per violazione di legge che la Corte a sezioni unite può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo>> e che primo e necessario interprete della norma è la stessa S.C., chiamata a conformare l'esercizio del suo potere giurisdizionale in questo campo sul significato che all'espressione deve essere riconosciuto, la sentenza n. 30254 si fa carico di interpretare l'attuale significato del concetto di <<giurisdizione>> come premessa logica per individuare, in parte ampliandolo, l'ambito del sindacato delle S.U. sulle decisioni del giudice amministrativo, con particolare riguardo a quelle rese nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva.

Premesso che il concetto di giurisdizione ha subito una evoluzione dovuta a molteplici fattori – tra cui: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell’effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo; l’ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva – e che, quindi, *<<nel tessuto costituzionale non si può oggi dubitare che per giurisdizione dev’essere inteso non in sé il potere di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l’ordinamento è dotato, ma quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio l’effettività dello stesso ordinamento>>*, le S.U. osservano che *<<giurisdizione, nella Costituzione (artt. 24, 111 e 113), è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l’ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l’effettività dell’ordinamento. Se attiene alla giurisdizione l’interpretazione della norma che l’attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materie, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promossa dall’ordinamento risulti realizzata, dall’altro i presupposti del loro esercizio. Quindi è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca>>*.

Il giudizio sulla giurisdizione rimesso alla S.C., tradizionalmente inteso a livello di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, e quindi di sindacato avente ad oggetto il superamento dei limiti esterni della giurisdizione, oggi deve tenere conto dell’evoluzione del concetto di giurisdizione, con la correlata necessità di estendere l’opera di qualificazione dei fatti (rilevanti) a quelli cui la norma attributiva ha assegnato la portata di delimitare l’ambito delle controversie costituenti le materie di giurisdizione esclusiva. Ne consegue logicamente, per un verso, che la norma attributiva ad un giudice di una forma di tutela ha in sé un determinato presupposto positivo o negativo, dalla cui presenza dipende l’erogazione e che inerisce necessariamente al giudizio che quel giudice deve compiere per stabilire in che limiti la giurisdizione gli è attribuita; per altro verso, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione rimesso alle S.U. l’operazione che consiste nell’interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice

amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., eroghi concretamente la tutela affidatagli, e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale. In particolare, con riguardo alle conseguenze lesive dell'esercizio illegittimo del pubblico potere, le S.U. ritengono che il giudice amministrativo rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisca di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma: il risarcimento del danno costituisce, infatti, la misura minima e perciò necessaria di tutela dell'interesse sostanziale azionato sia esso qualificabile come diritto soggettivo o interesse legittimo. <<E perciò, presupposto, in ipotesi, che rientri nei poteri del giudice amministrativo erogare la tutela risarcitoria autonoma, il rigetto della relativa domanda, si risolve in un rifiuto di erogare la relativa tutela. Ed infatti, tale rifiuto dipenderebbe non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approda ad una conformazione della giurisdizione da cui ne resta esclusa una possibile forma>> (sempre in tal senso è la sentenza n. 30254 citata).

3. L'interpretazione delle norme processuali alla luce dell'art. 111 cost. (Pina Carluccio¹)

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte nell'anno 2008 emerge come dato complessivo di fondo la valorizzazione dell'art. 111 Cost. nell'interpretazione delle norme processuali, finalizzata a perseguire l'obiettivo della ragionevole durata del processo e, quindi, dell'effettività della risposta giudiziaria.

E' possibile enucleare diversi, ma convergenti, percorsi lungo i quali tale valorizzazione si è affermata.

3.1. Il primo percorso, articolato e complesso, si snoda attraverso la rivisitazione di alcuni istituti processuali volta a favorire la contrazione dei tempi.

In un caso, tale interpretazione arriva a conformare la ricostruzione della stessa natura del giudizio. In questa ottica sembrano potersi leggere due pronunce, decise nella stessa data, con le quali la Corte ha riconosciuto la possibilità di eccepire la questione di giurisdizione (s.u. n.

¹ Sulla base di una prima riflessione di Aldo Carrato.

25037 del 2008, rv 605488) e di esperire il regolamento preventivo (s.u. n. 19601 del 2008, rv 604338) nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo.

La svolta giurisprudenziale (rispetto a S.U. n. 14831 del 2002, rv 557987) si fonda sulla natura di tale giudizio, inteso quale vero e proprio giudizio di cognizione sull'esistenza del credito del debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato. Infatti, <<pur riconosciuta al creditore procedente una propria...legittimazione ad agire, il giudizio...si conclude, in realtà (anche per motivi di economia e celerità processuale), con una sentenza dal duplice contenuto di accertamento, l'uno avente ad oggetto il diritto di credito del debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato (idoneo perciò ad acquistare autorità di cosa giudicata sostanziale fra le parti del rapporto...); l'altro – di rilevanza meramente processuale, attinente all'assoggettabilità del credito pignorato all'espropriazione forzata – efficace nei rapporti fra creditore procedente e terzo *debitor debitoris* e...rilevante ai soli fini dell'esecuzione in corso, secondo la forma dell'accertamento incidentale *ex lege*>>. Di conseguenza, in seno a tale giudizio sono ammissibili le questioni di giurisdizione << onde perseguire...quei fini di concentrazione, celerità e coerenza che improntano il nuovo *dictum* costituzionale del giusto processo>>(n. 25037 cit.).

Ulteriore conseguenza è che, trattandosi di giudizio che si svolge << secondo le regole normali del giudizio di cognizione...e si conclude con una sentenza di accertamento dell'esistenza del credito...soggetta ai normali rimedi impugnatori...non sussistono le limitazioni alla proposizione del regolamento preventivoindividuate ...per il processo esecutivo>> (n. 19601 cit.). Qui emerge, seppure non esplicitamente, il favore per la definizione anticipata delle questioni di giurisdizione, visto che un processo che ricomincia dinanzi a un giudice diverso si traduce inevitabilmente in spreco di attività processuale e in allungamento dei tempi della risposta alla domanda di giustizia. Naturalmente non possono ignorarsi i connessi rischi di uso strumentale, che non possono però condizionare il perseguimento di valori costituzionali.

In un altro caso, in materia elettorale, l'interpretazione delle norme processuali è stata ritenuta imposta dall'esigenza di evitare il rischio che la decisione ritardata determinasse, non solo l'attuazione procrastinata del diritto nel tempo, ma addirittura ne vanificasse l'esistenza.

Così, rispetto al ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, convertito in istanza per regolamento preventivo, in una controversia concernente provvedimenti afferenti l'ammissione o l'esclusione di liste elettorali per il rinnovo del Parlamento, la Corte, su espressa autorizzazione del Primo Presidente, ha riconosciuto la possibilità della sua notificazione, con il relativo avviso di fissazione di udienza, a mezzo *fax* e ha concesso l'abbreviazione dei termini

per la fissazione dell'udienza di trattazione (s.u. n. 9151, del 2008, rv. 602450). Al centro della decisione vi è la considerazione che, imponendo l'art. 61 Cost. le elezioni delle nuove Camere entro settanta giorni dalla fine delle precedenti, tale arco di tempo costituisce << il limite entro il quale indefettibilmente deve intervenire ogni decisione giurisdizionale che si suppone pronunciata in via preventiva rispetto al momento della consultazione elettorale>>. Per assicurare l'utile svolgimento del giudizio, si è fondata la legittimità di tale modalità di notificazione sulla previsione dell'art. 151 cod. proc. civ., che consente di autorizzare la notifica in un modo diverso da quello stabilito dalla legge, quando sussistano esigenze di particolare celerità, e sull'interpretazione estensiva dell'art. 366 cod. proc. civ., come novellato dal d. lgs. n. 40 del 2006, che considera il *fax* un'adeguata forma di comunicazione delle comunicazioni della cancelleria e delle notificazioni tra i difensori, in considerazione dei progressi realizzati dalla tecnica di trasmissione e delle inerenti garanzie.

All'ottica della contrazione dei tempi processuali è pure riconducibile la decisione delle S.U. n. 627, del 2008, rv 600790, in tema di documentazione della notificazione del ricorso. Nel dichiarare inammissibile un ricorso notificato a mezzo del servizio postale, in assenza di attività difensiva da parte dell'intimato e di mancata produzione dell'avviso di ricevimento, la Corte ha escluso la possibilità del rinvio perché la parte provveda successivamente al deposito dello stesso ma ha solo fatto salva l'eventualità che il difensore del ricorrente possa domandare di essere rimesso in termini, ex art. 184 *bis* cod. proc. civ., per il deposito dell'avviso che affermi di non aver ricevuto, offrendo la prova documentale di essersi tempestivamente attivato nel richiedere all'amministrazione postale un duplicato dell'avviso stesso, secondo quanto previsto dall'art. 6, primo comma, della legge n. 890 del 1982.

La questione era stata rimessa alle sezioni unite ipotizzando che il giudice potesse disporre il rinnovo della notifica o concedere al notificante un termine perentorio per la produzione della ricevuta di ritorno della raccomandata o di idonea certificazione sostitutiva. La sentenza, dopo aver riaffermato la mancanza del presupposto della nullità della notificazione, richiesto per la rinnovazione della notificazione, ai sensi dell'art. 291 cod. proc. civ., nel caso in cui difetti la prova della sua esistenza, e aver ricondotto la documentazione della consegna della raccomandata alla prova della intervenuta instaurazione del contraddittorio, quale onere incombente sul ricorrente, ha escluso la possibilità di concedere un rinvio ritenendo che lo stesso <<si porrebbe in manifesta contraddizione con il principio, ricavabile dal novellato secondo comma dell'art. 111 Cost., secondo il quale i tempi di definizione di un processo non possono essere protratti per sopperire ad ingiustificate omissioni di una parte>>.

Un utilizzo consapevole e meditato dell'art. 111 Cost., quale strumento per verificare la tenuta interpretativa tradizionale delle norme processuali che direttamente o indirettamente determinano una ingiustificata durata del processo, è riscontrabile nella sentenza (S.U. n. 20604, del 2008, rv 604555) in tema di ricorso in appello nel rito del lavoro e - per identità di *ratio* - di ricorso in opposizione a decreto ingiuntivo inerente crediti di lavoro, con riferimento alle conseguenze derivanti nel caso di ricorso depositato tempestivamente e di inesistenza (giuridica o di fatto) della notificazione del ricorso e del relativo decreto di fissazione di udienza.

Le Corte ha rimeditato il proprio precedente orientamento secondo cui, perfezionandosi l'appello (S.U. nn. 6841, rv 498841 e 9331, rv 500210 del 1996) e il ricorso in opposizione (n. 4291 del 2001, rv 545140) con il deposito, ogni eventuale invalidità o inesistenza - giuridica o di fatto - della notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza non si comunica all'impugnazione, ma impone al giudice che rilevi il vizio di indicarlo al ricorrente ex art. 421 cod. proc. civ. e di assegnare allo stesso, previa fissazione di una altra udienza di discussione, un termine perentorio per la notifica del ricorso-decreto, ai sensi dell'art. 291 cod. proc. civ. Infatti, la Corte ha ritenuto che tale impugnazione, ancorché tempestivamente proposta nel termine previsto dalla legge, deve essere dichiarata improcedibile (con conseguente esecutività del decreto ingiuntivo opposto) ove la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell'udienza sia mancata.

L'interpretazione costituzionalmente orientata di cui il giudice deve farsi carico induce la Corte ad una rivisitazione dell'ambito di operatività delle suddette norme, sottolineando che la stessa lettera delle norme codicistiche non offre copertura all'orientamento tradizionale <<data l'impossibilità concettuale di rinnovare e tantomeno di rettificare l'inesistente (giuridico o di fatto)>>. Soprattutto, viene messo in evidenza che l'interpretazione tradizionale, con l'ingiustificato allungamento dei tempi, finiva per penalizzare il processo del lavoro, caratterizzato da preclusioni e decadenze a fini acceleratori, e snaturare il procedimento per decreto ingiuntivo, dotato della celerità necessaria ad una effettiva garanzia dei crediti, con indubbia incoerenza dell'intero sistema processuale.

La stessa chiave di lettura è utilizzata nella decisione (S.U. 29290 del 2008, rv00000), che ritiene valida ed efficace, ai fini della decorrenza del termine breve per l'impugnazione nei confronti di tutte le parti rappresentate, la notifica del ricorso in appello mediante consegna di una sola copia (o di un numero inferiore) ad un unico procuratore costituito per una pluralità di parti.

La questione è stata affrontata in una fattispecie concernente il processo tributario ed ha dovuto preliminarmente risolvere in senso positivo il contrasto sull'applicabilità allo stesso processo della disposizione (art. 330 cod. proc. civ.) che consente la notifica dell'appello presso il procuratore costituito.

La soluzione consolidata (a partire da s.u. n. 9859 del 1997, rv 508720) riteneva la notificazione in argomento nulla e il vizio sanabile, con efficacia *ex tunc*, o con la costituzione in giudizio di tutte le parti, cui l'impugnazione era diretta, o con la rinnovazione della notificazione in un termine perentorio assegnato dal giudice a norma dell'art. 291 cod. proc. civ., con la consegna di un numero di copie pari a quello dei destinatari, tenuto conto di quella o di quelle già consegnate. Conseguentemente, qualora il giudice avesse dichiarato l'inammissibilità del gravame, la Corte di Cassazione, investita della questione, avrebbe cassato la decisione impugnata, con rinvio allo stesso giudice, perché assegnasse all'appellante un termine perentorio per la rinnovazione della notificazione dell'atto d'impugnazione alla parte non costituita.

Il radicale superamento è fondato sul <<principio..della ragionevole durata del processo che sollecita una riduzione all'essenziale delle ipotesi di nullità per “vizi formali”>>. Essendo l'art. 111 Cost. rivolto al giudice quale interprete della norma processuale, la Corte ripercorre l'*iter* argomentativo dell'orientamento tradizionale mettendone in evidenza l'approccio formalistico.

Del pari espressione della linea interpretativa in esame è la tendenza, oramai consolidata negli anni, a ritenere le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel processo civile come preordinate a tutelare interessi generali, con la conseguenza che la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene. Questa tendenza, emersa nel 2008 con riferimento alla domanda riconvenzionale formulata tardivamente dinanzi al giudice di pace (n. 7270 del 2008, rv. 602625), si era sviluppata precedentemente rispetto alla novità della domanda (solo a titolo esemplificativo, n. 26691 del 2006, rv 593655).

3.2. Il secondo percorso è individuabile nel favore per forme processuali semplificate e rapide

Il terreno è stato offerto dall'ampliamento delle ipotesi del procedimento in camera di consiglio dinanzi alla Corte di cassazione, introdotto nel 2001 (art. 1 della legge n. 89) e ulteriormente modificato nel 2006 (art. 9 del d. lgs. n. 40). Le ostilità “culturali” avverso questa nuova forma di definizione più agile del giudizio di legittimità si erano manifestate da due angolazioni

visuali: le minori garanzie rispetto alla pubblica udienza e la possibile compromissione della terzietà del giudice.

La Corte ha difeso questo giudizio, e, rispetto al primo profilo, ha escluso (n. 19947 del 2008, rv. 604279) il contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo affermando che il citato art. 6 <<non prevede che tutta l'attività processuale debba svolgersi pubblicamente, ma assicura (salve talune specificate eccezioni) al soggetto che debba far valere i suoi diritti o debba veder determinati i suoi doveri o debba rispondere di un'accusa, il diritto ad una pubblica udienza, cioè esige che il processo debba prevedere un momento di trattazione in un'udienza pubblica>>. Pertanto, <<una volta che nel corso dello svolgimento del processo tale diritto sia stato assicurato, non è imposto dalla Convenzione che tutto il resto dello svolgimento processuale debba svolgersi in udienza pubblica>>. Proprio richiamando la giurisprudenza europea, che aveva già ritenuto legittima la mancanza della pubblicità nei giudizi di cassazione di altri Paesi, ha escluso che l'assenza della pubblicità nel giudizio ex art. 375 cod. proc. civ. possa comportare <<la possibilità di una vanificazione a posteriori della pubblicità assicurata tendenzialmente nelle fasi processuali pregresse e segnatamente in quella di primo grado con la pubblicità delle udienze di discussione>>.

L'altro attacco a tale forma accelerata di giudizio si è manifestato con il mettere in dubbio la terzietà del giudice che compone il collegio dopo aver stilato la relazione preliminare, e nel dubitare, quindi, della legittimità costituzionale di tale previsione rispetto proprio all'art. 111 Cost.

La Corte, che aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 380 *bis*, primo comma, cod. proc. civ. nel 2007 (n. 9094 del 2007, rv 596675) è stata nuovamente investita dello stesso profilo nel 2008 (n. 18047, rv 604257). Ancora una volta punto centrale della decisione è la considerazione che la relazione prevista non è un segmento di decisione sottoposto alla approvazione del collegio, ma una mera proposta di definizione processuale accelerata, rivolta alle parti e al collegio, che favorisce il pieno dispiegarsi del contraddittorio e la celerità della decisione. In sostanza, <<si è in presenza di un procedimento bifasico per il quale possono valere le considerazioni già svolte dalla Corte costituzionale nei casi di provvedimento cautelare autorizzato *ante causam* e di successiva cognizione piena in sede di giudizio di merito ..., di decisione emessa ex art. 187 *quater* cod. proc. civ...., di rinvio cosiddetto restitutorio ex art. 354 cod. proc. civ....>>.

3.3. Il terzo percorso è dato dal favore per la eliminazione di fasi processuali

L'occasione è stata data dai recenti interventi normativi relativi al processo esecutivo, nella parte in cui hanno previsto (art. 14 della legge 24 febbraio 2006, n. 52) la non impugnabilità della sentenza pronunciata sull'opposizione all'esecuzione. Dinanzi alla Corte il P.M. ha eccepito l'incostituzionalità, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 616 cod. proc. civ. La sentenza, n. 976 del 2008, rv. 601302, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità: la specificità della materia, data dalla presenza di un titolo a monte, di natura giudiziale o negoziale, rende ragionevole la deroga rispetto all'ordinario sistema delle impugnazioni; né è lesa il diritto di difesa, che non è garantito in astratto per tutte le articolazioni del processo previste dall'ordinamento, atteso che l'unico limite imposto al legislatore ordinario è costituito dal settimo comma dell'art. 111 Cost., il quale mira a garantire per ogni sentenza, o provvedimento della libertà personale, la possibilità del ricorso in cassazione per violazione di legge, non anche il doppio grado del giudizio di merito.

3.4. Il quarto percorso è rinvenibile nello sfavore per la sospensione del processo

Nella giurisprudenza del 2008 della Corte emergono due linee di tendenza, già radicate negli anni precedenti, entrambe segnate dal disfavore verso la sospensione del processo.

La prima riguarda l'istituto della sospensione necessaria, rispetto alla configurazione del presupposto individuato nello stretto rapporto di pregiudizialità di una controversia rispetto ad un'altra (art. 295 cod. proc. civ.). Pregiudizialità che sussiste solo nei casi in cui l'accertamento da compiere in un giudizio costituisca un necessario antecedente, non solo logico, ma anche giuridico, rispetto all'oggetto dell'altro, escludendosi ogni possibilità di disporre la sospensione per ragioni di mera opportunità, salvo i casi eccezionalmente previsti dalla legge. Interpretazione rigoristica che, da ultimo (n. 4314 del 2008, rv 602007), trova la propria ragione giustificatrice nel principio costituzionale della ragionevole durata del processo cui è improntato l'attuale sistema processuale.

La seconda concerne l'ambito del regolamento di competenza rispetto ai provvedimenti di sospensione del processo.

Nel 2008 (S.U. n. 21931, rv. 604121) tale tendenza si è espressa con l'ammissione (mediante il ribaltamento del tradizionale orientamento, consolidato a partire da S.U. n. 12063 del 1998, rv

521183) del regolamento di competenza nei confronti dei provvedimenti con i quali il giudice di pace dispone la sospensione del processo.

Sul presupposto che con la modificazione (nel 1990) dell'art. 42 cod. proc. civ. il legislatore ha introdotto nell'ordinamento un principio di disfavore per la collocazione di un procedimento in stato di quiescenza e che l'interpretazione dello stesso articolo deve essere in sintonia con l'art. 111 Cost. (oltre che 3 e 24), la giurisprudenza della Corte aveva già esteso il suddetto strumento processuale a ogni sospensione facoltativa del processo (s.u. n. 14670 del 2003, rv 567287), all'ordinanza di sospensione del processo a seguito di ricusazione del giudice (n. 11010 del 2005, rv 581051), al provvedimento di sospensione facoltativa del giudizio previsto dall'art. 337 cod. proc. civ. (n. 671 del 2005, rv 579560), ai provvedimenti di sospensione del processo emessi nell'ambito del processo tributario (n. 11140 del 2005, rv 581258).

L'approdo del 2008, relativo ai provvedimenti di sospensione adottati dal giudice di pace, si fonda sull' << evoluzione della giurisprudenza...alla stregua della progressiva valorizzazione della garanzia costituzionale della ragionevole durata del processo>>, alla luce della quale si procede ad una interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 42 e 46 cod. proc. civ. Rilevate le funzioni diverse del regolamento nei confronti delle sentenze sulla competenza e avverso i provvedimenti di sospensione del processo del giudice di pace, ma unificate dall'unitaria finalità di garantire che il processo si concluda entro una durata ragionevole, la Corte riconosce che l'esclusione del primo <<è coerente con le esigenze di semplificazione e speditezza del processo ..(dinanzi al giudice di pace)...senza eccessivo sacrificio del diritto di azione (potendo la parte esperire altri mezzi di impugnazione) e, comunque, non impedisce che il processo continui ad avere il suo corso>>, mentre l'esclusione del secondo << priva la parte dell'unico strumento di tutela immediata ed effettiva nei confronti di una vicenda, come quella della sospensione del processo, che il legislatore considera con disfavore...e che certamente reca pregiudizio alla durata ragionevole del processo>> non essendo consentito altrimenti <<di superare la stasi del processo>>. A proposito della effettività della tutela, la Corte aggiunge che non può essere sufficiente la possibilità di impugnare la sentenza pronunciata dopo che il procedimento è ripreso, atteso che per essere effettiva la garanzia dell'art. 24 Cost. <<esige che la parte che assuma l'esistenza di una lesione delle proprie situazioni soggettive in conseguenza della durata dell'arresto del processo sia messa in grado di impedire il verificarsi del pregiudizio, che, a causa del trascorrere del tempo, potrebbe anche assumere le caratteristiche della irreparabilità>>.

3.5. Il quinto percorso si sostanzia nel favore per l'eliminazione di attività processuale inutile

La Corte, valutato che il ricorso per cassazione sottoposto fosse inammissibile, non ha concesso il termine chiesto dal ricorrente per la notifica alla parte vittoriosa nel giudizio di merito, atteso che, determinando la dichiarazione di inammissibilità <<il passaggio in giudicato delle sentenza impugnata, la parte totalmente vittoriosa, cui non sia stata notificata l'impugnazione, non ha alcun interesse a ricevere tale notifica al fine di partecipare al processo>>, non traducendosi tale omissione <<in un effettivo e concreto pregiudizio (giuridicamente rilevante) per la stessa e la sua eventuale partecipazione al processo dall'esito scontato non potrebbe apportare alcun utile contributo ai fini della giustizia della decisione>> (S.U. n. 26373, rv00000).

A tale conclusione la decisione in esame è pervenuta all'esito di una valutazione delle norme internazionali, costituzionali e ordinarie poste a presidio della ragionevole durata del processo. In particolare, da queste norme, nelle quali rientrano le disposizioni indirizzate al giudice (artt. 175 e 127 cod. proc. civ.) ricava che <<il rispetto del fondamentale diritto ad una durata ragionevole del processo impone, in concreto, al giudice di evitare ed impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di energie processuali e formalità da ritenere superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo ed in particolare dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio,...da effettive garanzie di difesa...e dal diritto alla partecipazione al processo, in condizioni di parità..., dei soggetti, nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti>>.

3.6. Il sesto percorso attiene all'organizzazione dell'attività giurisdizionale interna alla Corte

Sempre di più, nel corso del 2008, le Sezioni Unite della Corte, investite dei profili attinenti alla giurisdizione, hanno deciso i ricorsi rispetto a tutti i motivi proposti con una sistematica scelta della facoltà concessa dall'art. 142 disp.att. del cod.proc.civ.. In una di queste decisioni (S.U. n. 26013 del 2008, non massimata per questo profilo) la scelta operata è stata ritenuta imposta dall'esigenza di evitare che il rinvio alle sezioni semplici allunghi la durata del processo.

4. L'abuso degli strumenti processuali *(Carmelo Celentano)*

Con riguardo al tema del potenziale abuso del diritto e del conseguente abuso processuale, la Corte di cassazione, nel rinnovato panorama normativo, ha avviato un percorso teso a privilegiare fra diverse interpretazioni possibili di norme ed istituti processuali, quella che appare più idonea a dare attuazione al principio costituzionalizzato del processo giusto ed equo, nonché della durata ragionevole del processo.

Le interrelazioni fra la funzione nomofilattica, l'utilizzazione secondo diritto degli strumenti processuali ed il perseguimento del valore di tendenziale certezza del diritto, hanno guidato la giurisprudenza di legittimità, in fattispecie in cui l'eccesso del diritto e del diritto di agire in giudizio, o di resistere, rischiavano di porre in crisi il sistema costituzionale delineato nell'art. 111 cost.

In particolare, la considerazione secondo cui, allorchè sia possibile configurare un diritto potestativo, normativamente diretto al perseguimento di finalità sociali, è possibile altresì configurarne l'abuso, ha condotto la Corte, in talune decisioni, ad un'identificazione dell'uso non conforme alla ratio legis con l'abuso del diritto.

E' questo il caso della sentenza n. 16207 del 2008 (Rv. 603875), in cui è stato affrontato il tema della natura e della funzione del congedo parentale ex art. 32, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 151 del 2001. Con questa decisione la Suprema corte, configurando il diritto al congedo come diritto potestativo diretto al soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e del suo inserimento nella famiglia, ha affermato che nel caso in cui il periodo di congedo venga utilizzato per svolgere una diversa attività lavorativa, può configurarsi un vero e proprio abuso del diritto per sviamento dalla sua funzione tipica, con conseguente possibilità per il giudice di valutare tale comportamento ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento.

Nello stesso senso, possono essere letti anche quegli interventi nei quali la Corte di cassazione, facendo applicazione dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia – in particolare nella sentenza 21 febbraio 2008, in causa C-425/06, Part Service S.r.l. -, ha ritenuto che possa configurare un abuso del diritto (o di “forme giuridiche”) il frazionamento di un atto negoziale in una pluralità di contratti distinti, aventi come scopo unico o principale il conseguimento di un risparmio d'imposta (Sentenza n. 25374 del 2008). In questo caso, le linee interpretative sull'abuso del diritto sostanziale, così come ricostruito, si intersecano con il momento processuale, per le peculiarità proprie del processo tributario, nel quale la rilevabilità del vizio,

derivante dal carattere elusivo od abusivo del comportamento, risulta condizionato dalle ragioni poste a fondamento della stessa pretesa fiscale nelle precedenti fasi del giudizio.

In questo contesto, la ricostruzione giurisprudenziale dell'abuso del diritto tiene nel debito conto l'osservazione secondo cui non può concepirsi logicamente un abuso processuale senza configurare un abuso sostanziale del diritto. Questo percorso, che evidenzia una significativa intersezione fra il diritto sostanziale e le regole processuali, attraverso le quali tale diritto si attua, si manifesta forse più agevolmente nel caso del giudizio tributario, nel quale la rilevabilità del vizio, derivante dal carattere elusivo od abusivo del comportamento, risulta condizionato dalle ragioni poste a fondamento della stessa pretesa fiscale nelle precedenti fasi del giudizio.

Va, tuttavia, al riguardo ricordato come la Corte, non abbia puntualizzato questa intersezione fra abuso del diritto sostanziale e processuale soltanto in questo caso, ma anche in tutti quei casi in cui, proprio dalla visione sostanziale dell'esercizio non conforme del diritto, se ne sono tratte conseguenze sanzionatorie processuali, finendo, dunque, per cristallizzare in maniera più vivida la figura dell'abuso processuale.

Nella giurisprudenza di legittimità si delinea, infatti, una concezione di abuso come esercizio del potere da parte di chi, pur essendone titolare legittimo, lo utilizza per fini diversi da quelli per i quali quel potere viene riconosciuto dalla legge. Con la conseguenza, una volta affrontato il piano processuale, vero e proprio, che l'abuso del processo finisce per consistere nella promozione di una lite (o nella resistenza ad essa) da parte di chi è legittimato ad agire o resistere, ma per scopi ulteriori e diversi da quelli tipici. In questo caso gli scopi ulteriori e diversi, dalla funzione tipica del diritto, sono ovviamente extraprocessuali, cosicché il diritto ed il processo che ne consegue viene piegato ad un "fine esterno", elidendo la corrispondenza biunivoca tra mezzo (processuale) e fine.

Un'occasione importante in questo ambito è stata fornita dal tema della frazionabilità/in frazionabilità, in giudizio, di un credito unitario. La Corte di legittimità, con sentenza n. 15476 del 2008 (Rv.603542), ha affrontato il problema della legittimità del comportamento del creditore, il quale chieda l'adempimento coattivo dell'intera prestazione dovutagli, mediante il frazionamento della stessa in una pluralità di domande di valore inferiore, proposte davanti a giudici diversi competenti per le singole parti.

In tale decisione l'art. 88 cod. proc. civ. viene letto in chiave costituzionalmente orientata, nel senso che quella norma deve assicurare un processo che sia non solo celere, ma anche giusto, non essendo tale il processo "*frutto di abuso (...), per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o*

devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltrechè la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi”.

La *ratio* sottesa a questo orientamento finisce in questo modo per riconoscere come il possibile abuso processuale sia in grado di determinare, attraverso la sostanziale paralisi o distorsione del procedimento, la compromissione del bene costituzionale dell'efficienza del processo, come enucleabile dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, nonché dallo stesso canone fondamentale della razionalità delle norme processuali.

Sul punto, va ricordato che un originario orientamento risalente al 1997 (nn. 6900, Rv 506204; 7400, Rv. 506620; 11271, Rv 509886), aveva dato risposta negativa al quesito sulla base essenzialmente della valorizzazione della clausola generale di buona fede e di correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 cod.civ., da ritenere operante anche nella patologia conseguente al mancato o inesatto adempimento. L'anomalo frazionamento nel tempo delle azioni giudiziarie, prolungando “arbitrariamente” il vincolo coattivo per il debitore, avrebbe determinato un pregiudizio per il medesimo, privo di alcuna giustificazione od interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela.

La giurisprudenza, in seguito (n. 3814, Rv 514500; n. 10326, Rv 519835; n. 11114, Rv 520392; n. 11265, Rv 520521, tutte del 1998) aveva poi ritenuto che, in base all'art. 1181 cod.civ. spettasse al creditore valutare, secondo il proprio interesse, l'opportunità non solo di accettare, ma anche di domandare, un pagamento parziale.

La Corte risolveva il contrasto, dapprima, in senso favorevole alla parcellizzazione del credito (S.U. n. 108 del 2000 - Rv. 535479), procedendo, successivamente, ad un importante *revirement* (Sez. U, Sentenza n. 23726 del 2007 - Rv. 599316), con una decisione nella quale venivano fissati alcuni punti estremamente rilevanti, soprattutto letti nell'ottica dell'abuso del processo e dei principi costituzionalizzati del giusto processo.

Tutto ciò, “*in un quadro normativo nel frattempo evolutosi nella duplice direzione, sia di una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede - siccome specificativa (nel contesto del rapporto obbligatorio) degli "inderogabili doveri di solidarietà", il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost. - sia in relazione al canone del "giusto processo", di cui al novellato art. 111 Cost.*”.

Su punto, già la giurisprudenza di legittimità aveva avuto modo di precisare come principio di correttezza e buona fede, il quale pure “*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*”, deve essere inteso in senso oggettivo ed in linea con il dovere di solidarietà, fondato

sull'art. 2 della Costituzione, che opera secondo un criterio di reciprocità, esplicando la sua rilevanza nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Tuttavia, ciò che interessa maggiormente rilevare non è tanto la valorizzazione, definita da alcuni autori come "intransigente", della regola della correttezza e buona fede, quanto il fatto che la Corte, abbia calato il caso nell'ambito del tessuto normativo del giusto processo, come introdotto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. *"Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale. In conseguenza del suddetto principio, pertanto, tutte le domande giudiziali aventi ad oggetto una frazione di un unico credito sono da dichiararsi improponibili."*

Si riconosce che la costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata impone all'interprete una diversa e rinnovata sensibilità ed un nuovo approccio ermeneutico, nel senso che la risoluzione di ogni questione, che abbia attinenza allo svolgimento del processo debba essere verificata, non soltanto nella sua tenuta logica e concettuale, ma anche in relazione all'impatto concreto che essa può avere sulla realizzazione di tale principio costituzionale.

E' il caso proprio del creditore, il quale oltre a violare *"il generale dovere di correttezza e buona fede"*, attraverso la *"disarticolazione... dell'unità sostanziale del rapporto"*, *"in quanto attuata nel processo e tramite il processo"*, abusa del processo medesimo.

L'abuso viene dunque a configurarsi come *vulnus* al precetto inderogabile del processo giusto, al quale, invece, l'interpretazione della normativa processuale deve uniformarsi, evitando ad esempio, l'effetto inflattivo dei giudizi, o la potenziale formazione di giudicati (praticamente) contraddittori, cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto.

In questo contesto, l'interpretazione secondo Costituzione deve comportare necessariamente una conseguenza sanzionatoria, dal punto di vista processuale, non potendo, l'abuso del processo, che presentarsi come un elemento "*ostativo all'esame della domanda*" (come indicato nella sentenza n. 23726 del 2007).

In tal modo, la reazione dell'ordinamento all'abuso processuale ed alla violazione della regola della buona fede travalica il tradizionale ambito della responsabilità processuale aggravata.

La sentenza n. 15476 del 2008, nel richiamare la violazione del principio costituzionale del giusto processo, ne trae una sanzione processuale che, non soltanto considera l'abuso genericamente ostativo all'esame della domanda, ma estende tale sanzione a ciascuna delle domande presentate, in ciascuna delle singole cause in cui è stata frazionata la complessiva pretesa creditoria. Attraverso tale declaratoria di improponibilità, dunque, la Corte mostra di prendere posizione in maniera chiara e netta nei confronti di quella tesi che ravvisava una certa debolezza della conseguenza sanzionatoria individuata. Si affermava, infatti, che, dichiarata improcedibile od improponibile la domanda con la quale il creditore avesse azionato una sola frazione del suo credito, la cosa non avrebbe escluso che, se il creditore avesse in seguito escusso il debitore per l'intero credito, tale domanda sarebbe stata certamente ammissibile.

L'improponibilità di tutte le domande proposte assurge, in tal modo, ad un severo monito all'utilizzazione distorta dello strumento processuale, inteso come insieme di regole per l'attuazione giudiziaria dei diritti, ivi incluso il diritto (sostanziale anch'esso) ad un processo giusto, che le parti processuali tutte condividono.

Certo, la questione relativa alla sorte della successiva domanda proposta, una volta che sia venuta meno la finalità abusiva, finirà per porre a dura prova, in futuro, lo sforzo ermeneutico operato dalla giurisprudenza di legittimità. Tuttavia, fin d'ora, dagli orientamenti esaminati traspare un percorso di funzionalizzazione costituzionale del processo, ormai tracciato in modo indelebile e foriero di possibili ulteriori importanti interventi di sistema.

Ciò posto, va ancora ricordato come la Corte di cassazione non abbia solo affrontato il tema dell'abuso del processo, inteso come ipotesi in cui l'intera iniziativa processuale venga finalizzata a scopi ulteriori, rispetto all'accertamento del proprio diritto.

L'area dell'intervento giurisprudenziale e nomofilattico ha, infatti, riguardato anche il terreno dell'abuso di singoli atti processuali. Questo tema è stato affrontato dalla Suprema corte in occasione di numerose fattispecie che hanno, peraltro, solo lambito il vero e proprio campo dell'abuso degli atti processuali. Si tratta, infatti, di casi in cui lo sconfinamento del diritto di difesa, nell'ambito di un processo proposto per fini "reali ed effettivi", si è manifestato

attraverso tecniche dilatorie o scorrette, adottate al solo fine di “infastidire” o pregiudicare l'avversario, od addirittura al solo fine di confondere l'esercizio della giurisdizione o di provocarne una decisione, priva di alcuna concreta utilità per la parte vittoriosa.

Ciononostante, le decisioni che si sono occupate di siffatti temi si iscrivono a ragione nella generale tendenza sanzionatoria dei comportamenti processuali abusivi, finalizzata alla salvaguardia del principio costituzionale del processo giusto e della durata ragionevole.

Viene allora all'attenzione la ritenuta necessità di un rigoroso governo del principio dell'interesse ad impugnare - inteso come manifestazione del generale principio dell'interesse ad agire, la cui assenza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo. La sentenza S.U. , n. 12637 del 2008 (Rv. 603219), infatti, ricorda che *l'interesse all'impugnazione, quale manifestazione del generale principio dell'interesse ad agire e la cui assenza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (vedi Cass. n. 3330/2002, n. 7365/2006, n. 15084/2006), deve essere individuato in un interesse giuridicamente tutelato, identificabile nella possibilità di conseguire una concreta utilità o un risultato giuridicamente apprezzabile, attraverso la rimozione della statuizione censurata*”.

Non appare, dunque sufficiente “*la configurabilità di un mero interesse astratto ad una più corretta soluzione di una questione giuridica non suscettibile di produrre riflessi pratici sulla soluzione adottata*”

Tale orientamento, affronta, dunque, il problema evocando non soltanto la necessità di concretezza dell'interesse ad agire, ma anche specificamente l'inutilità della statuizione sollecitata per la sola finalità di un corretto inquadramento giuridico della fattispecie, allorché il risultato in fatto fosse già stato conseguito.

In questo caso, quindi, la pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione in rito, finisce per assecondare il percorso attinente alla valorizzazione di un processo giusto, efficiente e, dunque, non inutile. Come, del resto, confermato pure nella sentenza n. 7394 del 2008 (Rv. 602431), che dichiara inammissibile un ricorso per Cassazione, con il quale si sia dedotta la violazione di norme giuridiche, diretta all'emanazione di un provvedimento privo di rilievo pratico.

5. Il perseguimento della funzione nomofilattica: il quesito di diritto (Aldo Carrato)

L'art. 366 bis cod. proc. civ., introdotto dall'art. 6 del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e relativo alla formulazione dei motivi del ricorso per cassazione, si è rivelata come una delle norme della

recente riforma del giudizio di cassazione (appunto attuata con il richiamato d. lgs. innestato nel corpo del codice di procedura civile) più problematiche e di più difficile impatto operativo. Con essa è stato imposto ai ricorrenti (e, quindi, ai loro difensori) l'assolvimento di un aggiuntivo e complesso onere – oltretutto previsto a pena di inammissibilità – correlato all'indicazione dei “quesiti di diritto” per ciascuno dei motivi riportati ai nn. 1,2,3 e 4 dell'art. 360 del codice di rito e all'illustrazione, con riferimento al motivo enucleato nel n. 5 dello stesso art. 360, della *“chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione”*.

Da una determinata prospettiva si era evidenziato che la finalità di questa novità normativa si sarebbe evidenziata, soprattutto sul piano pratico, in una duplice direzione: - da un lato, avrebbe dovuto agevolare lo studio e la selezione dei ricorsi, rendendone più facilmente percepibile il nucleo caratterizzante; - dall'altro lato, avrebbe dovuto disincentivare l'accesso al grado di legittimità di avvocati formalmente iscritti all'albo dei cassazionisti ma intrisi dell'attitudine (tipica dei gradi di merito) a “rivisitare” l'intero processo.

Sotto altra angolazione, inoltre, si era segnalato che l'ulteriore aggravio contenutistico “di accompagnamento” ai motivi del ricorso richiamati ai nn. 1), 2), 3) e 4) dell'art. 360 cod. proc. civ. (che continuano a connotare, unitamente a quello di cui al n. 5, il ricorso per cassazione come un mezzo di impugnazione privo di effetto devolutivo ed a critica vincolata), avrebbe potuto essere foriero di un contenzioso particolarmente insidioso su una questione di rito, riguardante la forma del quesito (e i conseguenti effetti sull'ammissibilità del ricorso), perdendosi di vista l'obiettivo di fondo del ricorso per cassazione, poiché, in realtà, le censure di legittimità non sono fini a se stesse e, con esse, la parte ricorrente non mira ad ottenere un “platonico” parere sulla *quaestio iuris*, ma invoca, invece, un provvedimento rescindente attinente al singolo caso.

E' indiscutibile, peraltro, che la nuova disposizione così come recepita nel diritto processuale positivo era stata concepita per essere rivolta principalmente agli avvocati, ai quali si richiedeva di affinare le tecniche di redazione del ricorso e di valorizzare, perciò, le peculiarità proprie del giudizio di cassazione. Tuttavia, già appariva chiaro che la novità della disciplina del quesito di diritto, sanzionata dall'inammissibilità, avrebbe fatto certamente discutere gli operatori del diritto e avrebbe rimesso alla giurisprudenza della S.C. l'elaborazione dei canoni di impostazione del ricorso tendenti a riaffermare la cultura del giudizio di legittimità, evitando, però, eccessivi formalismi.

Ponendo riferimento ad un quadro di insieme dei primi commenti sulla novità introdotta con l'art. 366 bis cod. proc. civ. (peraltro in odore di soppressione in virtù dei più recenti disegni normativi in tema di sviluppo e competitività dell'attuale legislatore), si può dire che la stessa era stata, dai più, positivamente accolta. Si era inteso evidenziare in proposito che la formulazione nel motivo di un quesito di diritto che avrebbe dovuto consentire alla S.C. di enunciare il corrispondente principio di diritto, oltre a migliorare la qualità del giudizio di legittimità ed a scoraggiare chi intendeva (e continua ad intendere) la Cassazione quale terza istanza, poneva la premessa perché si ottimizzasse la funzione di nomofilachia (costituente l'“asse portante” della legge delega presupposto dal d. lgs. n. 40 del 2006), analogamente a quanto già avveniva in altri ordinamenti europei e, in particolar modo, in quello francese (sulla falsariga del relativo art. 978 nuovo cod. proc. civ.).

Ma nel momento in cui ci si accingeva ad affrontare gli effetti problematici che il nuovo art. 366 bis c.p.c. sarebbe stato potenzialmente idoneo a produrre (e ciò anche con riguardo all'aspetto innovativo riguardante il motivo di cui al n. 5 dell'art. 360) all'atto della sua applicazione pratica, ci si era resi conto che le questioni potenzialmente prospettabili non sarebbero state poche, né di facile approccio né, a maggior ragione, di semplice soluzione.

Parte della dottrina, volendo ipotizzare solo alcuni degli interrogativi che si sarebbero potuti configurare nell'impatto con la prassi giudiziaria, aveva individuato alcuni dei nodi maggiormente problematici correlandoli, soprattutto, ai profili di adeguatezza dei quesiti e alla possibilità o meno dell'operatività del potere di correzione o rivisitazione ermeneutica da parte della Suprema Corte.

In particolare, era stato piuttosto agevole prevedere che le maggiori complicazioni derivanti sul piano interpretativo avrebbero riguardato, in generale, la distinzione tra quesito mancante e quesito formulato in modo carente od approssimativo (ed, in effetti, le pronunce della Corte in proposito sono state molto numerose), con tutte le ulteriori sottospecie di tale differenziazione (sul presupposto della riconduzione della cognizione della S.C. ai quesiti come veicolati dai motivi, in una sorta di correlazione diretta tra domanda e risposta). La previsione normativa avrebbe posto, poi, il problema aggiuntivo di individuare quale sarebbe stato il trattamento giuridico da riservare all'ipotesi in cui il quesito giuridico formulato dal ricorrente non fosse risultato corrispondente a quello considerato appropriato dalla S.C., tenendo presente che il nostro ordinamento processuale è, comunque, fondato sul principio *iura novit curia*.

E' importante subito evidenziare che, nel corso dell'evoluzione delle linee tendenziali della giurisprudenza di legittimità sulla particolare novità processuale introdotta, non poteva

certamente mancare l'attacco all'art. 366 bis in un'ottica di possibile illegittimità costituzionale. Tale pericolo è stato puntualmente scongiurato dalla Corte (con le ordinanze n. 2652/2008 – rv. 601722 - e 8897/2008 - rv. 602642) che, oltre a ritenere siffatta disposizione del tutto in linea con l'oggetto della delega e con le sue finalità ispiratrici (volte a potenziare le funzioni di nomofilachia della Corte di cassazione), ha ravvisato, in ordine al preteso contrasto con gli artt. 76, 77, 24, 111, 117, primo comma, Cost., che non sussiste una limitazione del diritto di accesso al giudice, tenuto conto che il requisito di contenuto-forma (consistente nel ridurre a sintesi il complesso degli argomenti critici sviluppati nella illustrazione del motivo) costituisce un mezzo di esercizio di detto diritto nell'ambito di un giudizio di impugnazione concepito primariamente come mezzo di verifica della legittimità della decisione, sicché il requisito medesimo si accorda intrinsecamente con lo scopo e con la funzione del giudizio per il quale è stato imposto come onere a carico della parte.

In merito ad alcune delle principali questioni individuate, la giurisprudenza della S.C. aveva, fin dal primo impatto applicativo della nuova norma, rilevato che dalla previsione della prima parte dell'art. 366 bis cod. proc. civ. – la quale si collega all'onere della specificazione dei motivi trasparente dal requisito del ricorso enucleato nel n. 4) del precedente art. 366 - emergeva chiaramente che il quesito di diritto – al fine di non comportare l'inammissibilità dei relativi motivi del ricorso (principale od incidentale che esso fosse) – si sarebbe dovuto rapportare ad ognuno dei motivi formulati con riferimento alla diversa tipologia di quelli enucleati nei nn. 1), 2), 3) e 4) dell'art. 360 e che – nel caso di prospettazione di più motivi attinenti ad ognuna delle predette categorie di vizi ed implicanti distinte ed autonome questioni giuridiche – i quesiti di diritto da sottoporre al vaglio della S.C. avrebbero dovuto essere altrettanto differenziati e specifici in correlazione al numero dei motivi medesimi, così pervenendo all'affermazione dei principi dell'indispensabile rapporto di biunivocità tra motivo e quesito (cfr., di recente, Cass. n. 5471/2008 – rv. 602125; Cass. 9470/2008 – rv. 602846) e della necessaria correlazione del quesito con la specifica fattispecie (v., già, in prima battuta, Cass. S.U. n. 36/2007 – rv. 594107 - e, successivamente, tra le tante, Cass. S.U. n. 6420/2008 – rv. 602276 - e Cass. S.U. n. 11650/2008 – rv. 602971).

Dal punto di vista dell'impostazione pratica del quesito di diritto si è intesa sottolineare l'esaltazione dell'insopprimibile esigenza che il ricorrente deve necessariamente invocare l'enunciazione di un principio di diritto diverso da quello posto a fondamento del provvedimento impugnato e, perciò, tale da implicare un ribaltamento della decisione adottata dal giudice *a quo*, non profilandosi, conseguentemente, come ammissibile un motivo che si

concluda con l'esposizione di un quesito meramente ripetitivo del contenuto della norma applicata dal giudice del merito o che si risolva in una generica istanza di decisione sull'esistenza di una violazione di legge denunciata nel motivo (v., da ultimo, Cass. n. 16569/2008 e n. 23860/2008 – rv. 604600).

Indiscussa la rilevanza d'ufficio della sanzione di inammissibilità conseguente alla violazione dell'art. 366 bis cod. proc. civ. (con impossibilità del recupero delle omissioni imposte da siffatta norma in un momento successivo a quello della proposizione del ricorso: v. Cass. n. 22390/2008 – rv. 604426), la giurisprudenza della S.C. si è dimostrata molto produttiva sul fronte dell'individuazione dell'ambito di applicazione della suddetta norma, pervenendo, in particolare, ad affermarne l'inclusione del ricorso per regolamento di competenza (non condivisa da tutta la dottrina), di quello per motivi attinenti alla giurisdizione contro le decisioni dei giudici speciali (v. già Cass. S.U. n. 7258/2007 – rv. 595865 - e, poi, Cass. S.U. n. 2658/2008 – rv. 601602) e di quello per revocazione delle sentenze della stessa Cassazione (cfr. Cass. 4640/2007 – rv. 596345; Cass. n. 5075/2008 – rv. 601890, 5076/2008 – rv. 601892 - e 6638 del 2008, secondo cui, a tal fine, occorre la specificazione dell'indicazione puntuale del fatto costituente oggetto dell'errore e dell'esposizione delle ragioni fondanti di cui all'art. 395 cod. proc. civ., senza la necessità della formulazione in senso proprio di un quesito di diritto), con esclusione, invece, del rimedio del regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. S.U. n. 22059/2007 – rv. 599958 - e, più recentemente, Cass. S.U. n. 5924/2008 - 602138, in considerazione della sua natura - non di mezzo di impugnazione ma - di strumento apprestato per consentire alle parti di ottenere, già nel corso del giudizio di primo grado, una pronuncia definitiva sulla giurisdizione, e per l'estraneità della disciplina dei motivi del ricorso al regolamento, in quanto incompatibile con l'essenza stessa dell'istituto), oltre che del ricorso per conflitto di giurisdizione contemplato dall'art. 362, comma secondo, cod. proc. civ. (v. Cass. S.U. n. 2280/2008 – rv. 601305 - e n. 10466/2008 – rv. 602937).

Con riferimento alla formulazione dei motivi nel caso previsto dall'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., è stata puntualizzata la necessità che la censura di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione debba contenere un momento di sintesi (omologo del quesito di diritto) che ne circoscriva puntualmente i limiti, in maniera da non ingenerare incertezze in sede di formulazione del ricorso e di valutazione della sua ammissibilità (v. Cass. S.U. n. 20603/2007 – rv. 599013 - e Cass. n. 4646/2008) e debba consistere in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente e riassuntivamente destinata, di modo che non è possibile ritenerlo rispettato quando solo la completa lettura della complessiva illustrazione del motivo riveli, all'esito di

un'attività di interpretazione svolta dal lettore e non di una indicazione da parte del ricorrente, deputata all'osservanza del requisito del citato art. 366 *bis*, che il motivo stesso concerne un determinato fatto controverso, riguardo al quale si assuma omessa, contraddittoria od insufficiente la motivazione e si indichino quali sono le ragioni per cui la motivazione è conseguentemente inidonea sorreggere la decisione (v., in questo senso, già Cass. n. 16002/2007 – rv. 598712 - e, di seguito, Cass. n. 4309/2008 – rv. 601741 – e n. 4311/2008).

In definitiva, volendo tracciare un primo bilancio in argomento, si prospetta importante sottolineare che il quesito di diritto imposto dall'art. 366-bis cod. proc. civ., rispondendo all'esigenza di soddisfare l'interesse del ricorrente ad una decisione della controversia diversa da quella a cui è pervenuta la sentenza impugnata, ed al tempo stesso, con una più ampia valenza, di enucleare, collaborando alla funzione nomofilattica della S.C. di cassazione, il principio di diritto applicabile alla fattispecie (scopo per il quale si avverte ancora l'utilità della conservazione nell'ordinamento processuale di una siffatta previsione normativa), costituisce indubbiamente – secondo la tendenziale interpretazione evolutiva della S.C. - il punto di congiunzione tra la risoluzione del caso specifico e l'enunciazione del principio generale e rappresenta, quindi, la chiave di lettura delle ragioni esposte, ponendo la Corte in condizione di rispondere ad esso con l'enunciazione di una "regola iuris" che sia, in quanto tale, suscettibile di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata.

6. Il perseguimento della funzione nomofilattica:....gli altri strumenti processuali

(Pina Carluccio)

L'analisi della giurisprudenza del 2008 dimostra l'attenzione della Corte nei confronti di quegli strumenti processuali predisposti dal legislatore per l'esercizio della funzione nomofilattica.

Con riferimento all'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, quando il ricorso è dichiarato inammissibile (art. 363, terzo comma cod. proc. civ., come modificato nel 2006), sembra potersi individuare l'emergere di una linea di tendenza che, abbozzata nel 2007 (s.u. n. 27187, rv 600347), va prendendo corpo (s.u., n. 11657, non massimata per il profilo di interesse), e sta acquistando capacità espansiva attraverso la pronuncia del principio anche quando il ricorso è esaminato nel merito e rigettato per altri motivi (s.u. n.27044, non massimata per il profilo di interesse).

Un nesso con la possibilità prevista dall'art. 363 in argomento può pure intravedersi nella recente tendenza ad enunciare il principio di diritto in esito alla soluzione del contrasto, oltre i limiti strettamente delimitati dal ricorso purché ascrivibili all'orbita del contrasto (s.u. n. 24772, rv 604830, come esempio di applicazione di tale criterio).

D'interesse, nella direzione indicata, sembra pure il sempre maggior numero di casi in cui le sezioni semplici, ravvisate motivate ragioni per mutare il precedente orientamento interpretativo, anziché emanare una pronuncia che dia luogo a contrasto, rimettono la questione all'esame del Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle S.U. (art. 374, terzo comma, cod. proc. civ.). Solo a titolo esemplificativo, si considerino le ordinanze interlocutorie nn. 4436, 16112 e n. 23934 del 2008).

7. La tutela riparatoria per la violazione della ragionevole durata del processo: la legge **“Pinto”** (*Raffaele Cantone*)

L'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo - introdotta dalla legge 24 marzo 2001 n. 89, nella prassi ormai nota come “legge Pinto” – è un istituto nato con l'obiettivo di garantire una tutela diretta, sia pure di tipo meramente riparatorio, alle parti processuali che non vedano definito il procedimento entro quella ragionevole durata, oggi imposta dal comma 2 dell'art. 111 Cost..

E' una normativa che ha visto, purtroppo, una sua ampia applicazione, sintomatica di una chiara patologia del sistema.

Il contenzioso che ne è nato è già in più occasioni approdato in Cassazione e si è formato ormai un vero e proprio diritto vivente, su alcuni degli snodi problematici della disciplina.

Nel 2008 sono intervenute sull'argomento alcune interessanti pronunce della Suprema Corte, dalle quali può essere estrapolato un filo comune: la normativa va interpretata in funzione di garantire, in modo più ampio possibile, alle parti del processo, quella compensazione, pur blanda, che è la riparazione pecuniaria prevista dalla legge “Pinto”.

E' una dimostrazione ulteriore di quanto sia sempre più divenuto importante, nel sistema complessivo, il principio costituzionale di ragionevole durata di cui si sta parlando.

Le sentenze redatte nel corso del 2008 possono essere raggruppate in tre filoni, in relazione ai diversi aspetti della normativa trattati.

Nel primo filone può essere fatta confluire quella giurisprudenza che si è occupata della

compatibilità della legislazione italiana con i principi della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo, atto internazionale quest’ultimo che, recepito nell’ordinamento italiano fin dal 1955, aveva esplicitamente previsto, all’art. 6, il diritto di qualsiasi persona “...a che la causa sia esaminata ... in un tempo ragionevole..” ed aveva, quindi, rappresentato il battistrada del principio costituzionale, introdotto soltanto nel 1999.

In particolare, alla Corte di Cassazione è stato posto il problema dei rapporti con la norma internazionale dell’art. 2, comma 3, lett. a) della l. 89/2001, nella parte in cui prevede che l’indennizzo da liquidare alla parte sia commisurato non alla durata dell’intero processo, bensì al solo segmento temporale eccedente la durata ragionevole.

Cass. n. 3716 del 2008, Rv 602149 - ribadendo il precedente orientamento esplicitato da Cass. n. 8603 del 2005, Rv 580755 - ha escluso l’incompatibilità della legislazione vigente sul punto con la norma pattizia internazionale, ritenendo che: “*..il criterio sancito con riferimento al tempo ragionevole ed ordinario di durata non esclude la complessiva attitudine della l. n. 89 del 2001 a garantire un serio ristoro per la lesione del diritto in questione, come riconosciuto dalla stessa Corte Europea nella sentenza 27 marzo 2003, resa sul ricorso 36813/97, e non si pone, quindi, in contrasto con l’art. 6, par. 1, della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo*”.

Un altro filone nel quale si è misurata la nomofilachia ha riguardato i criteri di valutazione dei comportamenti del giudice e delle parti del processo e la loro possibile incidenza sulla durata cosiddetta ragionevole.

Le sentenze emesse sul punto sembrano tutte mosse da un unico obiettivo: voler privilegiare il principio di responsabilità del giudice, quantomeno in quei casi in cui al predetto è riconosciuto un potere di incidere sui tempi del processo.

Una prima questione ha riguardato la possibilità di considerare negativamente l’assenza di comportamenti “sollecitatori” delle parti.

Cass. n. 22404 del 2008, Rv 604515, che si è occupata dell’argomento, è apparsa perentoria nelle sue conclusioni, escludendo che si possa individuare un dovere in tal senso delle parti.

Ha, infatti, precisato che: “*Non si ravvisa .. alcun obbligo a carico della parte di dare specifico impulso al processo durante il suo corso, chiedendo anticipazioni di udienza o presentando istanze dirette in qualche modo a velocizzare i tempi, non essendo neppure previsti espressi strumenti sollecitatori ed essendo, al contrario, a carico del giudice il compito di impartire la direzione del processo per espresso disposto dell’art. 175 c.p.c..A carico della parte è sì il dovere di non porre in essere comportamenti dilatori, ma quest’ultimo onere non giunge fino*

al punto da imporre alla parte istanze acceleratorie.”

Altro aspetto, evidentemente connesso a quello precedentemente trattato, attiene a come considerare i rinvii chiesti ed ottenuti dalle parti e se, in particolare, i periodi in cui il processo si è prolungato per l'accoglimento delle istanze possa essere sottratto dalla sua durata complessiva, in funzione di stabilire il superamento del termine ragionevole.

La questione era già stata più volte trattata dalla Corte che sembrava orientata a ritenere che l'allungamento dei tempi processuali dovuto ai rinvii non potesse essere preso in esame nella valutazione del cosiddetto tempo ragionevole.

In questo senso, ad esempio, da ultimo si era pronunciata Cass. n. 2251 del 2007, Rv 599975, che espressamente aveva ritenuto corretto e legittimo per il giudice dell'equa riparazione, ai fini dell'accertamento del termine ragionevole di durata del processo, tener conto, “in detrazione” alla durata complessiva del processo, del dispendio temporale cagionato dalle richieste di rinvio delle parti, quale che fosse la parte richiedente il differimento.

Cass. n. 1715 del 2008, Rv. 601444, attraverso un ragionamento articolato, sembra giunta a conclusioni parzialmente diverse.

Pur evidenziando come non possa non valutarsi negativamente “una strategia dilatoria ascrivibile alla parte” ha, però, aggiunto che *“l'addebito automatico alla parte di tutti i tempi dei rinvii disposti è viziato dalla degradazione a mero spettatore del giudice istruttore del processo al quale nel vigore dell'art. 175 c.p.c. ... spetta invece la direzione del giudizio ed il potere di invitare le parti a rassegnare le conclusioni (art. 187 c.p.c.) o di differire brevemente la cadenza dell'istruzione probatoria (art. 202 c.p.c.) e comunque di regolare la sequenza dei differimenti nel modo meno inosservante possibile dell'art. 81 disp. att. c.p.c.”*.

Partendo, poi, da quest'ultima affermazione traccia il percorso argomentativo che deve seguire il giudice dell'equa riparazione, nei casi in cui numerosi rinvii sono stati ottenuti dalle parti: *“E' dunque compito del giudice dell'equa riparazione, a fronte di una cospicua serie di differimenti chiesti dalla parte (o non opposti) e disposti dal Giudice istruttore, distinguere, come gli impone l'art. 2 comma 2 .. [ndr: della l. n. 89 del 2001], tra tempi addebitabili alla parte e tempi (dei rinvii) addebitabili allo Stato per la loro evidente irragionevolezza e pertanto, salvo che sia motivatamente evidenziata una vera e propria strategia dilatoria della parte, idonea ad impedire alcun esercizio dei poteri di direzione dell'istruttore, individuare la durata irragionevole del giudizio comunque ascrivibile allo Stato, ferma restando la possibilità che la frequenza e l'ingiustificatezza delle istanze di differimento incida sulla valutazione del patema indotto dalla durata e quindi sulla misura dell'indennizzo da*

riconoscere” .

Sui poteri di direzione dell’udienza del giudice si era già soffermata altra importante decisione, di poco precedente a quest’ ultima citata, e cioè Cass. n. 9 del 2008, Rv. 601499.

Era stato sottoposto al Giudice di legittimità il quesito se potessero essere automaticamente considerati eccedenti il limite della ragionevole durata quei rinvii che superavano il termine di 15 giorni, previsto dall’art. 81 disp. att. c.p.c., sia pure senza alcun carattere di perentorietà.

In altra occasione la Cassazione – in particolare Cass. n. 4512 del 2004, Rv 578862 - aveva concluso per la tesi negativa, ritenendo non accettabile l’equazione: rinvii eccedenti il termine di cui all’art. 81 disp. att. cod. proc. civ. uguale superamento della ragionevole durata.

Più di recente, però, Cass. n. 4298 del 2005, Rv 580228 sembrava essere stata meno categorica nelle sue conclusioni, ritenendo che i rinvii eccedenti il termine ordinatorio potessero essere considerati influenti e computabili ai fini della ragionevole durata quando abbiano prodotto o concorso a produrre il superamento del termine medesimo.

A quest’ultima statuizione si ricollega la citata sentenza n. 9 del 2008 secondo cui: “.. se è pur vero che i rinvii eccedenti il termine ordinatorio di 15 giorni di cui all’art. 81, disp. att. c.p.c., non determinano automaticamente l’inserimento dei relativi periodi nell’ambito indennizzabile, postulando pur sempre la norma il superamento del limite ragionevole, è anche vero che essi non possono non essere valutati ai fini in esame allorchè detto superamento abbiano prodotto, secondo i parametri fissati dalla Corte di Strasburgo ai quali il giudice nazionale deve tendenzialmente adeguarsi, ferme restando le particolari circostanze del caso concreto che ben possono giustificare una durata ragionevole maggiore o minore”.

Pure sembra potersi ascrivere al filone ermeneutico in esame Cass. n. 18603 del 2008, Rv. 604391 che, occupandosi del caso di una domanda proposta dalla parte per l’accertamento di un diritto di credito separata da quella per la determinazione del *quantum debetur*, ha affermato che il tempo dei due processi separati non deve essere considerato unitariamente nell’ottica dell’individuazione della ragionevole durata ed ha valorizzato, nel suo iter argomentativo, proprio l’assenza di ogni potere del giudice nell’evitare la scissione dei processi.

Testualmente, infatti, nella motivazione si legge che: “la scissione in due momenti processuali distinti – che non poteva non comportare un inevitabile prolungamento del contenzioso ... - ... è una scelta rimessa all’esclusiva ed insindacabile volontà della parte – non essendo ammissibile, al riguardo, alcun potere officioso del giudice – che comporta la reciproca autonomia dei processi, anche sotto il profilo del rispetto del termine di ragionevole durata,

distintamente valutabile”.

Un terzo filone giurisprudenziale riguarda l’ambito di applicazione della normativa sull’equa riparazione.

Un primo aspetto all’attenzione della Corte è stato quello dell’applicabilità della l. n. 89 del 2001 alle controversie relative al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, in particolare in quei rapporti i cui compiti comportano l’esercizio di pubblici poteri ovvero la tutela di interessi generali (ad esempio, magistrati, avvocati dello Stato, appartenenti alle Forze armate ed alla Polizia di Stato).

Si era, infatti, sostenuto da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a mezzo dell’Avvocatura dello Stato, che in queste ipotesi – la vicenda specifica aveva ad oggetto un agente di polizia aveva impugnato un diniego a partecipare ad uno scrutinio di avanzamento in carriera - non potesse essere invocata la “legge Pinto”, in quanto trattavasi di rapporti di lavoro non contrattualizzati, in ragione della rilevanza pubblica delle funzioni svolte e della postestà di imperio che lo Stato attraverso quel personale esercita, tanto che sulle eventuali controversie era rimasta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Cass. n. 1520 del 2008, Rv 601431, invece, giunge a conclusioni opposte e soprattutto esclude che l’assegnazione, nel riparto della giurisdizione, delle controversie *de quibus*, al giudice amministrativo possa essere utilizzata per non ritenere applicabile il rimedio riparatorio della l. 89/01.

Nella motivazione della sentenza si afferma, infatti, che: “.. è .. *indubbio che la correlata opzione per la giurisdizione esclusiva del G.A. non abbia comportato alcuna scelta di rendere recessivi quei diritti e quegli interessi rispetto alla posizione dell’Amministrazione e men che meno di sottrarre quei processi all’ineluttabile applicazione dell’art. 111 Cost, comma 2 il quale assicura a tutte le parti, e quindi anche a quei funzionari o dipendenti dello Stato stesso, che la loro posizione sia valutata equamente ed in un termine ragionevole. Una diversa interpretazione ... sarebbe palesemente sospetta di incostituzionalità (art. 3 e 111 Cost.) nulla potendo autorizzare una deroga al precetto sulla ragionevole durata e men che meno una ingiustificata peculiarità della posizione dell’agente la quale potrebbe, semmai giustificare una compressione della libertà negoziale di attuazione e promozione dei diritti ma non certo del diritto a vedere definita una controversia in termini ragionevoli”.*

Sempre con riferimento all’area di applicazione della disciplina in discussione va segnalata, come particolarmente interessante, Cass. n. 19367 del 2008, Rv. 604373 relativa ai casi in cui può essere invocata la l. n. 89 del 2001 nei procedimenti di natura tributaria.

Si tratta di una statuizione che, ponendosi su una scia di sostanziali aperture della precedente giurisprudenza di legittimità ([Cass. n. 11350 del 2004](#), [Rv. 573694](#), [Cass. n. 21404 del 2005](#), [Rv. 583907](#), [Cass., n. 13657 del 2007](#) [Rv. 600020](#)), sembra voler ulteriormente ampliare le eccezioni alla regola secondo cui “la disciplina dell’equa riparazione .. non è applicabile ai giudizi in materia tributaria involgenti la potestà impositiva dello Stato”.

La decisione del 2008 poco sopra indicata, infatti, propone un ampliamento del concetto di “controversie civili” e “penali” tale, di fatto, da ammettere un ampio spazio di utilizzabilità della legge Pinto alle controversie tributarie.

Sostengono i Supremi giudici che la lettura sistematica del complessivo impianto della legge nazionale e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo “*..non esclude che la riparazione possa essere richiesta anche con riferimento a controversie del giudice tributario che siano riferibili alla "materia civile" (in quanto riguardanti pretese del contribuente che non investano la determinazione del tributo ma solo aspetti consequenziali come nel caso del giudizio di ottemperanza ad un giudicato tributario ex art. 70 del d.lgs. n. 546 del 1992 o in quello del giudizio vertente sull'individuazione del soggetto di un credito di imposta non contestato nella sua esistenza) o alla "materia penale". Quest'ultima, in particolare - secondo la nozione autonoma elaborata dalla giurisprudenza della CEDU, di cui il giudice nazionale deve tenere conto - va intesa come comprensiva anche delle controversie relative all'applicazione di sanzioni tributarie, ove queste siano commutabili in misure detentive ovvero siano, per la loro gravità, assimilabili sul piano dell'afflittività ad una sanzione penale, prescindendo dalla soglia di imposta evasa e dalla sussistenza o meno della rilevanza anche penale dei fatti per i quali si controverte nel giudizio tributario*”.

8. La terzietà del giudice (Pina Carluccio)

Uno dei profili attraverso cui il giusto processo si realizza secondo l’art. 111 Cost. è il suo svolgimento davanti ad un giudice terzo e imparziale.

Nel 2008 tale profilo è emerso con particolare vigore al di fuori del processo in senso proprio, in materia di procedimento disciplinare degli avvocati e con riferimento al Consiglio Nazionale dell’Ordine, quale giudice disciplinare (s.u. n. 29294 del 2008).

E’ stata ammessa la ricorribilità dinanzi al suddetto Consiglio Nazionale del provvedimento con cui il Consiglio locale dell’ordine dispone l’apertura del procedimento disciplinare; ricorribilità

esclusa da un orientamento risalente (s.u. n. 3897 del 1976, rv 382576 e s.u. n. 5573 del 1979, rv 382576), fondato sulla natura di atto preliminare del provvedimento, non implicante neppure implicitamente una statuizione sulla colpevolezza del professionista.

La Corte perviene alla nuova interpretazione proprio sulla base della novità rappresentata dall'art. 111 Cost. <<che pur dettando una serie di principi specificamente attinenti al processo, fissa comunque dei parametri che debbono essere tenuti presenti anche al di fuori del particolare settore d'elezione>>. In particolare, dopo che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, applicando la cosiddetta legge Pinto, ha chiarito che ogni processo, anche amministrativo, costituisce di per sé fonte di pregiudizio, non è più possibile dire che la mancata impugnativa non comporta nessuna disarmonia, potendosi l'incolpato difendere dinanzi al Consiglio locale e potendo poi impugnare il provvedimento finale al Consiglio nazionale. Conseguentemente, deve essere preferita l'interpretazione costituzionalmente orientata che <<riconoscendo l'impugnabilità della delibera di apertura del procedimento, consente di riallineare il sistema mediante un più veloce intervento di un giudice terzo ed imparziale che possa controllare la legittimità dell'avvio del procedimento ed arrestarne subito la prosecuzione in caso di mancanza dei necessari presupposti>>. Non si nasconde la Corte il conseguente aggravio di lavoro del Consiglio nazionale (e, conseguentemente, delle S.U. della cassazione) il quale non può costituire un ostacolo rappresentando <<il prezzo della legalità>>, aggiunge poi una significativa riflessione a proposito del ruolo nomofilattico che può svolgere lo stesso Consiglio Nazionale rispetto all'esatta interpretazione delle norme deontologiche e la loro uniforme interpretazione su tutto il territorio nazionale.

CAP. II

IL GIUDICE CIVILE E L'ECONOMIA

1. Introduzione (*Massimo Ferro*)

1. La generale sensibilità della materia civilistica ai conflitti economici permette di censire, all'interno della giurisprudenza formatasi su detta materia, significativi e molteplici percorsi che contrappongono efficienza delle organizzazioni di mercato e valori ascrivibili ad una protezione ordinamentale assicurata ai singoli soggetti, anche persone non fisiche, determinanti per il funzionamento di quelle speciali relazioni. Vengono in rilievo decisioni rese nei diversi ambiti

in cui il giudice assolve ad una funzione di specifico controllo dei comportamenti economici scrutinati con il parametro degli interessi pubblicistici, che in particolare la Corte di Cassazione è chiamata ad aggiornare, ovvero statuizioni afferenti alla protezione di nuovi equilibri fra diritti soggettivi di originaria matrice privatistica. Di qui l'attualità di una "mappatura", almeno per peculiari settori, del processo di adeguamento della giurisprudenza di legittimità – evidenziato nell'anno 2008 - alle mutate condizioni di accesso a libertà fondamentali in campo economico, tra le quali lo sviluppo della personalità nelle aggregazioni attive nel mercato (con maggiore o minore indice di soggettività giuridica, dalle società al condominio), ovvero della particolare attenzione all'esercizio dello schema negoziale "duale", nelle posizioni finali interessate dalla funzione redistributiva, quella di creditore o di debitore, spesso contrapposte all'esito di una vicenda "consumeristica" o di insolvenza o di altro contatto giuridicamente rilevante. La selezione individuata si propone così di illustrare, in esordio, come l'evoluzione adeguatrice della giurisprudenza di legittimità abbia approfondito settori di tensione interpretativa propri di alcuni diffusi *contratti stipulati fra imprese e consumatori*: in tale opera, anche nel 2008 la Corte di Cassazione ha contribuito a soddisfare una pressante esigenza di completezza regolativa delle più importanti clausole generali inserite comunemente in contratti di massa, a tipologia in parte tuttora non nominata. In primo luogo un rilievo pari a vera e propria svolta è stato assunto dalle pronunce in tema di *risarcimento del danno non patrimoniale*, per la riscrittura del catalogo casistico divenuto oggetto di una decisa spinta riunificatrice. L'ampiezza di siffatto pregiudizio ha condotto, da un lato, a negare che, al suo interno, sopravvivano ulteriori sottodistinzioni, se non con valore descrittivo (di qui la riclassificazione fenomenica, tra gli altri, del danno *esistenziale* e del danno biologico) e, dall'altro, ad affermarne la tipizzazione, in quanto danno risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, ex art.2059 cod. civ. La successiva partizione – ancora trattata nella seconda sezione - consente di dare rilievo a "interrogativi", espressi sotto forma di ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, quale quello afferente il difetto di tutela espressa a favore della *vittima di un fatto illecito*, attualmente priva di *azione nei confronti dell'assicuratore del responsabile*; traendo spunto da una vicenda attinente ad un infortunio sul lavoro la S.C., sez. lav. n. 11921 del 13.05.2008, (Rv. 603207), ha messo in relazione critica il credito dell'assicurato, a sua volta e nel frattempo dichiarato fallito e dunque assoggettato alla regola della concorsualità, con un bisogno costituzionale di tutela vantato dal terzo. È manifesta, come in altri settori del diritto dell'economia (cfr. le sezioni dedicate al diritto societario, al diritto fallimentare ed al rapporto fra impresa e P.A.), la rappresentazione "valoriale" e perciò da aggiornare ai parametri

costituzionali, dello stesso equilibrio delle linee guida – fondato sulla multiforme declinazione dell'interesse collettivo, ancorché privatistico – rispetto al diritto soggettivo del singolo. Un percorso di elaborazione mirante al rafforzamento dell'interesse del consumatore alla prestazione negoziale, si rinviene poi nella materia relativa ai contratti d'impresa e di massa, ove la Suprema Corte ha analizzato la responsabilità del *tour operator*, giungendo all'affermazione che la finalità turistica connota la causa concreta del *contratto di viaggio tutto compreso*. Lo scopo di *piacere* non resta dunque un mero motivo interno del viaggiatore, come tale giuridicamente irrilevante, ma incide sul suo elemento causale: l'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del consumatore per causa a lui non imputabile, pur se non specificamente prevista, diviene causa di estinzione dell'obbligazione, autonoma e distinta dall'impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1463 o 1464 cod. civ. La selezione proposta rivolge infine l'attenzione, in questo settore, all'aggiornamento del *dovere di informazione a carico dell'intermediario finanziario* (banca) attivo nella commercializzazione di strumenti (rivelatisi) inidonei ad assicurare il rientro dell'investimento.

2. Una apposita finestra è stata aperta – nella terza sezione – per dare conto dell'avvenuto superamento, con la pronuncia delle S.U. n. 19499 del 16 luglio 2008 (Rv. 604419), di un'ulteriore classificazione tipologica, afferente al *danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie* e poggiante sui cd. criteri personalizzati di normalità. Il provvedimento, dato con riguardo ad una vicenda in cui creditore era un imprenditore, ricostruisce il tema ponendo in stretto raccordo esigenze probatorie del danno da ritardato pagamento e istanze di definizione in tempo ragionevole dello stesso processo, spesso alla base di una imponente litigiosità che contrappone la inerzia del soggetto inadempiente al titolare del credito, costretto alla tutela giudiziaria. Proprio l'intento di pervenire alla effettiva “neutralizzazione” del complessivo tempo di ritardo – anche giudiziario, e quindi nella logica di attuare il principio del giusto processo - è dunque alla base dell'importante precisazione per cui il maggior danno di cui all'art. 1224, secondo comma, cod. civ., può ritenersi esistente in via presuntiva in tutti i casi in cui, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato (di rata infraannuale) sia stato superiore al saggio degli interessi legali, per cui il risarcimento spetta a qualunque creditore, a prescindere dalla sua qualità soggettiva o dall'attività svolta (consumatore o imprenditore), mentre una domanda di ristoro per importo superiore implica l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare di tale pregiudizio, se pur per via presuntiva.

3. Proprio nell'anno 2008, la S.C. si è dovuta occupare della peculiare, avanzata, forma di tutela assicurata al contraente debole mediante un intervento di riequilibrio diretto operato dal giudice e non più limitato alla pronuncia, in chiave di invalidazione per vessatorietà di una o più delle clausole generali contrassegnanti la formalizzazione negoziale della vicenda di consumo, un intervento implicante un più penetrante controllo di tipo sostanziale. Esso, dopo le modifiche degli artt. 1469-bis cod. civ. ed il codice di consumo del d.lgs. n.206 del 2005, si realizza ben oltre il giudizio a carattere individuale, tra consumatore e professionista, ma attraverso - come ricostruito nella quarta sezione – un giudizio a carattere collettivo, promosso da associazioni rappresentative ed esponenziali dei consumatori o dei professionisti o dalle camere di commercio, con finalità di *inibitoria all'utilizzo di condizioni generali di contratto accertate quali abusive*. L'ambito applicativo dell'azione collettiva è stato affrontato nella pronuncia n. 13051 del 2008 (Rv. 603392, 603393, 603394, 603395) – in tema di contratti bancari redatti con condizioni generali <<raccomandate>> dall'A.B.I. – che si segnala per la statuizione della legittimazione passiva delle associazioni di professionisti, del perimetro valutativo proprio del giudice e per la coesistenza tra la cennata inibitoria (di cui all'art. 1469-sexies) e l'azione di nullità eventualmente promossa dal singolo consumatore.

4. Con le sentenze n. 9167 (Rv. 602699) e n. 16744 (Rv. 604057), entrambe del 2008, la S.C. ha poi precisato la competenza delle *sezioni specializzate dei tribunali in materia di proprietà industriale*, affermando i contenuti della relazione voluta dall'art. 3 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 (poi ospitata dal codice della proprietà industriale, all'art. 134 del d.lgs. n. 30 del 2005) secondo la nozione di possibile interferenza con la tutela della privativa. Con tale decisione i giudici di legittimità, allargando la nozione processuale del tradizionale rapporto di connessione o accessorietà, tra domanda di accertamento della concorrenza sleale e domanda per la protezione di un diritto di proprietà industriale o intellettuale, hanno accolto l'ipotesi di un nesso in senso estensivo ed atecnico, dilatando la citata competenza delle sezioni e dunque esprimendo una evidente tendenza a favorire la concentrazione della trattazione di tali giudizi presso magistrati civili, a larga competenza territoriale (anche pluridistrettuale) e con parziale statuto ordinamentale specializzato per materia, la cui istituzione deriva direttamente da normative assunte in sede di intese comunitarie.

5. Le decisioni rese in materia societaria hanno accentuato, anche per il 2008, la tendenza ad una costante sottoposizione a verifica della disciplina anteriore alla riforma del d.lgs. 17

gennaio 2003, n.6 alla stregua delle norme di quest'ultima, mediante uno sforzo di segnalazione delle più evidenti continuità e delle opposte novità. È peraltro continuata – come indicato nella quinta sezione - la ricerca di una sistemazione complessiva delle organizzazioni societarie, ricerca significativamente pervenuta, con la sentenza n. 25192, proprio alla soluzione della questione della *estinzione delle società di persone*, soluzione ricavata da un principio – la cancellazione della società - riscritto dall'art.2495 cod. civ. formalmente per le (sole) società di capitali. Altrettanto interessante è il percorso di esame critico effettuato, all'interno dello schema di funzionamento del *procedimento assembleare di approvazione del bilancio*, con riguardo al diritto all'informazione del socio e dunque della indefettibilità della piena volizione del suo contenuto deliberativo: ciò è alla base del diniego, con l'arresto delle S.U. n. 21933 del 2008, Rv. 604262, della legittimità della delibera implicita della determinazione del compenso agli amministratori.

6. La tradizionale centralità del principio civilistico della ordinaria responsabilità illimitata di cui all'art.2740 cod.civ. ha trovato in talune significative pronunce, illustrate nella sezione sesta – dedicata alla materia fallimentare - una accentuata integrazione con le linee di tendenza ordinamentali volte a dare assetto stabile a *casi ordinari di salvaguardia patrimoniale*. In una logica di esclusione dalla naturale espansività del principio di universalità, e di sottrazione al normale raggio d'azione degli organi della procedura, vengono poi commentati gli arresti con cui le S.U. hanno eccettuato dal concorso le somme dovute al fallito in base al contratto di assicurazione sulla vita (n. 8271 del 2008, Rv. 602132) e quelli, della Prima Sezione, che hanno ancorato la responsabilità illimitata, suscettibile di trasformare il socio altresì in fallito, a precisi cardini della garanzia per i creditori fissata dal sistema societario (n. 27013, per il socio unico e n. 29794, per l'accomandante ingeritosi nell'amministrazione). Anche per il diritto fallimentare – oggetto delle riforme del d.lgs. n. 5 del 2006 e del d.lgs. n.169 del 2007 – si segnala, come trattato nelle sezioni quarta, quinta e settima e nell'ambito di una diffusa attenzione al raccordo con le norme riformate, la spiccata tendenza dei giudici di legittimità alla valorizzazione sempre più sistematica del principio della responsabilità limitata.

7. Una specifica tendenza alla valorizzazione della posizione individuale della responsabilità – di cui la *parziarietà* è espressione, in contrapposto al regime della solidarietà - è rinvenibile in S.U, n. [9148](#) dell' 8 aprile 2008 (Rv. 602479), dettata con riguardo alle obbligazioni assunte dall'amministratore, o comunque, nell'interesse del condominio, nei confronti di terzi (ed

illustrata nella settima sezione); componendo un contrasto e pur dando atto che, di fronte al creditore, il *condominio* si atteggia come una sorta di ente di gestione, le S.U. affermano che, in difetto di un'espressa previsione normativa e trattandosi di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro, e perciò divisibile, la sua assunzione vincola i singoli condomini nei limiti delle attribuzioni del mandato dell'amministratore ed in ragione delle quote, in conformità con il difetto di struttura unitaria del condominio. L'imputazione ai singoli componenti avviene secondo la medesima proporzione posta dalle regole fissate per le obbligazioni ereditarie: il principio appare il frutto di un bilanciamento che consapevolmente riconosce nel creditore del condominio un soggetto che, pur contraendo in modo diretto con il condominio stesso, non è tutelabile sino al punto da poter conseguire l'intero adempimento anche da un solo condomino, cui viene riconosciuta una partecipazione in certo senso 'limitata' alla "flebile" organizzazione comune.

8. Quanto ai rapporti fra *azione della pubblica amministrazione e mercato*, nella relativa ottava sezione si è posto in luce come l'allargamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e l'estensione al versante risarcitorio della tutela accordabile dal giudice amministrativo hanno prodotto la restrizione dell'intervento della giurisdizione ordinaria nei rapporti tra il privato e la P.A. Nei rapporti economici tra privato (soprattutto impresa) ed Amministrazione sono stati approfonditi il *contratto stipulato a seguito della gara pubblica* (traendo le mosse dal punto di evoluzione raggiunto nell'anno 2007 riguardo all'art. 244 del d.lgs. n. 163 del 2006 per la teoria della *struttura bifasica* dell'attività contrattuale della P.A.); ciò in particolare con la sentenza n. 10443 del 2008 (Rv. 602980), che ha permesso una riflessione sull'individuazione del soggetto legittimato a richiedere al giudice la pronuncia sul contratto e sui rapporti con la tutela risarcitoria conseguente alla pronuncia di annullamento degli atti di gara in sede di giurisdizione amministrativa. La seconda questione illustrata riguarda il soggetto esercente attività economica in settori di pubblico interesse e la sua qualificazione come *organismo di diritto pubblico*, per l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nel caso di affidamento di lavori o servizi.

9. Nel processo esecutivo a carico degli enti locali (*pignoramento di somme di denaro presso la tesoreria*), il ruolo del giudice civile ordinario si estrinseca nella disamina delle condizioni in presenza delle quali il debitore pubblico, resistendo all'azione del creditore, può opporre la destinazione dei fondi pubblici a fini di interesse generale.

10. La crescente decisività della leva tributaria, per le sue norme sostanziali ed i meccanismi del processo, nell'allocazione delle risorse economiche e nella conseguente scelta degli strumenti contrattuali ed in genere degli atti d'impresa, ha determinato, nel 2008, la significativa messa a punto delle relazioni tra agevolazioni tributarie (ed in genere misure agevolative del risparmio o dell'esclusione d'imposta) ed *abuso delle forme giuridiche*. In un complesso reticolato implicante costante aggiornamento con la fonte comunitaria e attestante riflessione sulla *tax avoidance* concettualmente focalizzata negli ordinamenti di *common law*, le S.U. - come illustrato nella nona sezione - con la sentenza n. 25374 del 2008 (tratta da un caso di applicazione dell'IVA), hanno chiarito che il frazionamento di un contratto in una pluralità di contratti distinti può essere inteso come un abuso di forme giuridiche, se diretto a ridurre il montante dell'imposta e come tale non opponibile all'Amministrazione finanziaria. Parimenti, in materia di imposte dirette, la sentenza n. 23633 del 2008 (Rv. 604638), ha affermato che la disciplina di favore di cui al T.U.I.R. (art. 123, comma secondo) trova applicazione solo quanto alle operazioni direttamente imputabili all'atto di fusione e non anche ad operazioni eventualmente concorrenti. L'importanza di tale enunciazione, implicante il disconoscimento degli effetti delle operazioni elusive, va riguardata per la non contraddizione che l'enunciato ha esplicitamente conseguito rispetto al principio di legalità e dunque, più in generale, per la non invalidità in sé delle condotte volte a "flettere" gli oneri fiscali. Il divieto di abuso del diritto ha trovato infine la più ampia e puntuale applicazione nella sentenza n. 30057 del 2008, in materia di *dividend stripping*: le Sezioni Unite hanno collocato la descritta regola generale antielusiva nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposta, precisando che una sua (successiva) previsione specifica non preclude al giudice tributario l'utilizzo del principio generale dell'inopponibilità all'Amministrazione per ogni altro profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva.

2. Contratti d'impresa (Marco Rossetti)

2.1 Il contratto di assicurazione.

La costante opera di interpretazione adeguatrice dei principi codicistici in materia è stata finalizzata sia a tenere conto delle mutate quantità e qualità dei rischi ordinariamente dedotti ad oggetto del contratto, in conseguenza della evoluzione tecnologica della nostra società rispetto a

quella del 1942 sia - soprattutto - a valorizzare le finalità *lato sensu* sociali di alcune forme di assicurazione della responsabilità civile [cfr. altresì il cenno nella sesta sezione], in quanto volte non tanto e non solo a tenere indenne il patrimonio dell'autore di un fatto illecito, ma anche e soprattutto a garantire un serio ristoro alla vittima di quest'ultimo. Costituiscono chiara espressione di questa tendenza due provvedimenti suscettibili di incidere significativamente l'uno sull'assicurazione obbligatoria della r.c.a., l'altro sull'assicurazione volontaria della responsabilità civile stipulata dal datore di lavoro.

1.1.Danno non patrimoniale ed assicurazione della r.c.a.

Con il ricorso deciso dalla sentenza 11 novembre 2008 n. 26972 (di contenuto analogo, sul punto che qui rileva, ad altre tre decisioni coeve) la S.C. era stata chiamata a stabilire se fosse corretta o meno la decisione di merito con la quale il giudice aveva liquidato il danno non patrimoniale causato dal reato di lesioni colpose (derivanti, nella specie, da un caso di colpa medica) senza tenere conto del cd. *danno esistenziale*. Quest'ultimo, secondo la prospettazione dei ricorrenti, doveva intendersi come il pregiudizio causato dalla forzata rinuncia ad attività extralavorative, rinuncia a sua volta cagionata dalle lesioni.

La tesi secondo cui esisterebbe e sarebbe risarcibile, nel nostro ordinamento, un danno definibile come esistenziale, accanto ed in aggiunta al danno tradizionalmente definito morale, usualmente inteso come il turbamento transeunte dell'animo causato dal fatto illecito che integri gli estremi di un reato, da molti anni divideva la dottrina e la giurisprudenza, anche della stessa S.C. A questa ricostruzione si era obiettato che la nozione di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ. costituiva una categoria ampia, insuscettibile di ulteriori sottodistinzioni, e che la forzata rinuncia ad attività extralavorative in nulla si distingueva dal pregiudizio usualmente definito morale, in quanto pur sempre causativa di una sofferenza psichica, alla pari di quest'ultimo. Il contrasto, proprio perché concernente il tema della responsabilità aquiliana, produceva effetti poco monitorabili anche sull'enorme contenzioso legato al contenzioso da sinistri stradali. In particolare, nel caso di sinistri produttivi di lesioni personali o morte, la giurisprudenza si era divisa sulle tecniche di accertamento e di liquidazione del danno.

Così, nel caso di lesioni personali, taluni organi giudiziari ritenevano di liquidare il danno biologico e quello morale, altri invece liquidavano tre voci di danno, e cioè quello biologico,

quello morale e quello esistenziale. Analogamente, nel caso di morte della vittima, alcune corti liquidavano ai prossimi congiunti, *iure proprio*, il danno non patrimoniale inteso in modo omnicomprensivo, altre ritenevano all'opposto di dovere liquidare sia il danno morale, sia quello esistenziale; altri giudici, ancora ed infine, statuivano che nell'ipotesi di lesioni con esito letale i congiunti della vittima avessero diritto al ristoro addirittura di altre tre voci di danno: quello morale, quello esistenziale e quello da perdita del rapporto parentale.

Ciascuno dei due soggetti del rapporto obbligatorio diretto scaturente da un sinistro stradale, la vittima e l'assicuratore del responsabile, si trovava pertanto nella impossibilità di prevedere con ragionevole certezza quale sarebbe potuto essere l'esito d'una eventuale lite, il che a sua volta rendeva poco appetibili le transazioni stragiudiziali. La medesima incertezza, a sua volta, costringeva l'assicuratore della r.c.a. ad iscrivere a riserva, per i sinistri denunciati ma non pagati, somme determinate che tenessero conto delle oscillazioni della giurisprudenza, vale a dire anche eccedenti l'importo reale del danno, con conseguente aumento dei costi e, di conseguenza, dei premi.

Il descritto contesto socio-giudiziario, ben prima del suo profilo propriamente interpretativo, è destinato ad essere riscritto per effetto dell'intervento delle Sezioni Unite e di cui alle sentenze sopra ricordate. Con tali decisioni la Corte nel 2008 non si è limitata a prendere posizione sulla tesi del danno esistenziale, ma ha fornito agli interpreti una lettura aggiornata e coerente dell'art. 2059 cod. civ., oltre che una sistemazione generale del problema dei danni non patrimoniali. Tre, in particolare, sono stati i problemi affrontati e risolti dalle S.U.: (a) cosa debba intendersi per "danno non patrimoniale"; (b) quando sia risarcibile il danno non patrimoniale; (c) come debba liquidarsi il danno non patrimoniale.

La Corte ha definito il danno non patrimoniale come <<la lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica>> (§ 2.3.) Si tratta di una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non sono possibili ulteriori sottodistinzioni, se non con valore meramente descrittivo (§ 2.13). Di conseguenza è stato ritenuto scorretto e non conforme al dettato normativo pretendere di distinguere il cd. danno morale soggettivo, inteso quale sofferenza psichica transeunte, dagli altri danni non patrimoniali: la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, e non un pregiudizio a sé stante (§ 2.19). Né ha senso definire il danno morale come un pregiudizio non patrimoniale diverso dagli altri perché

transeunte, poiché la natura transitoria del pregiudizio può incidere eventualmente sulla liquidazione del danno, ma non sulla sua natura o risarcibilità (§ 2.10). Allo stesso modo, anche il danno definito biologico non è che un danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. (§ 2.7).

Da questo principio è stato tratto il corollario che non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità d'un danno definito esistenziale, inteso quale la *perdita del fare areddituale della persona*. Una simile perdita, ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, costituisce né più né meno che un ordinario danno non patrimoniale, di per sé risarcibile ex art. 2059 cod. civ., e che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato (§§ 3.4 e 3.5). Quando, poi, un pregiudizio del tipo definito in dottrina 'esistenziale' sia causato da condotte che non siano lesive di specifici diritti della persona costituzionalmente garantiti, esso sarà irrisarcibile, giusta la limitazione di cui all'art. 2059 cod.civ.

Da ciò le S.U. hanno tratto spunto per negare la risarcibilità dei danni non patrimoniali cd. *bagatellari*, ossia quelli futili od irrisori, ovvero causati da condotte prive del requisito della gravità, ed hanno al riguardo avvertito che la liquidazione, specie nei giudizi decisi dal giudice di pace secondo equità, di danni non patrimoniali non gravi o causati da offese non serie, è censurabile in sede di gravame per violazione di un principio informatore della materia (§§ 3.11 e 3.12).

Hanno affermato le S.U. che il danno non patrimoniale ha struttura identica a quella del danno patrimoniale: l'uno come l'altro sarà risarcibile solo ove sussista una condotta, un nesso causale tra questa e la lesione di una situazione giuridica protetta dall'ordinamento, un danno conseguente a tale lesione. Tuttavia mentre il *danno patrimoniale è atipico*, perché risarcibile quale che sia la condotta illecita che l'abbia provocato, il *danno non patrimoniale è tipico*, perché risarcibile solo "nei casi previsti dalla legge", secondo la previsione di cui all'art. 2059 cod.civ. che, sotto tale aspetto, costituisce una norma in bianco o di rinvio (§ 2.4).

I "casi previsti dalla legge", nei quali è risarcibile il danno non patrimoniale, possono essere divisi in tre gruppi.

Il primo gruppo è quello dei danni non patrimoniali causati da un fatto oggettivamente integrante gli estremi di un reato. In tal caso il danno non patrimoniale sarà sempre risarcibile, ex artt. 2059 cod.civ. e 185 cod.pen., anche se esso si sia sostanziato nella lesione di interessi della persona che non abbiano rilievo costituzionale (§ 2.10).

Il secondo gruppo è quello dei danni non patrimoniali che, pur non derivando da reato, siano comunque risarcibili per effetto di una espressa previsione di legge. Tali ipotesi, esemplificativamente, sono: (a) l'uso di espressioni offensive negli scritti difensivi durante un procedimento civile (art. 89 cod. proc. civ.); (b) l'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali (art. 15, comma 2, d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196); (c) l'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, comma 7, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286); (d) la violazione dell'altrui diritto su un marchio industriale (art. 125 d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, nel testo modificato dall'art. 17, comma 1, d. lgs. 16.3.2006 n. 140); (e) la violazione dell'altrui diritto d'autore (art. 158, comma 3, l. 22 aprile 1941 n. 633 (nel testo modificato dall'art. 5, comma 1, d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140). Ricorrendo tali ipotesi, saranno risarcibili - anche in assenza di reato - non tutti i danni non patrimoniali comunque lamentati dalla vittima, ma solo quelli derivanti dalla lesione degli interessi che il legislatore ha inteso proteggere attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (§ 2.11).

Il terzo gruppo di ipotesi in cui il danno non patrimoniale è risarcibile è costituito dai casi in cui il fatto illecito ha leso un diritto inviolabile della persona, come tale tutelato dalla Costituzione (§ 2.12). Perché possa ricorrere sono tuttavia necessarie tre condizioni:

(A) prima condizione è che non il danno in sé, ma la condotta illecita sia stata lesiva di un interesse costituzionalmente garantito, e sia da considerare perciò ingiusta. Detto altrimenti, *la rilevanza costituzionale deve riguardare l'interesse leso, e non il pregiudizio consequenzialmente sofferto* (§ 3.5). Diversamente, infatti, si perverrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 cod.civ., in quanto qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale (e cioè di toccare interessi della persona) sarebbe sempre risarcibile; (B) La seconda condizione è *che la lesione dell'interesse sia grave*. Anche quando la condotta illecita abbia leso interessi della persona di rilievo costituzionale, è dunque necessario che tale offesa superi una soglia minima di tollerabilità, altrimenti il danno non patrimoniale sarà irrisarcibile (§ 3.11). (C) La terza condizione è che *il danno non sia futile*, come accade allorché il pregiudizio sia consistito in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti definiti dalla Corte <<del tutto immaginari>>, come quello alla qualità della vita od alla felicità (§ 3.9).

Gravità della lesione e serietà del danno debbono in definitiva costituire il filtro attraverso il quale attuare il bilanciamento, da parte del giudice, tra il diritto della vittima ad essere risarcita ed il dovere di ciascuno di tollerare le intrusioni nella propria sfera personale che non superino la soglia di accettabilità (§ 3.11).

Le tre ipotesi in cui il danno non patrimoniale è risarcibile (fatti-reato, ipotesi previste dalla legge, lesione di interessi costituzionalmente garantite) possono trarre origine sia da un fatto illecito, sia da un inadempimento contrattuale. La circostanza che il danno non patrimoniale sia derivato dall'inadempimento di una obbligazione non ne impedisce la risarcibilità, senza bisogno di ricorrere allo <<artificio>> del cumulo dell'azione contrattuale con quella aquiliana (§ 4.1).

Ovviamente, quando il danno non patrimoniale scaturisca da un inadempimento contrattuale, troveranno applicazione tutte le norme sulla responsabilità negoziale, e quindi in primo luogo l'art. 1218 cod. civ. sull'inversione dell'onere della prova della colpa e l'art. 1225 cod. civ. sulla limitazione dei danni risarcibili (§ 4.7).

Per quanto attiene alla liquidazione del danno, le S.U. hanno ricordato che il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni. Risarcimento integrale vuol dire che il giudice avrà l'obbligo di scandagliare - ovviamente *iuxta alligata et probata* - tutte le ripercussioni che l'illecito ha avuto sulla persona lesa, nessuna esclusa. Nella liquidazione dovranno dunque evitarsi le ripetizioni, e cioè liquidare due volte il medesimo pregiudizio sotto differenti etichette. Secondo le S.U. è perciò ormai da ritenersi sbagliata la prassi interpretativa - invero invalsa nella giurisprudenza di merito - di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; come pure quella di liquidare nel caso di morte di un familiare sia il danno morale, sia quello da perdita del rapporto parentale: gli uni e gli altri, per quanto detto, costituiscono infatti pregiudizi del medesimo tipo (§ 4.9).

Allo stesso modo non possono formare oggetto di liquidazioni a sé stanti, in quanto componenti dell'unico danno non patrimoniale, il pregiudizio estetico, quello alla vita di relazione, quello al fare reddituale, derivanti da una lesione della salute.

1.2. Assicurazione della responsabilità civile non obbligatoria ed azione diretta della vittima nei confronti dell'assicuratore del responsabile.

L'assicurazione della responsabilità civile è ritenuta per lo più - nella sua manifestazione tipica - un contratto a favore proprio, non un contratto a favore del terzo: per effetto della stipulazione, non sorge alcun rapporto giuridico diretto ed immediato tra il danneggiato e l'assicuratore. L'obbligazione dell'assicuratore di pagare l'indennizzo è infatti distinta ed autonoma rispetto all'obbligazione di risarcimento cui l'assicurato è tenuto nei confronti del danneggiato, il quale non è parte né formale, né sostanziale del contratto (in tal senso, Cass. 26.3.1996, n. 2678, la

quale ha escluso che il condomino, danneggiato dalla condotta del condominio, possa agire nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile del condominio stesso; nello stesso senso Cass. 27.7.1993, n. 8382; Cass. 17.7.1993, n. 7971; Cass. 13.10.1976, n. 3425; Cass. 25.2.1969, n. 618; Cass. 17.7.1967, n. 1814). Pertanto, in assenza di una norma *ad hoc* (come ad esempio l'art. 144 cod. ass.), la vittima di un fatto illecito non ha azione nei confronti dell'assicuratore del responsabile.

Della legittimità costituzionale di questo assetto normativo ha dubitato la Sezione Lavoro della Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 11921 del 13 maggio 2008 (Rv. 603207). La vicenda aveva ad oggetto l'ipotesi di un lavoratore rimasto tetraplegico in conseguenza di un infortunio sul lavoro. L'indennizzo ottenuto dall'assicuratore sociale non aveva coperto l'intero danno patito dal lavoratore, il quale di conseguenza aveva domandato al datore di lavoro il ristoro del cd. danno differenziale, ovvero l'eccedenza del pregiudizio concretamente patito rispetto a quello oggetto di copertura assicurativa da parte dell'Inail. Il datore di lavoro a sua volta chiedeva di essere tenuto indenne dal proprio assicuratore della responsabilità civile, ma veniva dichiarato fallito nelle more del giudizio. In conseguenza del fallimento del datore di lavoro, e cioè dell'assicurato, il suo assicuratore della r.c. ha perso la facoltà, concessagli dall'art. 1917, comma 2, cod. civ., di pagare l'indennizzo direttamente nelle mani del terzo danneggiato: il credito dell'assicurato per il pagamento di indennizzi assicurativi non sfugge infatti, secondo la Corte, alla regola della concorsualità, e come tutti gli altri crediti del fallito deve essere acquisito all'attivo della massa fallimentare, per soddisfare in via concorsuale tutti i creditori. Proprio questa inevitabile conclusione, tuttavia, porrebbe l'art. 1917, comma 2, cod. civ., in contrasto sia con gli artt. 3 e 35, sia con gli artt. 24 e 111 Cost., <<*nella parte in cui non prevede azione diretta del lavoratore per il risarcimento del danno conseguente ad infortunio sul lavoro nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro*>>.

Un primo profilo di sospetta illegittimità costituzionale è ravvisato dalla Corte nella disparità di trattamento tra il lavoratore infortunato, il quale nel caso di fallimento del datore di lavoro non ha azione diretta nei confronti dell'assicuratore di quest'ultimo, rispetto alla condizione di altri lavoratori, e cioè: (a) i dipendenti dell'appaltatore, ai quali è concessa azione diretta, ex art. 1676 cod. civ., sul debito del committente nei confronti dell'appaltatore. In tal caso, secondo consolidata giurisprudenza, <<*l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta l'improcedibilità dell'azione precedentemente esperita dai*

dependenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 1676 c.c., per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore - datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde proprio all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore e che, d'altra parte, si tratta di un'azione "diretta", incidente, in quanto tale, direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocumento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore, che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l'esecuzione dell'opera appaltata>>;

(b) i lavoratori di cui agli artt. 23, comma 3, per il contratto di somministrazione di manodopera, e 29, comma 2, per il contratto di appalto, d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Tali norme, nel prevedere la responsabilità solidale rispettivamente dell'utilizzatore e del committente, consentono l'azione diretta del lavoratore nei confronti del debitore del suo datore di lavoro, ed anche in questo caso la sottrazione del credito del lavoratore alla *par condicio creditorum* del fallimento dell'utilizzatore o del committente;

(c) i lavoratori vittime di infortuni *in itinere*, ai quali è concessa l'azione diretta ex art. 144 cod. ass. nei confronti dell'assicuratore del responsabile, ed anche in tal caso le somme dovute dall'assicuratore al danneggiato sono sottratte alla *par condicio creditorum* del danneggiante dichiarato fallito.

Oltre che sul piano della disparità di trattamento, l'art. 1917, secondo comma, cod. civ. è stato ritenuto dalla Corte viziato anche sul piano della ragionevolezza, nella parte in cui *<< rimette il risarcimento del danno differenziale subito dal lavoratore al libito dell'assicuratore o del danneggiante, e non prevede invece azione diretta del lavoratore danneggiato nei confronti dell'assicuratore>>*. Infatti, essendo l'assicuratore del responsabile obbligato al pagamento diretto nei confronti del danneggiato solo se il danneggiante lo richieda, il suo debito nei confronti del danneggiato stesso sarà o no sottratto al concorso degli altri creditori, nel caso di fallimento dell'assicurato, a seconda che questi abbia o meno formulato - a suo insindacabile giudizio - tale richiesta al proprio assicuratore.

2.2 Il contratto di “pacchetto turistico”

Si tratta di contratto di massa (*contratto di pacchetto turistico tutto compreso*), per la sua diffusione sia orizzontale (e cioè in termini di quantità di stipulazioni), sia verticale (ovvero avuto riguardo alla qualità soggettiva dei viaggiatori, non più provenienti soltanto da fasce

benestanti). Alla sua estensione ha fatto seguito una esponenziale crescita del contenzioso giudiziario, spesso scaturente più che dalla scarsa qualità dei servizi offerta dal *tour operator* o dai suoi incaricati, soprattutto dalla impossibilità di godere appieno della vacanza per motivi talora indipendenti dalla volontà dell'organizzatore: epidemie di malattie contagiose, invasioni di zanzare od altri animali molesti, inquinamento del mare dovuto all'azione colposa di terzi. In passato il ricorrere di circostanze di questo tipo aveva indotto taluni giudici di merito a negare tutela risarcitoria al viaggiatore, sul presupposto che l'impossibilità di godere la vacanza in conseguenza del fatto di un terzo integra gli estremi del caso fortuito, e di conseguenza esonera da responsabilità l'organizzatore del viaggio. Negli ultimi anni, tuttavia, la S.C. ha progressivamente esteso l'area della responsabilità del *tour operator*, muovendo dal presupposto che la finalità turistica connota la causa concreta del contratto di viaggio tutto compreso. Lo scopo di piacere non resta dunque un mero motivo interno alla psiche del viaggiatore, come tale giuridicamente irrilevante, ma incide sull'elemento causale: con la conseguenza che l'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del consumatore per causa a lui non imputabile, pur se non specificamente prevista, è da considerarsi causa di estinzione dell'obbligazione, autonoma e distinta dall'impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1463 o 1464 cod. civ.). In applicazione di tale principio, già in passato la S.C. aveva ritenuto legittima la pronunzia di scioglimento per impossibilità sopravvenuta del contratto di pacchetto turistico avente ad oggetto una vacanza, alla quale i viaggiatori avevano rinunciato per essere in atto sull'isola un'epidemia di *dengue* emorragico (Cass. 24.7.2007, n. 16315, Rv. 598453).

Questo orientamento è stato confermato ed ulteriormente sviluppato dalla sentenza n. 10651 del 2008, Rv. 603238, chiamata ad occuparsi di un caso in cui due viaggiatori, dopo avere acquistato un soggiorno tutto compreso all'estero, non poterono godere appieno della vacanza a causa dell'inquinamento del mare, causato dallo sversamento di una petroliera al largo delle coste tunisine, che rendeva impossibile la balneazione. Anche in questo caso i viaggiatori avevano domandato il risarcimento del danno al *tour operator*, il quale si era difeso sostenendo che il nocumento patito dai viaggiatori era dipeso dal fatto di un terzo, ed integrava perciò gli estremi del caso fortuito. La S.C., confermando la decisione di merito, ha invece ritenuto che l'organizzatore del viaggio fosse comunque responsabile, sul duplice presupposto che:

(a) lo "scopo di piacere" è parte integrante della causa del contratto di viaggio "tutto compreso", sicché se viene meno quello, viene meno l'elemento causale del contratto; (b) in tale evenienza,

il *tour operator* ha l'obbligo di offrire ai viaggiatori soluzioni alternative, al fine di salvaguardare il suddetto scopo di piacere.

Afferma, a tal riguardo, la sentenza 10651 del 2008, che <<lo "scopo di piacere" non è un motivo irrilevante ma si sostanzia nell'interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente fine del godimento della vacanza per come essa viene proposta dall'organizzatore del viaggio (c.d. *tour operator*) e accettata dall'utente [...] Si è parlato, nella letteratura, di commercializzazione in sé della vacanza, esprimendo, in tal modo, il rilievo causale che assume il bene immateriale della vacanza definita dall'insieme degli elementi che consentono all'utente di godere di un periodo di riposo e di svago orientato su una precisa formula proposta dall'organizzatore del viaggio>>.

Alla luce di tale criterio, la S.C. ha fornito una interpretazione estensiva ed adeguatrice dell'art. 91 del codice del consumo (d. lgs. 206 del 2005), il quale stabilisce che nell'ipotesi in cui, dopo la partenza, una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto non possa essere fornita, l'organizzatore ha l'obbligo di predisporre adeguate soluzioni alternative per la prosecuzione del viaggio programmato, non comportanti oneri di qualsiasi tipo a carico del consumatore oppure rimborsa quest'ultimo nei limiti della differenza tra le prestazioni originariamente previste e quelle effettuate. Il lemma "servizi" che compare in tale previsione, ad avviso della S.C., deve essere interpretato in modo molto ampio: infatti, sebbene la fruizione del mare e della spiaggia non possa essere considerata in senso stretto un "servizio" turistico, tuttavia essa costituisce il presupposto di utilità del pacchetto turistico, alla luce del principio già esaminato secondo cui lo "scopo di piacere" incide sulla causa del contratto.

Da ciò deriva che è eccessivamente restrittiva una lettura dell'espressione "servizi" come prestazioni direttamente dipendente dall'attività e dalla struttura imprenditoriale dell'organizzatore del viaggio. Invero <<se si considera l'ipotesi di un viaggio organizzato, è evidente ritenere che il venir meno di una linea di trasporto pubblico che avrebbe dovuto consentire di raggiungere una certa località costituirà, oggettivamente, il venir meno di un servizio essenziale per il programmato svolgimento del viaggio cui l'organizzatore dovrà comunque supplire, ad esempio, con il ricorso a mezzi di trasporto propri o privati>>. Di conseguenza l'art. 91 d. lgs. 206/05 deve trovare applicazione <<anche quando a venir meno non sono i servizi riconducibili all'attività del *tour operator*, ma piuttosto i presupposti estrinseci della vacanza che rendono rilevanti e utili i servizi offerti dal *tour operator*. Il metro

di valutazione per l'applicazione della norma deve essere quindi quello dell'utente dei servizi che ha diritto a fruire attraverso di essi a quelle utilità tipiche del soggiorno, della vacanza o del viaggio che il tour operator ha posto sul mercato. In queste utilità rientrano ad esempio le possibilità di accesso alle attrattive ambientali, artistiche o storiche che sono alla base della scelta da parte del turista di acquistare quello specifico pacchetto turistico sicché la impossibilità di accedere ad esse costituisce il venir meno di un presupposto essenziale di utilizzazione del servizio che l'organizzazione e la struttura ricettiva dell'organizzatore del viaggio mettono a disposizione del consumatore>>.

2.3 I contratti di intermediazione finanziaria

Le turbolenze dei mercati finanziari, verificatesi con cadenza ricorrente negli ultimi due lustri, e sfociate nella attuale gravissima crisi, hanno determinato una sensibile lievitazione del contenzioso tra risparmiatori ed intermediari finanziari, aventi ad oggetto l'accertamento della responsabilità di questi ultimi nel caso di induzione del risparmiatore all'acquisto di strumenti rivelatisi rovinosi. Chiamata a dirimere tale contenzioso, la Corte ha dettato varie regole che hanno chiarito e dato esauritiva attuazione ai precetti contenuti nel testo unico sull'intermediazione finanziaria (d. lgs. 58 del 1998), e sui regolamenti Consob che vi hanno dato attuazione. In tale opera interpretativa la S.C. ha confermato, tra l'altro, che i principi fondamentali cui l'intermediario deve conformare la propria attività sono due: il dovere di informazione del cliente e quello di adeguatezza (cd. *suitability rule*).

Il dovere di informazione, sancito dall'art. 21, comma 1, lettera (b) d. lgs. 58/98, cui ha dato attuazione in origine l'art. 28 Reg. Consob 11522/98 (oggi abrogato e rifluito negli artt. 85 e s. Delib. Consob 16190/2007) è stato inteso dalla S.C. in senso assai ampio, e la violazione di esso già in passato era stata ritenuta fonte di responsabilità precontrattuale, se avvenuta prima della stipula, ovvero causa di risoluzione, se avvenuta dopo la stipula e con riferimento all'attuazione dei singoli ordini impartiti dal cliente nell'ambito del cd. contratto quadro (S.U., 19.12.2007, n. 26724). Accanto al dovere di informazione, gli intermediari finanziari hanno altresì l'obbligo di fornire prestazioni adeguate rispetto alle specifiche esigenze dei singoli (art. 21 d. lgs. 58/98). In virtù del dovere di adeguatezza, l'intermediario deve attivarsi, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, affinché la controparte si determini ad "acquistare" solo il prodotto finanziario di cui ha bisogno, e non altri (la ricordata *suitability rule*).

In materia di acquisto di strumenti finanziari, pertanto, deve ritenersi definitivamente superato quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'imprenditore non avrebbe alcun obbligo, ai sensi dell'art. 1375 cod. civ., di informare il cliente su quale sia la più efficace forma contrattuale adeguata alle sue esigenze (così Cass. 8.4.2002, n. 5024, in base al rilievo secondo cui il principio di buona fede, ex art. 1375 cod. civ., può valere ad integrare specifiche previsioni contrattuali, ma non può determinare un ampliamento o una restrizione degli obblighi scaturenti dal contratto, ovvero inserire nel contratto obblighi ad esso estranei perché diversi da quelli che ne caratterizzano la causa).

A questo orientamento della S.C. ha dato continuità l'importante decisione n. 17340 del 25 giugno 2008, Rv. 604058. Il caso riguardava la vicenda di due risparmiatori i quali, recatisi presso la propria banca con l'intendimento di acquistare prodotti finanziari di un certo tipo, si videro suggerire dai funzionari dell'istituto di credito l'acquisto di un diverso strumento finanziario, che a loro dire avrebbe garantito rendimenti elevati senza alcun rischio. Indotti così a sottoscrivere questa diversa forma di investimento, i due risparmiatori scoprirono qualche tempo dopo che, sulla base del contratto da essi sottoscritto senza ricevere alcuna informazione, l'istituto di credito aveva acquistato titoli emessi da uno Stato sudamericano, rivelatisi rovinosi per essi, che di conseguenza avevano domandato alla banca il risarcimento del danno per inadempimento, causato dal venir meno al dovere di informazione ed adeguatezza.

La S.C., cassando la decisione di merito che aveva rigettato la domanda, ha innanzitutto premesso che il dovere di informazione gravante sull'intermediario è assoggettato ad una disciplina diversa e più intensa rispetto a quella discendente dall'applicazione delle regole di correttezza previste dal codice civile ed *<<impone all'operatore il dovere sia di farsi parte attiva nella richiesta all'investitore di notizie circa la sua esperienza e la sua situazione finanziaria, gli obiettivi di investimento e la propensione al rischio, sia di informare adeguatamente il cliente, al fine di porre il risparmiatore nella condizione di effettuare consapevoli e ragionate scelte di investimento o disinvestimento>>*.

Questo duplice riferimento sia alle informazioni adeguate e necessarie, sia alla sussistenza di un obbligo diretto nei confronti del cliente *<<inducono a ritenere che le informazioni debbano essere modellate alla luce della particolarità del rapporto con l'investitore, in modo da soddisfare le specifiche esigenze proprie di quel singolo rapporto>>*. Oltre che per avere ribadito il dovere di informazione ed adeguatezza gravante sull'intermediario, la sentenza si distingue per avere affrontato un ulteriore delicato tema connesso all'accertamento della

responsabilità dell'intermediario finanziario: quello della prova di avere adempiuto i propri obblighi informativi nei confronti del cliente.

Tale prova, ha ritenuto la S.C., non può ritenersi fornita per il solo fatto che al cliente sia stato fatto sottoscrivere un avvertimento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari. La sottoscrizione di tale documento, infatti, per un verso è inidonea a documentare quali concrete avvertenze e specifiche indicazioni sul tipo di rischio sotteso all'operazione siano state date agli investitori, e nulla consente di stabilire circa l'adeguatezza dell'informazione fornita dall'intermediario, se cioè essa sia stata tale da soddisfare le esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria dei clienti; né, soprattutto, indica se, a fronte di un'operazione ritenuta dalla stessa Banca non adeguata, questa abbia osservato la norma che consente di darvi corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Né - prosegue la sentenza - l'obbligo di informazione ed adeguatezza gravante sulla banca può ritenersi attenuato per il solo fatto che questa abbia dato corso ad ordini di acquisto impartiti dal cliente. Infatti le disposizioni concernenti le informazioni e le operazioni non adeguate trovano applicazione anche là dove il servizio prestato dall'intermediario consista nell'esecuzione degli ordini dell'investitore. Secondo questo principio *<<la regola in base alla quale in presenza di un'operazione non adeguata l'intermediario deve astenersi dal dare esecuzione all'operazione se prima non abbia avvertito l'investitore e ottenuto dal medesimo l'espressa autorizzazione ad agire ugualmente sulla base di un ordine contenente l'esplicito riferimento alle informazioni ricevute, trova applicazione con riferimento a tutti i servizi di investimento prestati nei confronti di qualsiasi investitore che non sia un operatore qualificato, e sia con riguardo ai servizi di investimento nei quali sia ravvisabile una discrezionalità dell'intermediario, come ad esempio nel caso di contratti di gestione di portafogli di investimento, sia là dove l'operazione avvenga su istruzione del cliente, come, appunto, quando venga prestato il servizio di negoziazione o di ricezione e di trasmissione di ordini. Tale interpretazione pare preferibile sia in ragione della natura e delle finalità sottostanti ai doveri di informazione imposti agli intermediari nei servizi di investimento [servizi nel cui ambito rientra, accanto alla gestione di portafogli, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti (...)], sia in considerazione del tenore letterale della (...) normativa regolamentare proveniente dalla CONSOB, la quale, per un verso, richiede che siano fornite informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione non solo prima di consigliare operazioni o di prestare il servizio di gestione, ma anche di effettuare operazioni con o per*

conto dell'investitore, e, per l'altro verso, fa esplicito riferimento al caso in cui l'intermediario abbia ricevuto dall'investitore una disposizione per effettuare una operazione non adeguata>>.

A corollario di tali osservazioni, la S.C. ha infine ritenuto irrilevante che prima dell'acquisto rivelatosi rovinoso il cliente avesse acquistato altri titoli a rischio, in quanto <<*il dovere di fornire informazioni appropriate e l'obbligo di astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensioni, se non sulla base di un ordine impartito dall'investitore per iscritto contenente l'esplicito riferimento alle avvertenze ricevute, sussiste in tutti i rapporti con operatori non qualificati, e tale è anche chi [...] abbia in precedenza occasionalmente investito in titoli a rischio.>>*

3. Il (maggior) danno da svalutazione monetaria (Antonietta Scrima)

3.1 Il contrasto di giurisprudenza in ordine alla prova del danno da svalutazione monetaria nelle obbligazioni pecuniarie e l'ordinanza interlocutoria della sezione lavoro n. 2990 del 12 febbraio 2007

Con la sentenza n. 19499 del 16 luglio 2008 (Rv. 604419) le S.U. hanno risolto il contrasto di giurisprudenza in ordine alla sufficienza della qualità di imprenditore, in capo al creditore, ai fini della presumibilità di impieghi antinflattivi della somma non versata tempestivamente dal debitore. Nonostante i numerosi arresti delle S.U., la giurisprudenza di legittimità al riguardo non si era espressa univocamente, così come variegata sono le opinioni manifestate nel tempo dalla dottrina dagli anni '70 e, soprattutto, dagli anni '80 in poi, opinioni delle quali è menzione anche nell'ordinanza interlocutoria della sezione lavoro n. 2990 del 12 febbraio 2007 di rimessione degli atti al Primo Presidente, richiamata espressamente. In tale ordinanza si rileva, infatti, che sulla questione relativa alla prova che, nelle obbligazioni pecuniarie, deve fornire il creditore appartenente alla categoria degli imprenditori per il riconoscimento del maggior danno da svalutazione monetaria, rispetto a quello già coperto dagli interessi legali e, in particolare, sull'applicazione dei principi enunciati nella sentenza delle S.U. del 4 luglio 1979 n. 3776 (Rv. 400219), si sono formati diversi orientamenti giurisprudenziali, riducibili sostanzialmente a due. Secondo un primo indirizzo, è sufficiente che il creditore imprenditore deduca tale sua qualità per ritenere provato, in base alla presunzione ad essa collegata, il maggior danno di cui all'art. 1224 cod. civ.; secondo l'altro, invece, il ricorso al notorio ed a presunzioni non può

prescindere dall'assolvimento, da parte del creditore, e pur se appartenente alla categoria degli imprenditori, di un onere quantomeno di allegazione, al fine di consentire al giudice di verificare se, tenuto conto delle qualità personali e dell'attività in concreto esercitata, il danno lamentato possa essersi verosimilmente prodotto. Si afferma, altresì, nella predetta ordinanza, che fondamento di tale secondo orientamento é che gli automatismi risarcitori, per il maggior danno in parola, sono previsti dal diritto positivo qualora sussista non solo l'elemento soggettivo (qualità del creditore) ma anche quello oggettivo (qualità del credito), e che spunti a sostegno di tale ricostruzione sarebbero rinvenibili nelle argomentazioni di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 459 del 2000 e nelle disposizioni del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, recante "attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi dei pagamenti nella transazioni commerciali".

3.2 Il superamento della suddivisione dei creditori in categorie economiche-sociali (c.d. criteri personalizzati di normalità) nella sentenza delle S.U. n. 19499 del 16 luglio 2008

Le S.U. hanno ritenuto però che la predetta decisione della Corte Costituzionale e la normativa del 2002 richiamata nell'ordinanza interlocutoria non offrano elementi a sostegno dell'orientamento da ultimo riportato, precisando che con la ricordata pronuncia la Consulta ha, anzi, offerto spunti per un'interpretazione dell'art. 1224 cod. civ. in senso opposto a quello delle S.U. n. 3776 del 1979, in ordine alla prova del danno da svalutazione monetaria. E così si ricorda in particolare che <<nella seconda metà degli anni 80>> - quando la giurisprudenza aveva dato spazio ai cosiddetti criteri personalizzati di normalità [v. in particolare pure Cass. S.U. 5 aprile 1986 n. 2368 (Rv. 445493)] - il tema <<risultò governato dalle seguenti regole: a) il creditore imprenditore era gravato da un particolare onere probatorio solo in caso di richiesta di un maggior danno corrispondente ai risultati utili della sua impresa (lucro cessante), mentre poteva avvalersi di una presunzione di tipo quasi oggettivo, fondata su criteri personalizzati di normalità, in ordine al maggior danno ancorato allo scarto tra il tasso degli interessi legali ed il prime rate (danno emergente), essendo comunque tenuto a dimostrare di trovarsi in condizioni atte a presumere, secondo la normale gestione dell'impresa, il ricorso al mercato del credito; b) il semplice consumatore poteva pretendere un maggior danno corrispondente alle differenze tra indici Istat e tasso legale di interesse, nel periodo della mora, indipendentemente da ogni specifica prova di impiego; c) per il creditore occasionale si aveva

senz'altro riguardo al tasso medio sui depositi bancari; d) il risparmiatore abituale era invece tenuto a provare come normalmente investiva il denaro ed a quale tasso>>.

Le S.U. non hanno però mancato di rilevare che la dottrina aveva criticamente obiettato che soltanto l'imprenditore e il consumatore erano <<astrattamente suscettibili di essere inseriti in una categoria determinata, mentre apparivano difficilmente etichettabili i creditori occasionali ed i risparmiatori abituali>> e tanto perché spesso il creditore non è in grado di stabilire, *ex post*, come avrebbe impiegato il denaro che gli era dovuto ma che non aveva tempestivamente avuto, in tal modo dandosi luogo ad una serie di complicazioni processuali destinate ad offrire risultati di scarsa attendibilità.

Successivamente risultò prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di ritardato pagamento di un debito pecuniario ad un imprenditore commerciale, ai fini del riconoscimento del maggior danno ragguagliato alla svalutazione monetaria, non è necessario che tale soggetto dia la prova concreta di un danno causalmente ricollegabile all'indisponibilità dell'importo, ben potendosi dedurre, in base all'*id quod plerumque accidit*, che, in caso di tempestivo adempimento, la somma dovuta sarebbe stata reimpiegata in modo da essere sottratta agli effetti della svalutazione.

Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario, invece, <<*il pur legittimo ricorso al notorio ed alle presunzioni da parte del giudice non può prescindere dall'assolvimento da parte del creditore, quantunque imprenditore commerciale, di un onere quantomeno di allegazione che consenta al giudice di merito di verificare se il particolare danno allegato (anche da svalutazione) possa essersi verosimilmente prodotto*>>.

Le S.U. hanno pure ricordato che le numerose sentenze che hanno affrontato la questione in parola negli anni 2000 hanno prevalentemente ritenuto che è sufficiente che sia pacifica la qualità di imprenditore del creditore per poter riconoscere il richiesto maggior danno da svalutazione monetaria, pur non mancando negli stessi anni pronunce che hanno, invece, ritenuto sussistente la necessità di allegazioni specifiche, nell'ambito della categoria di appartenenza, ed hanno conclusivamente posto in evidenza che allo stato sono tre le principali tesi affermatesi in materia: <<1) *quella secondo la quale nei debiti di valuta, quale che sia la categoria cui appartiene il creditore, il maggior danno da svalutazione monetaria rispetto a quello che non sia già assorbito dagli interessi legali moratori, va riconosciuto in via generalizzata e presunta, fermo l'onere del creditore che assuma di aver subito un danno ancora maggiore di provare che avrebbe fatto un uso del denaro tale da garantirgli un rendimento superiore al tasso di inflazione (lucro cessante), ovvero che a causa*

dell'inadempimento ha dovuto procurarsi denaro a tassi più onerosi (danno emergente); e salva la facoltà del debitore di offrire comunque la prova contraria; 2) quella secondo la quale il maggior danno da svalutazione va correlato alla sola categoria creditoria cui il creditore appartiene in relazione alla più probabile forma di impiego del denaro; 3) quella secondo la quale l'appartenenza ad una categoria creditoria non é comunque sufficiente a giustificare il riconoscimento del maggior danno correlabile alle forme di impiego tipiche della categoria nella quale il creditore è iscrivibile (soprattutto se imprenditore), essendo egli comunque gravato da uno specifico onere quantomeno di allegazione in ordine al verosimile impiego che avrebbe fatto della somma dovutagli, che consenta al giudice di verificare se, tenuto conto di dette qualità personali e professionali, il danno denunziato possa essersi effettivamente prodotto>>.

Ma - osservano i supremi giudici - nessuno dei tre orientamenti ricordati é del tutto conforme ai principi enunciati dalle S.U. nel 1986 allo scopo di semplificare, con il ricorso a presunzioni di tipo generalizzato in relazione alla categoria di appartenenza del creditore, le modalità della prova del maggior danno da svalutazione. A tanto - rilevano le S.U. - deve aggiungersi che, a parte la categoria dell'imprenditore, in relazione alla quale si adottano soluzioni diverse, l'inquadramento del creditore in una delle altre categorie indicate dalla giurisprudenza si é rivelata di difficile praticabilità, mancando parametri di riferimento sufficientemente univoci per definire i caratteri propri di ogni categoria; inoltre, la stessa categoria degli imprenditori - per cui, invece, sussistono i parametri per una qualificazione - non offre criteri di maggiore attendibilità delle possibili inferenze induttive, e che, comunque, <<i>bisogni ed i desideri che il denaro vale a soddisfare sono d'altronde troppi e troppo intimamente connessi anche al modo d'essere di ognuno, nonché agli eventi di cui ciascuno é nella vita protagonista, spettatore o vittima, perché l'uno o l'altro creditore sia suscettibile di essere qualificato come consumatore, o risparmiatore, o creditore occasionale, essendo vero invece che ognuno é o può essere l'una o l'altra cosa, o l'altra ancora, o tutte insieme in relazione a ciascuna frazione dell'importo ed a seconda delle contingenze economiche generali e personali del momento, dell'entità del credito, dei propri progetti e così via>>. Peraltro ormai <<le prorompenti esigenze di semplificazione dell'istruzione probatoria impongono, a distanza di circa un quarto di secolo, soluzioni più snelle, anche alla luce dei dati costituiti dall'incessante aumento del contenzioso civile, dall'allungamento dei tempi medi di definizione del processo e dal nuovo principio della sua ragionevole durata>> di cui al secondo comma dell'art. 111 Cost.

Le S.U. hanno quindi ritenuto di superare <<la suddivisione dei creditori in categorie, a ciascuna delle quali si attribuisce la presunzione di una personalizzata modalità di impiego del denaro, restando invece l'ambito della possibile personalizzazione affidato, esso solo, alla prova>> ed hanno affermato che, in caso di ritardato adempimento di una obbligazione di valuta, il maggior danno di cui all'art. 1224, secondo comma, cod. civ. può ritenersi esistente in via presuntiva in tutti i casi in cui, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi sia stato superiore al saggio degli interessi legali. Ricorrendo tale ipotesi il risarcimento del maggior danno spetta a qualunque creditore, qualunque sia la qualità soggettiva o l'attività svolta dallo stesso (imprenditore, pensionato, impiegato, ecc.), fermo restando che se il creditore domanda, a titolo di risarcimento del maggior danno, una somma superiore a quella risultante dal suddetto saggio di rendimento dei titoli di Stato, avrà l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare di tale pregiudizio, anche per via presuntiva; in particolare, qualora il creditore abbia la qualità di imprenditore, avrà l'onere di dimostrare o di avere fatto ricorso al credito bancario, sostenendone i relativi interessi passivi, o – con la produzione del bilancio contenente il conto economico ovvero di altre scritture contabili - quale fosse la produttività della propria impresa, per le somme in essa investite; il debitore, dal canto suo, avrà invece l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni semplici, che il creditore, in caso di tempestivo adempimento, non avrebbe potuto impiegare il denaro dovutogli in forme di investimento che gli avrebbero garantito un rendimento superiore al saggio legale.

Alla soluzione adottata - che comporta il superamento dell'orientamento fondato sulle presunzioni personalizzate in base alla categoria di appartenenza del creditore e l'adozione di un'interpretazione che si risolve nel riconoscere al creditore di somme di denaro non corrisposte dal debitore in mora un maggior danno, ex art. 1224, secondo comma, cod. civ., corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento netto (dedotta l'imposta) dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso di inflazione se superiore) e quello degli interessi legali (se inferiore) e che risponde alle esigenze di semplificazione probatoria - non ostano, secondo i supremi giudici, le obiezioni già da più parti sollevate. Non sussiste, infatti, il pericolo che i debiti di valuta e i debiti di valore siano disciplinati in modo identico, con sostanziale pretermissione del principio nominalistico di cui all'art. 1277 cod. civ. o che le conseguenze dell'inadempimento finiscano per divenire, per qualsiasi credito di denaro, identiche a quelle "speciali" che l'art. 429, terzo comma cod. proc. civ., prevede per i crediti di lavoro, ovvero ancora che sia sostanzialmente disapplicato il principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697

cod. civ., né rileva, peraltro, l'assunto secondo cui il denaro è metro di misura totalmente astratto.

A tanto le S.U. aggiungono l'ulteriore rilievo che il rendimento dei titoli di Stato, che costituisce la più comune e prudente forma di investimento del denaro ha avuto, a partire dagli anni '70, e tranne che nel 2000, una redditività superiore al tasso dell'interesse legale, con la conseguenza che, per il debitore di un'obbligazione pecuniaria, è economicamente conveniente non adempiere tempestivamente, il che è in contrasto con l'intento del legislatore. L'effetto di disincentivazione dell'inadempimento con i conseguenti positivi risvolti sulla diminuzione del contenzioso civile e sulla semplificazione del processo non può, quindi, che essere collegato ad una soluzione che renda il debitore consapevole del fatto che la promozione di una causa da parte del creditore insoddisfatto si risolverebbe, comunque, nel riconoscimento a favore di questi di un maggior importo corrispondente quantomeno all'utile economico minimo che il debitore ha tratto o che avrebbe potuto trarre dalla conservazione, *medio tempore*, del denaro che doveva e che non ha versato.

La soluzione adottata, hanno pure evidenziato le S.U., *<< é in linea con la ratio legis del novellato art. 1284 c.c., comma 1, il quale prevede un meccanismo che sconta l'inevitabile riferibilità al futuro dell'eventuale intervento adeguatore del Ministro del tesoro ... le cui conseguenze vanno tuttavia, in linea di principio, sopportate non dal creditore insoddisfatto, ma dal debitore che versi anche in quella situazione di qualificato ritardo nell'adempimento qual é la mora, (ex art. 1219 cod. civ.)>>* ed è *"<<corroborata dalla lettera>> del medesimo articolo <<laddove espressamente vincola il Ministro del tesoro a determinare il saggio d'interesse "sulla base" del rendimento annuo lordo dei titoli di Stato non ultrannuali e "tenuto conto" del tasso d'inflazione registrato nell'anno>>".*

4. Mercati finanziari, equilibrio contrattuale e concorrenza (Guido Mercolino)

4.1 La tutela del consumatore: il superamento della nozione di contraente debole

Uno degli aspetti più tradizionalmente caratterizzanti, come ricordato, dell'intervento del giudice nelle relazioni di mercato è ancor oggi rappresentato dalla realizzazione di un'effettiva parità dei soggetti-parti nella fase che precede la conclusione del contratto, al fine di garantire che il programma negoziale dalle stesse concordato costituisca il risultato di una scelta libera e

consapevole per ciascuna e, al contempo, di un'equilibrata composizione dei rispettivi interessi. Com'è noto, il tema è stato per lungo tempo dominato dalla disciplina dettata dagli artt. 1341 e 1342 cod. civ. e dalla connessa teorizzazione della tutela del contraente debole, volta ad assicurare il riequilibrio delle posizioni contrattuali a favore di quella parte che, versando in condizioni di inferiorità economica rispetto all'altra, non ha altra scelta, se vuole assicurarsi la prestazione di quest'ultima, che adattarsi alle condizioni di contratto da essa predisposte, adeguandosi sostanzialmente ad una determinazione unilaterale, in palese contrasto con il principio di autonomia negoziale, il quale postula innanzitutto che nella fase delle trattative i contraenti agiscano in posizione di parità. Il limite di quest'impostazione, che faceva leva sull'onere del predisponente di rendere conoscibili le condizioni generali di contratto e sul richiamo dell'accettante all'uso dell'ordinaria diligenza nell'acquisizione della loro conoscenza, nonché sull'onere della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie, era peraltro rappresentato dal carattere puramente formale della garanzia in tal modo assicurata al contraente debole, essendo mancata nel nostro ordinamento l'elaborazione di principi generali (largamente applicati altrove) che consentissero al giudice di esercitare un controllo effettivo sul contenuto del contratto, ed essendo anzi prevalsa la tesi che attribuiva carattere tassativo all'elencazione della clausole vessatorie contenuta nel secondo comma dell'art. 1341, escludendone quindi l'applicazione analogica e limitandone anche l'interpretazione estensiva. In siffatto contesto, l'unica forma di tutela sostanziale concretamente attuabile era costituita dalla verifica della conformità delle singole clausole a norme imperative, la quale si rivelava però insufficiente ai fini del ripristino di un equilibrato assetto d'interessi tra le parti, non permettendo una valutazione complessiva del programma negoziale, ma risolvendosi nella mera espunzione dal contratto delle clausole dichiarate nulle, e nella conseguente applicazione della disciplina legale.

Un contributo fondamentale al superamento di questa *impasse* è stato fornito dalle norme comunitarie, e segnatamente dalla direttiva CE n. 93/13 del 5 aprile 1993, in attuazione della quale è stato emanato il d.lgs. 6 febbraio 1996, n. 52, che, introducendo nel codice civile gli artt. 1469-bis e s. (in seguito sostituiti dalle più articolate disposizioni del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), ha infine attribuito al giudice il potere di esercitare, sui contratti conclusi tra professionisti e consumatori, un controllo di tipo sostanziale, non solo nell'ambito di un giudizio a carattere individuale, instaurato cioè tra il singolo consumatore ed il singolo professionista in funzione della declaratoria di inefficacia delle clausole ritenute vessatorie, ma anche nell'ambito di un giudizio a carattere collettivo, promosso da associazioni rappresentative dei consumatori o dei

professionisti o dalle camere di commercio per ottenere che sia inibito l'impiego di condizioni generali di contratto delle quali sia accertato il carattere abusivo.

4.2 Il rapporto tra l'azione collettiva e i rimedi individuali

Dopo aver ricevuto applicazione, negli scorsi anni, in relazione a giudizi individuali, soprattutto ai fini della risoluzione di questioni inerenti alla validità di clausole che introducevano deroghe alla competenza territoriale, il nuovo istituto è stato oggetto, nel 2008, di approfondita disamina da parte della sentenza n. 13051 (Rv. 603392, 603393, 603394, 603395), con cui la Suprema Corte, nell'affrontare la complessa problematica riguardante l'efficacia delle condizioni generali predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana ai fini della stipulazione dei contratti bancari, ha avuto modo di precisare l'ambito applicativo dell'azione collettiva, soprattutto in riferimento alla legittimazione passiva delle associazioni di professionisti, al tipo di valutazione rimessa al giudice ed ai rapporti tra l'inibitoria contemplata dall'art. 1469-sexies e l'azione di nullità eventualmente promossa dal singolo consumatore.

In ordine alla prima questione, la Corte ha confermato la decisione del giudice di merito, il quale, pur escludendo il carattere vincolante delle condizioni generali di contratto predisposte dall'A.B.I., che hanno valore di mera «raccomandazione» rivolta agli associati, aveva riconosciuto la legittimazione dell'A.B.I.: premesso infatti che tale tesi ha trovato successivamente conferma nell'art. 6 della legge 3 febbraio 2003, n. 14, il quale, in esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia CE 24 gennaio 2002, in causa C-372/99, ha espressamente esteso l'ambito applicativo dell'art. 1469-sexies alle associazioni di professionisti che «raccomandano l'utilizzo» di condizioni generali, ha infatti osservato che *<<l'elaborazione e la diffusione di clausole [...] da parte di un'associazione di imprese, portatrice di un interesse di categoria, non consiste in una mera attività di studio di modelli e di consulenza teorica, in quanto il predetto interesse può essere soddisfatto solo attraverso l'inserimento delle clausole nei contratti individuali stipulati dalle imprese associate, perchè solo in questo modo si realizza l'interesse delle imprese bancarie alla standardizzazione degli strumenti contrattuali con conseguente riduzione dei costi, onde a tale inserimento le attività di elaborazione e diffusione sono necessariamente indirizzate>>*.

Il nesso di strumentalità ravvisato dalla Corte tra l'attività dell'Associazione e quella delle singole imprese bancarie non le ha peraltro impedito di precisare che l'effetto invalidante derivante dall'accertamento dell'abusività, in quanto dipendente dalla natura stessa

dell'Associazione, la quale non stipula contratti individuali, non ha carattere assoluto, ma relativo, e non esclude pertanto che le medesime clausole possano essere validamente inserite nei singoli contratti, a seguito di trattative individuali che consentano di superare lo squilibrio derivante dalla previsione generale. Ed è proprio la collocazione delle condizioni generali su un piano diverso da quello del singolo contratto a far assumere un carattere di centralità alla valutazione che la legge rimette al giudice in ordine all'equilibrio tra le posizioni delle parti, avendo la Corte chiarito che lo stesso terzo comma dell'art. 1469-ter, il quale esclude la vessatorietà delle clausole che si limitano a riprodurre disposizioni di legge, non impedisce di assoggettare al controllo giudiziale quelle clausole con cui il predisponente si avvale autonomamente di una facoltà che la norma gli riconosce.

Sotto un diverso profilo, la segnalata diversità di piani ha consentito ai giudici di legittimità di confermare l'applicabilità dell'art. 1469-sexies anche ai contratti esistenti al momento della pronuncia, avendo essa sottolineato che l'esigenza di prevenzione che l'inibitoria è volta a soddisfare *<<non riguarda solo l'inserimento delle clausole nei moduli o formulari utilizzati per la stipula di contratti successivamente all'adozione del provvedimento inibitorio, ma anche il prodursi, sempre in epoca successiva al provvedimento, degli effetti che le clausole producono o sono idonee a produrre nel tempo>>*, laddove, *<<se tale finalità fosse riservata esclusivamente alle azioni individuali, [...] la tutela collettiva sarebbe meramente virtuale e teorica, e quindi avrebbe un ruolo del tutto trascurabile e secondario nell'ambito degli strumenti a tutela del consumatore>>*.

Questa impostazione ha permesso alla Corte di far salva anche l'utilizzabilità degli strumenti di tutela da essa precedentemente elaborati, in particolare del controllo di conformità delle singole clausole a norme imperative, essendo stata esclusa, in riferimento al caso specifico - che riguardava l'efficacia delle condizioni generali inerenti al servizio delle cassette di sicurezza - la sussistenza di qualsiasi contraddizione tra l'accertamento della vessatorietà e l'orientamento invalso nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui sono nulle le clausole contrattuali che limitano o escludono il risarcimento dei danni da perdita delle cose custodite anche in caso di dolo o colpa grave della banca.

Al di là dei singoli aspetti considerati, ciò che appare rimarchevole nelle sentenze citate è la tendenza a mettere in secondo piano la tradizionale configurazione del consumatore come contraente debole, meritevole di protezione in virtù della sua connaturale posizione d'inferiorità economica, a favore di una nuova concezione di carattere spiccatamente oggettivo, la quale,

rispetto al ripristino postumo dell'equilibrio contrattuale violato, assegna la priorità alla preventiva rimozione di ogni vincolo che, ostacolando la realizzazione di una condizione di parità nella fase anteriore alla stipulazione del contratto, impedisca alle parti di pervenire ad un equilibrato assetto d'interessi. Ponendo l'accento sulla consapevolezza e la libertà di scelta del contraente, ed in definitiva sulla sua autoresponsabilità, tale orientamento pare allinearsi alle tendenze della disciplina comunitaria, la quale attribuisce al consumatore una posizione di sovranità nell'ambito del mercato, eleggendolo ad arbitro del dinamismo concorrenziale, al fine di accrescere il livello qualitativo dell'offerta di beni e servizi.

4.3 I rapporti con la disciplina della concorrenza

Peraltro, siccome la libertà di scelta del consumatore dipende anche dall'ampiezza e dalla differenziazione dell'offerta, la sua tutela finisce per configurarsi come il rovescio della medaglia rispetto alla disciplina della concorrenza, la quale si articola a sua volta in una pluralità di strumenti di garanzia (tutela della proprietà industriale ed intellettuale, divieto di concorrenza sleale, dell'abuso di posizione dominante e dell'abuso di dipendenza economica), la cui individuazione nei singoli casi tende a farsi sempre più complessa, a misura della moltiplicazione dei prodotti e dei servizi offerti, nonché dell'avanzamento dello sviluppo tecnologico.

Significative, in proposito, appaiono le sentenze n. 9167 (Rv. 602699) e n. 16744 (Rv. 604057), entrambe del 2008, nelle quali la Corte è stata chiamata a precisare i limiti della competenza delle sezioni specializzate dei tribunali in materia di proprietà industriale, nel primo caso in riferimento all'inibitoria dell'utilizzo di una denominazione commerciale protetta, proposta dal titolare dei diritti di privativa su un sistema di gestione nel settore dell'infortunistica, e nel secondo caso in riferimento alla domanda di risarcimento dei danni proposta da una società nei confronti di un ex dipendente, per la sottrazione di alcuni *files* contenenti una *mailing list* di clienti e *partners* commerciali: in entrambe le ipotesi, dovendo stabilire se la fattispecie fosse riconducibile alla formulazione dell'art. 3 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, successivamente ripresa dall'art. 134 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, in ragione della possibile interferenza con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale, la Corte si è conformata all'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore, ritenendo che tale nozione non postuli necessariamente la sussistenza di un rapporto di connessione o accessorietà, nel senso di cui agli artt. 31 e 40 cod. proc. civ., tra la domanda concernente la concorrenza sleale ed una

domanda volta alla tutela di un diritto di proprietà industriale o intellettuale, ma debba essere intesa in senso estensivo ed atecnico, con la conseguenza che la competenza delle sezioni specializzate in tanto può essere esclusa, in quanto la denunciata concorrenza sleale non richieda neppure indirettamente l'accertamento di un diritto di proprietà industriale o intellettuale.

Nonostante il prevalente riferimento alla disciplina processuale, dette pronunce appaiono sintomatiche della complementarità dei mezzi di tutela posti a disposizione dell'imprenditore, e della tendenziale unitarietà della considerazione di cui gli stessi sono fatti oggetto da parte del legislatore, a dispetto delle difficoltà che una siffatta ripartizione di competenza può determinare per l'operatore economico che intenda far valere in giudizio i propri diritti. Parrebbe tuttavia eccessivo far discendere da tale unitarietà la sottolineatura degli effetti protezionistici della tutela dei diritti di privativa, la cui giustificazione, nell'ottica ormai prevalente sia in dottrina che nella normativa comunitaria, dev'essere rinvenuta nell'intento di stimolare la produttività e l'innovazione in campo economico, piuttosto che in quello di salvaguardare rendite di posizione.

5. Il diritto societario della transizione (Massimo Ferro)

5.1 I richiami alla riforma del diritto societario del 2003

Le pronunce in materia societaria riflettono, nonostante il riferimento a casi disciplinati da regole ancora anteriori alla riforma del d.lgs. 17 gennaio 2003, n.6, una costante attenzione verso i nuovi principi regolatori seguiti alla legge delega n. 366 del 3 ottobre del 2001. Appare invero riconoscibile una marcata tendenza, significativamente coerente con la funzione nomofilattica della Corte, a segnalare se le norme applicate abbiano rinvenuto nel nuovo assetto codicistico un scostamento ovvero una conferma. Tale tecnica narrativa esprime una costante metodologia dell'argomentazione, tanto più utile allorché agevola l'interprete nel cogliere, come spesso anche testualmente accaduto nelle pronunce, le relazioni di valore tra norme abrogate e norme nuove, di cui viene spesso predicata la decisività o meno della modifica rispetto al testo vigente all'epoca della fattispecie decisa.

La precisazione si estende altresì al comparto delle società di persone, non investite dalla predetta riforma quanto ai rapporti sostanziali, confermandosi così la ricerca di una comune esigenza di sistematicità del diritto di tali organizzazioni, pur oggi profondamente segnato da una più rigorosa partizione interna. La tradizionale conferma della maggiore compenetrazione tra la responsabilità degli associati in tali compagini e la autonomia dell'ente così costituito, non può eludere invero il bisogno di demarcazione di ogni soggetto collettivo verso i terzi, all'insegna del riconoscimento non solo della separatezza del suo patrimonio ma anche della circoscrivibilità temporale delle sue operazioni.

5.2 La determinazione del compenso degli amministratori nelle società di capitali

Con sentenza n. 21933 del 29 agosto 2008 (Rv. 604262), le Sezioni Unite, a composizione di un contrasto rilevato dalla Prima Sezione, hanno affermato che, in tema di *determinazione dei compensi degli amministratori di società di capitali* (nella specie, una s.r.l.), quando manchi una previsione statutaria, quale preveduta dall'art.2389, primo comma, cod. civ., è necessaria in alternativa un'esplicita delibera assembleare; la predetta disciplina ha infatti natura imperativa ed inderogabile, attenendo le norme sulla struttura ed il funzionamento delle società regolari anche all'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività economica e rappresentando la loro violazione, già prevista dall'art.2630, secondo comma, n.1, cod. civ. (abrogato dall'art.1 del d.lgs. n.61 del 2002), un delitto, fonte di nullità, non suscettibile di convalida, dei citati atti di autodeterminazione dei compensi. Ne consegue che l'approvazione del bilancio, contenente la posta relativa ai compensi erogati agli amministratori, non è di per sé idonea a configurare la predetta delibera (in via implicita), quale potrebbe essere invece, in caso di eventuale assemblea totalitaria e pur se convocata solo per l'esame e l'approvazione del bilancio, se vi sia stata espressa discussione ed approvazione di una specifica proposta di determinazione del predetto compenso.

La Corte rilevava, in materia e per il caso di difetto di previsione dell'atto costitutivo, la chiara polarizzazione della questione tra due indirizzi: ad uno, valorizzante la indefettibilità di specifica e formale delibera assembleare contemplante tale oggetto (sentenze n. [3774](#) del 30 marzo 1995, Rv. 491535; n. 2672 del 24 luglio 1968, Rv. 335214), se ne contrapponeva altro basato sulla autosufficienza dell'approvazione del bilancio, quale atto di possibile ratifica implicita ove la posta corrispondente fosse iscritta, cioè la voce di uscita dell'emolumento corrisposto agli amministratori (Sentenza n. [2832](#) del 27 febbraio 2001, Rv. 544228) . Più in

generale la stessa Corte rilevava il contrasto in ordine alla *<<configurabilità di deliberare assembleari implicite>>*.

Con la pronuncia in commento, le S.U. hanno significativamente posto a confronto l'interesse al funzionamento dell'ente collettivo, richiamante un'intima propensione del diritto dell'organizzazione societaria a sacrificare le posizioni soggettive individuali a beneficio dell'efficienza del soggetto economico così strutturato e l'interesse personale del socio, a realizzare le facoltà insite nella partecipazione con il massimo del potere di controllo sugli atti esecutivi della formula imprenditoriale tipologicamente scelta dalla società. Il punto di equilibrio appare peraltro rinvenuto dai giudici di legittimità non in un determinato livello della protezione del diritto soggettivo del socio in quanto tale bensì in un punto (il suo diritto all'informazione) intersecato da una concorrente tutela dei terzi: le S.U. hanno infatti premesso *<<che il tema delle remunerazioni degli amministratori delle società di capitali (che, ai sensi dell'art. 2389 c.c., comma 2 come modificato con il D.Lgs. n. 6 del 2003 possono essere costituiti in tutto o in parte da partecipazioni agli utili o dall'attribuzione del diritto di sottoscrivere a prezzo predeterminato azioni di futura emissione) è tra i più importanti nell'ambito delle problematiche del governo societario>>*, come confermato dalla *<<intensa attività sul punto della Commissione europea (che ha approvato una comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo in data 21 maggio 2003, con la quale, tra l'altro, si sottolinea la necessità dell'approvazione preventiva della determinazione dei compensi da parte dell'assemblea e le raccomandazioni del 14 dicembre 2004, sui compensi degli amministratori delle società quotate e del 15 febbraio 2005, sugli amministratori non esecutivi e sui consiglieri di sorveglianza) >>* e dalle *<< recenti modifiche del Testo Unico sull'intermediazione finanziaria (cfr. D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 114 bis, introdotto con la L. n. 262 del 2005, art. 16 e ulteriormente modificato con il D.Lgs. n. 303 del 2006, art. 3, comma 9 sugli obblighi di informazione che debbono precedere la votazione dell'assemblea che determina i compensi basati su strumenti finanziari, tra l'altro, dei componenti del consiglio di amministrazione delle società quotate e degli emittenti strumenti finanziari diffusi fra il pubblico in misura rilevante)>>*. I giudici di legittimità leggono in tale premessa *<<la ricerca di un equilibrio tra gli interessi dei soggetti che hanno compiti di direzione delle società e quelli degli azionisti, che porta a rendere sempre più puntuali e pregnanti le regole sull'informazione all'interno e all'esterno delle società e sulla trasparenza degli atti>>*: si tratta di un'affermazione che assicura alla disciplina di cui all'art. 2389 cod. civ. *<<certamente natura imperativa e*

inderogabile, sia perché, in generale, la disciplina della struttura e del funzionamento delle società regolari sono dettate (anche) nell'interesse pubblico al regolare svolgimento dell'attività commerciale e industriale del Paese>> sia per la particolare conseguenza penalistica, sopra citata, della percezione di compensi non previamente deliberati dall'assemblea. Ne deriva che la violazione dell'art. 2389 c.c., sul piano civilistico, produce <<nullità degli atti di autodeterminazione dei compensi da parte degli amministratori per violazione di norma imperativa, nullità che, per il principio stabilito dall'art. 1423 c.c., non è suscettibile di convalida, in mancanza di una norma espressa che disponga diversamente (come, in materia societaria è invece previsto dagli artt. 2325 e 2379 c.c.)>>. Proprio la parametrizzazione consapevole a tale livello pubblicistico, almeno equiordinato alla soddisfazione privatistica dell'interesse individuale del socio all'informazione, giustifica l'affermazione per cui, nell'art. 2364 cod. civ., <<emerge con chiarezza che la legge considera le deliberazioni di approvazioni del bilancio (n. 1) e quelle di determinazioni dei compensi degli amministratori (n. 3) come aventi oggetti e contenuti diversi e distinti [...] l'una essendo diretta a controllare la legittimità di un atto di competenza degli amministratori, "approvandolo" o non "approvandolo", l'altra avendo la funzione di "determinare" o "stabilire" (art. 2389 c.c.) il compenso. Peraltro <<anche a voler ipotizzare l'ammissibilità di una ratifica tacita della (auto)determinazione del compenso da parte dell'amministratore, sarebbe necessaria la prova che, approvando il bilancio l'assemblea sia a conoscenza del vizio e abbia manifestato la volontà di far proprio l'atto posto in essere dall'organo privo di potere, non essendo invece sufficiente, in quanto circostanza non univoca, la generica delibera di approvazione>>.

5.3 L'estinzione della società di persone

Con la sentenza n. 25192 del 15 ottobre 2008, la S.C., Seconda Sezione - in una vicenda che vedeva contrapposti i crediti di un agente operante in forma di s.n.c. e quelli di un'impresa di assicurazioni nel frattempo posta in liquidazione coatta amministrativa - ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione della *società di persone* ai sensi dell'art. 2312 cod. civ. per essersi il soggetto a sua volta *cancellato dal registro delle imprese*, divenendo così <<inesistente>>. La pronuncia chiarisce un aspetto prima controverso ed incerto quanto alle società di persone, estendendo ad esse un principio espresso solo per le società di capitali, ed anzi dandone applicazione retroattiva, cioè propria anche delle cancellazioni anteriori all'entrata in vigore della citata riforma che ha fissato tale regola all'art. 2495 cod. civ., entrato in vigore

nel nuovo testo dal 1 gennaio 2004. Viene così superato, da un lato, l'orientamento per cui *<<l'atto formale di cancellazione di una società dal registro delle imprese aveva funzione di pubblicità, e non ne determinava l'estinzione, ove non fossero ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa>>*: fino a tale evento, continuava a sussistere la legittimazione processuale della società e, nonostante la cancellazione, il processo non doveva continuare contro o su iniziativa *<<delle persone fisiche che la rappresentavano in giudizio o dei soci>>*. Dall'altro lato, la portata generale del principio di cui al citato art.2495 cod.civ. oltrepassa la disciplina delle società di capitali e, ove attribuisce ai creditori sociali insoddisfatti, dopo la cancellazione, il diritto di far valere i crediti nei confronti dei soci e fino a concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, permette che *<<la funzione esegetica [alla norma] attribuibile ne impone un'applicazione retroattiva ed in relazione ad ogni forma societaria, con la sola esclusione dei rapporti giuridici già esauriti e degli effetti già in precedenza irreversibilmente verificatisi>>*.

6. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale nel diritto fallimentare

(Massimo Ferro)

6.1 Il nuovo equilibrio tra l'universalità della procedura concorsuale e le tutele soggettive a contenuto patrimoniale dopo la riforma

Anche per il diritto fallimentare e concorsuale, attraversato dalle due riforme al r.d. n.267 del 1942 (il d.lgs. n. 5 del 2006 ed il d.lgs. n.169 del 2007) e da ulteriori aggiornamenti nei settori specialistici (così, per l'amministrazione straordinaria, dal d.l. n.134 del 2008, conv. nella legge n.166 del 2008), la ricostruzione di alcune, selettive, linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità si espone alla mutevolezza frequente di un quadro normativo che fatica a ricomporre – come invece avvenuto da tempo in altri ordinamenti - una stabile riconduzione nell'ambito giurisdizionale di tutti i fenomeni di crisi ed insolvenza. Permane attuale, invero, non solo la distinzione – di conio dell'osservazione socio-economica e poi migrata nella dottrina giuridica – fra procedure a guida giudiziale ovvero prevalentemente della pubblica amministrazione od infine miste, ma altresì la limitata latitudine del sistema concorsuale domestico, concentrato sull'impresa commerciale e con rilevanti sottrazioni in punto di piccole e medie imprese (P.M.I.), la cui nozione è acquisita a tutta la legislazione sociale, previdenziale, finanziaria e di

sostegno all'occupazione ed è direttamente influenzata da parametri quantitativi (dimensionali della produzione, degli addetti, dei flussi finanziari) raccordati alle normative comunitarie.

Nonostante la riconosciuta frammentarietà dell'ordinamento concorsuale italiano, al suo interno sono tuttavia censibili alcuni percorsi: essi sono in realtà paralleli a tendenze che altrove sono forse più indicative di una direzione generale di quei sistemi, nel mentre il loro carattere speciale e particolare – nel nostro Paese per lo più circoscritto alle procedure tradizionali del r.d. n.267 del 1942 – evidenzia la maturità della moderna teoria della cd. *incidentalità del fallimento*. Essa si manifesta, nel diritto fallimentare vivente nella giurisprudenza di legittimità ed allo stato attuale, sotto forma di *allargamento delle zone franche dall'apertura del concorso*, che possono essere descritte sia in senso soggettivo (l'esenzione dal fallimento del socio unico di società di capitali e le regole per l'estensione all'accomandante) sia in senso oggettivo (come sottrazione di parte del patrimonio del fallito dall'esecuzione collettiva). In attesa dunque di una compiuta messa alla prova degli istituti della riforma del 2006-2007 più direttamente espressivi della cennata tendenza normativa a favorire la ripartenza (il *fresh start*) di un soggetto economico accidentalmente colpito dall'insolvenza e dunque per una volta sottoposto alla relativa procedura, anche in tale campo la S.C. – come visto nella sezione quinta, per il diritto societario - non ha mancato di effettuare un costante monitoraggio della nuova legge. Ciò assicura un'utile e doverosa certezza giuridica all'interprete, ai giudici di merito ed agli operatori, indirizzati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, pur affrontando per lo più casi disciplinati dalla legge anteriore, ha scelto in molteplici pronunce di evidenziare la sussistenza specifica dei margini di scostamento o continuità del vecchio regime rispetto alla novella.

6.2 L'acquisibilità al fallimento delle somme derivanti dalle polizze vita

Con sentenza n. 8271 del 31 marzo 2008, Rv. 602132, le S.U., componendo un contrasto segnalato dalla Prima Sezione, hanno affermato che nella materia del *contratto di assicurazione sulla vita*, alla dichiarazione di fallimento del beneficiario non consegue lo scioglimento del contratto, né il curatore - al pari di quanto previsto per le “somme dovute”, di regola già impignorabili secondo l'art. 1923 cod. civ. - può agire contro il terzo assicuratore per ottenere *il valore di riscatto della relativa polizza stipulata dal fallito* quand'era *in bonis*; tale cespite non rientra infatti tra i beni compresi nell'attivo fallimentare ai sensi dell'art. 46, primo comma,

n. 5 legge fall. (non modificato dalle citate riforme del 2006-2007), in ragione della funzione previdenziale riconoscibile al citato contratto, non circoscritta alle sole somme corrisposte a titolo di indennizzo o risarcimento. La S.C. nega dunque la spettanza al curatore del diritto di esercitare il riscatto delle somme dovute per effetto del contratto di assicurazione sulla vita ed enuncia i principi regolatori di quest'ultimo di fronte all'apertura del concorso: l'assicurazione sulla vita ha natura previdenziale e si sottrae all'elencazione di cui all'art. 82 legge fall., con la conseguenza che le somme che da essa derivano, dovute in ragione dell'evento in funzione del quale le indennità sono state previste ovvero come controvalore connesso ad un'anticipata risoluzione, integrano la nozione di beni impignorabili, ai sensi del generale precetto di cui all'art. 1923 cod. civ. La sottrazione all'attivo fallimentare, come esempio della cennata riduzione oggettiva della concorsualità, appare bilanciata – in una valutazione comparativa con l'interesse collettivo della massa dei creditori – dall'ordinario rimedio che le S.U. ricordano tuttora appartenere al curatore, cioè l'azione revocatoria (esercitabile sui premi pagati) avverso un *<<contratto che appaia stipulato non per reali finalità previdenziali ma in pregiudizio dei creditori>>*.

La S.C. ha così ripreso l'orientamento espresso per la prima volta compiutamente nella sentenza n. 1811 del 28 luglio 1965 (Rv. 313450), secondo cui *<<essendo intesa a tutelare lo spirito di previdenza e riferendosi genericamente alle somme dovute dall'assicurazione, la norma di cui all'art. 1923 cod. civ., richiamata dall'art. 46 legge fall., che pone al riparo dall'azione esecutiva le somme che costituiscono l'oggetto della prestazione dell'assicuratore, ha una evidente portata generale non limitata alla somma assicurata, ed è quindi applicabile anche a quella proveniente dall'eventuale riscatto della polizza>>*, anni appresso seguita dalla sentenza n. [11975](#) del 25 ottobre 1999 (Rv. 530787) adottata in una vicenda in cui il riscatto era stato domandato dal fallito. Tale indirizzo si coordinava con altre pronunce, specificamente contemplate nella complessiva ricostruzione di sistema della sentenza n. 8271 del 2008, per cui anche l'assicurazione contro gli infortuni assolveva alla medesima *<<funzione sociale ed umana>>* dell'assicurazione sulla vita (così nella sentenza n. 2802 del 2 ottobre 1972, Rv. 360498), mentre la sentenza n. [13342](#) del 19 luglio 2004 (Rv. 575637), ripetendo il principio, ne circoscriveva la portata per cui *<<le somme dovute dall'assicuratore in forza di un contratto di assicurazione sulla vita [...] sono impignorabili (art. 1923, primo comma, cod. civ.) e, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 46 n. 5, legge fallimentare, non [sono] comprese nel fallimento>>* concernendo anche quelle relative *<<all'assicurazione contro gli infortuni*

esclusivamente in riferimento alle indennità dovute per un infortunio mortale, non anche alle indennità dovute per un infortunio che abbia cagionato un'invalidità permanente, senza che, in contrario, possa assumere rilevanza l'eventuale configurazione nel contratto della natura "personale" del credito, sia perché essa vale soltanto ad escludere la trasmissibilità agli eredi del diritto all'indennità, sia perché l'impignorabilità di un bene, quindi la sua sottrazione all'attivo fallimentare, costituisce materia riservata alla legge e sottratta alla disponibilità delle parti>>. Vengono dunque superati i precedenti – come la sentenza n. 6548 del 3 dicembre 1988 (Rv. 460862) – che distinguevano la <<impignorabilità delle "somme dovute" dall'assicuratore, non anche, quindi, delle "somme riscosse">>, una protezione patrimoniale negata al fallito anche dalla sentenza n. [8676](#) del 26 giugno 2000 (Rv. 538040).

Con l'arresto in commento le S.U. obiettivamente contribuiscono ad una ricostruzione unitaria – che permette di non distinguere tra debitore esecutato e debitore fallito - della <<forza di resistenza>> dell'art.1923 cod. civ., dando ad esso una lettura di protezione personalistica ma con significativo riflesso patrimoniale della segregazione dell'attivo ivi fissata: <<risolutiva, ai fini dell'opzione esegetica, [è] la considerazione, in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, del [...] valore della "previdenza" [...] legata ai bisogni dell'età postlaborativa o derivante dall'evento morte di colui che percepisce redditi dei quali anche altri si avvalga>> che la norma tutela <<unitamente ad eventuali e, in varia misura, concorrenti finalità di risparmio>>. E tale vocazione assume una connotazione di sistema in quanto appare attuata sia in modo diretto, con la garanzia del credito del singolo assicurato, sia in via indiretta, proteggendo così la stabilità del contratto anche dal punto di vista dell'assicuratore <<posto al riparo dal contenzioso dei creditori>>: ciò ha permesso ai giudici di legittimità di collegare la funzione solidaristica del contratto di assicurazione (privata) sulla vita alla sua meritevolezza commerciale, individuata per la collocazione nel <<terzo pilastro della previdenza>> .

6.3 La responsabilità illimitata del socio unico di società di capitali ed il principio di tipicità del contratto societario

La S.C. ha negato che l'estensione del fallimento della società di capitali, ai sensi dell'art.147 legge fall., riguardi il suo socio unico, benchè illimitatamente responsabile. La vicenda esaminata dalla sentenza n. 27013 del 12 novembre 2008, Prima Sezione - in un caso di socio

unico di s.r.l. ed affermato *socio tiranno* – si conclude nel senso che la trattazione esecutiva della responsabilità del socio, persona fisica o di capitale, che sia l'unico cui appartengano la quota o le azioni, non potrebbe migrare anche in una responsabilità concorsuale. L'esclusione del fallimento per ripercussione in una fattispecie disciplinata dall'art.147 legge fall. nel testo anteriore al d.lgs. n. 5 del 2006 viene argomentata, in un arresto che consapevolmente si propone di superare le posizioni di apertura seguite da significativa parte dei giudici di merito ed incoraggiate da autorevole dottrina, sottolineando che la ricorrenza delle condizioni che assegnano al socio illimitatamente responsabile la condizione di fallibile deve correlarsi ad una previsione istituzionale, cioè connaturata alla nascita della società: l'ente deve essere stato *<<costituito nelle forme e con i caratteri della società con soci a responsabilità illimitata>>*. Ciò esclude che tale presupposto si possa dare con riguardo ad eventi eccezionali, configuranti una responsabilità illimitata meramente potenziale, dunque non connaturata al tipo societario nella sua strutturazione d'origine. Una *<<interpretazione estensiva capace di includere nell'area della disposizione la società di capitali con soci a responsabilità, "eventuale", illimitata, oltre alle società di persone, per le quali la responsabilità illimitata è conseguenza della natura del modello>>* viene esplicitamente espunta da una lettura dell'art.147 legge fall. per il quale *<<il testo corrispondente della legge di riforma di cui al d.lgs. n.5/2006 ha vieppiù esplicitato>>* tale significato, *<< allo scopo di escludere qualunque incertezza>>*.

Il valore di tale pronuncia va peraltro coordinato con altra sentenza, di poco successiva (n. 29794 del 19 dicembre 2008), con la quale la stessa Prima Sezione della Corte ha confermato *<<l'effetto previsto dall'art.2320 c.c., vale a dire la perdita del beneficio della responsabilità limitata, presupposto per l'estensione della dichiarazione di fallimento ex art.147 l.f.>>*: la relativa vicenda atteneva alla ripercussione del fallimento, pronunciato per una società in accomandita semplice, a carico del socio accomandante del quale era stato *<<riscontrato [l'] effettivo coinvolgimento nell'amministrazione della società, nella quale si era ingerito in forza di due procure, qualificate speciali, ma di fatto generali, rilasciategli dal socio accomandatario>>*. L'art. 2320 cod. civ. viene dunque letto in applicazione del *<<principio di tipicità posto dall'art.2249 c.c., mirando ad impedire che la società in accomandita semplice perda i suoi connotati essenziali, primo tra i quali la conferibilità soltanto ai soci accomandatari dell'amministrazione della società (art.2318,2° comma, c.c.), presupposto e, al medesimo tempo, effetto della loro responsabilità solidale ed illimitata per le obbligazioni sociali (art.2313, 1° comma, c.c.)>>*. La predetta conseguenza viene raccordata dai giudici di

legittimità <<*al compimento da parte dell'accomandante dell'atto di gestione, e non certo alla mera astratta attribuzione del potere di porlo in essere*>>, considerando però che esso è direttamente rinvenibile nella <<*portata decisiva delle procure*>>, così ampie nel contenuto da permettere all'accomandante di <<*sostituirsi all'amministratore nella sfera delle deliberazioni di sua esclusiva spettanza e d'ingerirsi nella sfera delle sue attribuzioni*>>; da ciò consegue che l'art. 2320 cod. civ., sancendo <<*il divieto d'ingerenza dell'accomandante nella gestione degli affari sociali*>>, non opera <<*alcun distinguo tra atti di gestione interni o esterni*>>, ritenendo sufficientemente integrata la perdita del beneficio allo <<*svolgimento dell'attività d'amministrazione tipica dell'altra categoria di soci*>>, non importando se gli atti di gestione predetti <<*esplichino necessariamente effetti destinati ad interferire nella sfera giuridica dei terzi nella conclusione dell'affare*>>.

Le due pronunce stabiliscono dunque, in apparenza e pur in diverse fattispecie tipologiche del contratto di società, i limiti entro i quali risulta compatibile la estensione del fallimento per i soci che acquisiscano la responsabilità illimitata non con il sorgere storico della società stessa ma con la violazione di talune regole connotative del suo patto: nel primo caso, per le obbligazioni sorte in pendenza della partecipazione totalitaria e per effetto dell'insolvenza della società, non si può ipotizzare una conseguente ripercussione sul socio a seguito del fallimento sociale *tout court*; nel secondo, il maggior rigore sembra derivare proprio dalla violazione stessa, la cui rilevanza in termini di disvalore provoca la mutazione anche della posizione strutturale (interna e verso i terzi) dell'accomandante ingeritosi. Il sistema societario, pertanto, e le sue regole (ulteriormente riformate: ora il socio unico è illimitatamente responsabile se alle citate condizioni si aggiunge la violazione delle norme sui conferimenti o il difetto della prescritta pubblicità), divengono il punto di riferimento principale anche per l'ordinamento concorsuale: al punto da far dire, nella sentenza n. 27013, che <<*non è rilevante stabilire se la responsabilità illimitata prevista dalle norme [gli artt. 2362 e 2497 cod. civ. previgenti] sia o meno conforme alla regola generale dell'art.2740 c.c. o ne costituisca l'eccezione*>>, in quanto nel diritto delle società commerciali le situazioni anomale della responsabilità illimitata dei soci assolverebbero ad una funzione sanzionatoria, per le società di capitali, ed invece di garanzia, per le società di persone. Solo per le seconde invero i creditori dell'ente ripongono affidamento strutturale, oltre che sul patrimonio della società, altresì su quello dei suoi soci illimitatamente responsabili.

7. La responsabilità parziaria dei condomini per le obbligazioni del condominio

(Antonietta Scrima)

7.1 La natura solidale o pro quota della responsabilità dei condomini per le obbligazioni contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità

Con la sentenza n. 9148 dell'8 aprile 2008 (Rv.602479), le S.U. hanno risolto il contrasto sorto in giurisprudenza (e in particolare all'interno della Seconda Sezione della medesima S.C.) in tema di responsabilità (solidale o *pro quota*) dei condomini per le obbligazioni contratte dall'amministratore nell'interesse del condominio. Secondo l'orientamento nettamente prevalente, la responsabilità dei singoli condomini per le obbligazioni assunte dal condominio verso i terzi ha natura solidale, in applicazione del principio generale di cui all'art. 1294 cod. civ., non derogato dalle norme specifiche dettate in tema di condominio, operando, invece, la norma di cui all'art. 1123, che prevede la ripartizione *pro quota* delle spese, soltanto nei rapporti interni. Ad ulteriore sostegno di tale tesi si affermava che nell'art. 1115 cod. civ. sono espressamente menzionate <<le obbligazioni contratte in solido per la cosa comune>> e che la solidarietà appare conforme con lo scopo del condominio, atteso che la comunanza degli interessi tra i condomini condebitori non è fine a se stessa, ma si inserisce nelle vicende del gruppo, costituito per realizzare un fine sovraordinato rispetto a quello contingente dell'adempimento delle obbligazioni [v. Cass. 5 aprile 1982, n. 2085 (Rv. 419949); 14 dicembre 1982 n. 6866 (Rv. 424519); 17 aprile 1993, n. 4558 (Rv. 481898); 23 febbraio 1999 n. 1510 (Rv. 523512); 30 luglio 2004, n. 14593 (Rv. 575147); 31 agosto 2005, n. 17563 (Rv. 583350)].

L'orientamento minoritario della parziarietà, sostenuto in dottrina sin dalla metà del secolo scorso e accolto in particolare dalla sentenza della S.C. del 27 settembre 1996 n. 8530 (Rv. 499798), ha i suoi precedenti giurisprudenziali nelle pronunce di legittimità dell'11 giugno 1968 n. 1865 (Rv. 333830), del 21 maggio 1973 n. 1464 (Rv. 364197), del 15 dicembre 1975 n. 4127 (Rv. 378452) e si fondava sul rilievo che l'art. 1123 cod. civ. è norma speciale rispetto all'art. 1294 cod. civ. e, quindi, opera non solo nei rapporti interni tra i condomini ma anche nei confronti dei terzi. In particolare con la sentenza n. 8530 del 1996 la S.C. aveva confutato gli argomenti utilizzati dalla prevalente giurisprudenza, affermando che l'art. 1115 cod. civ., riguardando la comunione di cose soggette a divisione, non si applica al condominio negli edifici, concernente cose, servizi ed impianti virtualmente indivisibili; la predetta norma, nata storicamente per regolare le titolarità limitate, composte da pochi partecipanti, applicata ai

grandi condomini, di cui fanno parte talora anche centinaia di condomini, *<<darebbe luogo a inconvenienti considerevoli e decisamente iniqui: ciascuno, infatti, sarebbe tenuto per l'intero onerosissimo e incontrerebbe gravi difficoltà nell'esercitare la rivalsa>>*. Peraltro la parziarietà non si potrebbe escludere agevolmente e, in difetto di riscontri testuali, non risulta facile dimostrare che la disposizione di cui all'art. 1123 cod. civ. riguardi solo i rapporti interni; pertanto, in materia di condominio, più che all'art. 1115 cod. civ., occorrerebbe far riferimento agli artt. 725 e 1295 cod. civ., secondo cui i coeredi concorrono al pagamento dei debiti ereditari in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori si ripartisce tra gli eredi in proporzione alle quote ereditari.

7.2 La sentenza n. 9148 dell'8 aprile 2008

Le S.U., investite della controversia instaurata dall'appaltatore nei confronti dei condomini per ottenere il pagamento in via tra loro solidale del corrispettivo dei lavori eseguiti nello stabile condominiale (una fattispecie di diffusissima ricorrenza), hanno risolto il contrasto di giurisprudenza aderendo all'orientamento minoritario. Al fine di determinare i principi di diritto che regolano le obbligazioni contrattuali unitarie che vincolano la pluralità di soggetti passivi (i condomini), i giudici della S.C. muovono dal fondamento della solidarietà e ricordano che *<<l'assunto é che la solidarietà passiva scaturisca dalla contestuale presenza di diversi requisiti, in difetto dei quali - e di una precisa disposizione di legge - il criterio non si applica, non essendo sufficiente la comunanza del debito tra la pluralità dei debitori e l'identica causa dell'obbligazione; che nessuna specifica disposizione contempra la solidarietà tra i condomini, cui osta la parziarietà intrinseca della prestazione; che la solidarietà non possa ricondursi alla asserita unitarietà del gruppo, in quanto il condominio non raffigura un "ente di gestione", ma una organizzazione pluralistica e l'amministratore rappresenta immediatamente i singoli partecipanti, nei limiti del mandato conferito secondo le quote di ciascuno>>*. I supremi giudici pongono in evidenza, altresì, che l'art. 1292 cod. civ. si limita a descrivere il fenomeno e le sue conseguenze, definendo come obbligazione in solido quella in cui “più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione” e aggiungendo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità (con liberazione degli altri); rilevano che l'art. 1294 cod. civ. stabilisce che “i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente” e constatano che, tuttavia, nessuna delle due richiamate norme specifica la *ratio* della solidarietà e ne chiarisce il fondamento.

Precisato che le obbligazioni solidali, indivisibili e parziarie costituiscono le risposte dell'ordinamento ai problemi derivanti dalla presenza di più debitori (o creditori), dalla unicità della causa dell'obbligazione e dalla unicità della prestazione, le S.U. sottolineano che proprio quest'ultima categoria propone problemi tecnici considerevoli relativi, in particolare, alla *<<unicità della prestazione che, per natura, è suscettibile di divisione>>* e alla *<<individuazione del vincolo della solidarietà rispetto alla prestazione la quale, nel suo sostrato di fatto, è naturalisticamente parziaria>>*. Secondo i supremi giudici, *<<quando la prestazione per natura non è indivisibile, la solidarietà dipende dalle norme e dai principi. La solidarietà raffigura un particolare atteggiamento nei rapporti esterni di una obbligazione intrinsecamente parziaria quando la legge privilegia la comunanza della prestazione. Altrimenti, la struttura parziaria dell'obbligazione ha il sopravvento e insorge una pluralità di obbligazioni tra loro connesse>>*.

Se è vero che *<<la solidarietà costituisce un principio riguardante i condebitori in genere>>*, tuttavia tale *<<principio generale è valido laddove, in concreto, sussistono tutti i presupposti previsti dalla legge per la attuazione congiunta del con debito>>* e tanto avviene sicuramente nel caso in cui la prestazione comune a ciascuno dei debitori è indivisibile; se, invece, l'obbligazione è divisibile, salvo che sia espressamente considerata dalla legge solidale, *<<il principio della solidarietà (passiva) va temperato con quello della divisibilità stabilito dall'art. 1314 cod. civ., secondo cui se più sono i debitori ed è la stessa la causa dell'obbligazione, ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte>>*. Orbene, *<<poiché la solidarietà, spesso, viene ad essere la configurazione “ex lege”, nei rapporti esterni, di una obbligazione intrinsecamente parziaria, in difetto di configurazione normativa dell'obbligazione come solidale e, contemporaneamente, in presenza di una obbligazione comune, ma naturalisticamente divisibile, viene meno uno dei requisiti della solidarietà e la struttura parziaria dell'obbligazione prevale. Del resto, la solidarietà viene meno ogni qual volta la fonte dell'obbligazione comune è intimamente collegata con la titolarità delle “res”>>*.

Le S.U. affermano inoltre che *<<le disposizioni di cui agli artt. 752, 754 e 1295 cod. civ. - che prevedono la parziarietà delle obbligazioni dei coeredi e la sostituzione, per effetto dell'apertura della successione, di una obbligazione nata unitaria con una pluralità di obbligazioni parziarie - esprimono il criterio di ordine generale del collegamento tra le obbligazioni e le res>>* e ritengono che *<<le direttive ermeneutiche sopra ricordate sono valide anche per le obbligazioni facenti capo ai gruppi organizzati, ma non personificati>>*.

Esaminando in particolare le obbligazioni assunte nel cosiddetto interesse del condominio e in realtà ascritte ai singoli condomini, i giudici di legittimità evidenziano che nella struttura delle stesse si riscontrano certamente la pluralità dei debitori (i condomini) e la *eadem causa obligandi* (il contratto da cui l'obbligazione ha origine) mentre é discutibile la unicità della prestazione (*idem debitum*), che é senza dubbio unica ed indivisibile per il creditore, che effettua una prestazione nell'interesse e in favore di tutti condomini laddove l'obbligazione dei condomini, invece, consistendo in una somma di danaro, costituisce una prestazione comune, ma naturalisticamente divisibile.

Tanto premesso, le S.U. precisano che nessuna norma di legge espressamente dispone che il criterio della solidarietà si applichi alle obbligazioni dei condomini. Ed invero l'art. 1115, primo comma, cod. civ., relativo alle obbligazioni che concretamente sono contratte in solido per la cosa comune, ha valore meramente descrittivo e non prescrittivo e, peraltro, non riguarda il condominio negli edifici e ad esso non si applica. Quanto poi all'art. 1123 cod. civ., la norma disciplina obbligazioni *propter rem*, che nascono come conseguenza dell'appartenenza in comune, in ragione della quota, delle cose, degli impianti e dei servizi e, solo in ragione della quota, ai sensi dell'articolo citato, i condomini sono tenuti a contribuire alle spese per le parti comuni. Richiamando la pronuncia del 1996 della Seconda Sezione, i supremi giudici ritengono che la mera valenza interna del criterio di ripartizione delle spese dettato dal primo comma della norma citata costituisce un <<*espediente elegante, ma privo di riscontro nei dati formali*>> e reputano non convincente l'asserzione secondo cui il secondo comma della medesima disposizione, concernente la ripartizione delle spese per l'uso delle parti comuni destinate a servire i condomini in misura diversa, in proporzione all'uso che ciascuno può farne, renda impossibile l'attuazione parziaria all'esterno; affermano quindi che, quanto all'attuazione, <<*tutte le spese disciplinate dall'art. 1123 citato devono essere regolate allo stesso modo*>>; entrambe le ipotesi hanno, infatti, in comune il collegamento con la *res*, riguardando il primo comma le spese per la conservazione delle cose comuni, rispetto alle quali l'inerenza ai beni é immediata, e concernendo il secondo comma le spese per l'uso, in cui sussiste comunque il collegamento con le cose atteso che l'obbligazione, pur se influenzata nel *quantum* dalla misura dell'uso diverso, non prescinde dalla contitolarità delle parti comuni, che ne costituisce il fondamento. Ne consegue quindi che, configurandosi entrambe le obbligazioni come *obligationes propter rem*, in quanto connesse con la titolarità del diritto reale sulle parti comuni, ed essendo queste obbligazioni comuni naturalisticamente divisibili *ex parte debitoris*, il

vincolo solidale risulta inapplicabile e prevale, invece, <<la struttura intrinsecamente parziaria delle obbligazioni>>.

Secondo le S.U. la solidarietà neppure può ricondursi all'asserita unitarietà del gruppo dei condomini e al riguardo precisano che, pur definendo la giurisprudenza il condominio come ente di gestione, deve tuttavia considerarsi che la figura presuppone che coloro i quali ne hanno la rappresentanza non vengano surrogati dai partecipanti e che, peraltro, gli enti di gestione in senso tecnico - che operano in concreto con specifiche modalità e si caratterizzano, quanto alla loro struttura, per la soggettività e per l'autonomia patrimoniale - costituiscono una categoria definita, pur se non unitaria, cui dalle leggi sono assegnati compiti e responsabilità differenti e la cui eterogenea disciplina é adeguata alle disparate finalità perseguite. Risulta pertanto evidente che, nonostante <<l'opinabile rassomiglianza della funzione>>, le <<ragguardevoli>> diversità della struttura, analiticamente considerate in sentenza unitamente ai poteri dell'amministratore che vincola i singoli nei limiti delle sue attribuzioni e del mandato conferitogli in ragione solo delle rispettive quote, dimostrano <<l'inconsistenza del ripetuto e acritico riferimento dell'ente di gestione al condominio negli edifici>>.

Le S.U. hanno conclusivamente affermato che <<le obbligazioni e la susseguente responsabilità dei condomini sono governate dal criterio dalla parziarietà>>; pertanto <<ai singoli si imputano, in proporzione alle rispettive quote, le obbligazioni assunte nell'“interesse del condominio”, in relazione alle spese per la conservazione e per il godimento delle cose comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza>> e, quindi, <<le obbligazioni dei condomini sono regolate da criteri consimili a quelli dettati dagli artt. 752 e 1295 cod. civ., per le obbligazioni ereditarie, secondo cui i coeredi concorrono al pagamento dei debiti ereditari in proporzione alle loro quote e l'obbligazione in solido di uno dei condebitori tra gli eredi si ripartisce in proporzione alle quote ereditarie>>.

Ne consegue che il contratto, stipulato dall'amministratore, in nome e nell'interesse dei condomini rappresentati e nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetti nei confronti degli stessi rappresentati. Pertanto, una volta conseguita la condanna dell'amministratore, quale rappresentante dei condomini, il creditore può procedere all'esecuzione individualmente nei confronti dei singoli, secondo la quota di ciascuno. Le S.U. non hanno poi mancato di rilevare, nella parte finale della motivazione, che <<la soluzione, prescelta secondo i rigorosi principi di diritto che regolano le obbligazioni contrattuali comuni con pluralità di soggetti passivi, appare adeguata alle esigenze di giustizia sostanziale

emergenti dalla realtà economica e sociale del condominio>> e, pur non sottacendo che <<la solidarietà avvantaggerebbe il creditore il quale, contrattando con l'amministratore del condominio, conosce la situazione della parte debitrice e può cautelarsi in vari modi>>, hanno ritenuto che, comunque, <<appare preferibile il criterio della parziarietà, che non costringe i debitori ad anticipare somme a volte rilevantissime in seguito alla scelta (inattesa) operata unilateralmente dal creditore>> precisando di non ravvisare <<ragioni di opportunità per posticipare la ripartizione del debito tra i condomini al tempo della rivalsa, piuttosto che attuarla al momento dell'adempimento>>.

8. Mercato e pubblica amministrazione (Pasquale Fimiani)

8.1 I conflitti con la P.A.

La nota restrizione costituzionale degli spazi di intervento del giudice ordinario ha collocato la più parte delle decisioni della Suprema Corte all'interno delle questioni di giurisdizione. Nell'ambito di un'articolata *actio finium regundorum* tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria, due profili esprimono evidenti riflessi sul versante sostanziale della tutela nel campo dei rapporti economici tra impresa ed Amministrazione. Il primo è rappresentato dal *contratto stipulato a seguito della gara pubblica*. L'anno 2007 si era chiuso con la sentenza n. 27169 (Rv. 601050) che, con riferimento all'art. 244 del codice dei contratti pubblici e richiamandosi alla teoria della *struttura bifasica* dell'attività contrattuale della P.A. - in cui, ad un primo momento procedimentale di evidenza pubblica finalizzato alla scelta del contraente, segue una fase negoziale, avente inizio con la stipulazione del contratto, nella quale l'Amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale - aveva attribuito alla giurisdizione ordinaria lo scrutinio dei riflessi sul contratto di appalto delle irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte. Questa impostazione ha trovato conferma nell'anno 2008, in particolare con la sentenza n. 10443 (Rv. 602980), che fornisce ulteriori spunti su due questioni non ancora compiutamente definite, quali l'individuazione del soggetto legittimato a richiedere al giudice la pronuncia sul contratto ed i rapporti con la tutela risarcitoria giustificata dalla pronuncia di annullamento degli atti di gara in sede di giurisdizione amministrativa. La stessa sentenza n. 10443 prende in esame la seconda

questione che si è scelto di illustrare, relativa alle condizioni in presenza delle quali un soggetto esercente attività economica in settori di pubblico interesse (nella specie la Rai s.p.a) possa considerarsi *organismo di diritto pubblico*, quindi tenuto all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nel caso di affidamento di lavori o servizi. La questione, sotto diversa prospettiva, è stata esaminata dall'ordinanza n. 24722 del 2008(Rv. 605300), con riguardo ad una società interamente partecipata da un Comune e titolare della gestione del locale porto.

Se nei primi due versanti l'intervento del giudice ordinario sui rapporti economici è mediato dalla soluzione di questioni di giurisdizione, nel campo delle procedure esecutive nei confronti degli enti locali, ed in particolare nel caso di *pignoramento di somme di denaro presso la tesoreria*, egli opera direttamente, in un contesto in cui, alla contrapposizione tra l'interesse del creditore alla tempestiva realizzazione del credito portato dal titolo esecutivo e quello del debitore al rispetto delle garanzie nella fase di aggressione forzata del proprio patrimonio, si aggiunge l'esigenza di prioritaria destinazione dei fondi pubblici a fini di interesse generale. Ciò giustifica l'opportunità di apertura di una terza "finestra", per dare conto del punto di bilanciamento trovato dalle due sentenze n. 10654 (Rv. 602901) e n. 23727 (Rv. 604977), entrambe dell'anno concluso, con una soluzione che (sia pure implicitamente) valorizza da un lato l'efficienza della corretta amministrazione e, dall'altro, il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo quale luogo di compensazione (a cognizione piena, come precisato da S.U. n. 19601 del 2008, Rv. 604339) tra i vari interessi che si confrontano.

8.2 *L'annullamento dell'aggiudicazione della gara pubblica ed i riflessi sulle posizioni sostanziali*

La sentenza n. 10443 ha preso in esame una fattispecie in cui la Rai s.p.a. aveva affidato il servizio di vigilanza armata senza seguire le regole dell'evidenza pubblica, scelta ritenuta in contrasto con le regole sulla concorrenza di derivazione comunitaria dal Consiglio di Stato, che aveva dichiarato la caducazione degli effetti dei contratti stipulati dalla Rai s.p.a. Su ricorso di quest'ultima, la Corte, muovendosi nel solco tracciato dalla sentenza n. 27169 del 2007, ha affermato che <<*il giudice amministrativo esaurisce la propria giurisdizione sulle procedure di affidamento con l'annullamento degli atti di gara e del verbale di aggiudicazione ed eccede i limiti dei propri poteri quando annulli i contratti stipulati all'esito di detta gara o si pronunci sugli effetti di questi [...]* la scelta del Consiglio di Stato in ordine alla caducazione degli effetti del contratto costituisce eccesso di potere esterno dei giudici amministrativi che, con tale

statuizione, si sono sostituiti alla P.A. in una prerogativa di essa, che è quella di determinare l'annullamento del contratto da essa stessa stipulato e la caducazione dei suoi effetti in sede di autotutela o con domanda al giudice ordinario>>.

Il contratto continua, quindi, a rappresentare lo spartiacque tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo), rimesso alla giurisdizione amministrativa, e quello negoziale, in cui la tutela dei diritti resta affidata al giudice civile. I contorni di questa tutela, non sono però compiutamente definiti. Da un lato, possono dirsi ormai consolidate le affermazioni ribadite dalla sentenza n. 9906 del 2008 la quale, dopo aver rilevato che *<<l'annullamento in sede giurisdizionale del verbale di aggiudicazione sul contratto produce l'effetto di travolgere fin dalla sua origine il contratto successivamente stipulato, compresi i diritti soggettivi dallo stesso attribuiti, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione>>* si è occupata degli effetti dell'annullamento nei rapporti tra l'Amministrazione ed il soggetto che, essendo risultato aggiudicatario, abbia iniziato i lavori, precisando che *<<sussiste la responsabilità precontrattuale della P.A. per i danni che l'impresa provi di aver subito per aver fatto affidamento sull'aggiudicazione, mentre per i lavori già svolti spetta all'appaltatore un'indennità e non il corrispettivo di una prestazione resa>>.*

Non ancora definite, invece, sono due ulteriori questioni: il rapporto tra la caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (da dichiararsi da parte del giudice ordinario) e la pronuncia sul risarcimento del danno in via consequenziale all'annullamento stesso (affidata al giudice amministrativo), nonché l'individuazione del soggetto legittimato a richiedere la pronuncia del giudice ordinario sul contratto.

La citata sentenza n. 10443 intende offrire una risposta. Vi si legge che *<<la rilevata caducazione degli effetti del contratto stipulato, come conseguenza dell'annullamento della procedura illegittima, non sembra costituire nel caso una forma di "reintegrazione in forma specifica" mai chiesta dalla ricorrente e decisa dal Consiglio di Stato di ufficio al solo fine di rigettare la domanda di risarcimento del danno per equivalente, sulla quale neppure dovrebbe esservi una pronuncia specifica, essendo la domanda della ricorrente proposta solo in subordine al mancato accoglimento del ricorso proposto in via principale accolto dal giudice, secondo quanto si afferma nella decisione stessa. Anche a non considerare che un siffatto annullamento reintegratorio dovrebbe essere disposto dal giudice ordinario ovvero in via di autotutela dalla stessa Rai s.p.a. per evitare il superamento dei limiti esterni dei poteri del*

giudice amministrativo (in tal senso potrebbe leggersi S.U. 31 marzo 2005 n. 6743), deve però negarsi che oggi unica legittimata a chiedere in via giurisdizionale l'annullamento del contratto sia l'amministrazione aggiudicatrice che, con la sua condotta illegittima, ha determinato l'annullamento della gara e dell'aggiudicazione (in tal senso Cass. 8 maggio 1996 n. 4269, che sembra ritenere sussistere lo straripamento di potere se l'annullamento non avviene a iniziativa del soggetto aggiudicatore)>>.

Dal tenore delle argomentazioni emerge come “i lavori”, sui due temi, “siano ancora in corso”, anche se, sulla prima questione, l’affermata estraneità della caducazione degli effetti del contratto al concetto di <<reintegrazione in forma specifica>>, sembra aver rappresentato un punto di riferimento per la giurisprudenza amministrativa, giunta alla conclusione che <<alla richiesta di annullamento dell’aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi>> (Cons. St., Ad. Plen. 30 luglio 2008, n. 9, che, inoltre, valorizza il giudizio di ottemperanza quale momento di effettiva tutela e composizione degli interessi).

8.3 Quando l’impresa a rilevanza pubblica è “organismo di diritto pubblico”

Nell’anno 2008 la Corte ha affrontato in due occasioni la questione se il soggetto, esercente attività economica in settori di pubblico interesse, sia da qualificarsi *organismo di diritto pubblico* e, quindi, debba seguire le regole dell’evidenza pubblica nel caso di affidamento di lavori o servizi. La sentenza n. 10443, nella descritta fattispecie in cui la Rai s.p.a. non aveva seguito le regole dell’evidenza pubblica, ricordate le *tre condizioni* che, secondo la Corte di Giustizia (sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96), individuano i soggetti tenuti a osservare le norme comunitarie nello affidamento degli appalti: <<1) essere costituiti per soddisfare interessi generali, di carattere non industriale o commerciale; 2) essere dotati di personalità giuridica; 3) svolgere un’attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali e da organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, ovvero il cui organo d’amministrazione è costituito da membri, più della metà dei quali è designata da essi>>, ha così risposto ai rilevi della ricorrente Rai s.p.a. secondo cui “quando vi sia una situazione di effettiva concorrenza, la fattispecie dell’organismo di diritto pubblico è difficilmente configurabile, a differenza da quanto accade quando l’offerta dei bisogni

soddisfatti dalla persona giuridica avvenga in esclusiva e in modo da impedire la competitività con altre imprese” e “ l'identificazione dei bisogni di interesse generale non commerciale o industriale, non può rilevarsi dalla natura dei bisogni, ma dal modo in cui l'attività è espletata; deve trattarsi di interesse non solo pubblico ma generale, da soddisfare con lo svolgimento di attività non avente natura commerciale o industriale, dovendosi tutelare la concorrenza anche per le società a capitale pubblico, che agiscano per soddisfare bisogni della natura da ultimo indicata”. Così <<la RAI s.p.a. è impresa pubblica sotto forma societaria, perchè lo Stato ha una partecipazione rilevante in essa, detenendone la maggioranza del capitale e conservando ancor oggi, a mezzo della Commissione parlamentare di vigilanza, il potere di nominare i sette noni del suo consiglio di amministrazione ([D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177](#), art. [49](#): da ora T.U. della radiotelevisione). Il T.U. citato, chiarisce, all'art. 7, che la RAI è "la società concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo" istituita "al fine di favorire l'istruzione, la crescita civile e il progresso sociale, di promuovere la lingua italiana e la cultura, di salvaguardare l'identità nazionale e di assicurare prestazioni di utilità sociale", con il contributo pubblico da essa percepito, costituito dal canone versato dagli utenti; nella norma si precisa poi che l'informazione radiotelevisiva di qualsiasi emittente costituisce comunque un "servizio di interesse generale">>. Inoltre <<la sopravvenuta abrogazione di parte delle norme della [L. n. 206 del 1993](#), istitutiva della RAI s.p.a., non fa venir meno la qualifica di "impresa pubblica" e "organismo di diritto pubblico", ai sensi del [D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157](#), art. [2](#) e [D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158](#), art. [2](#), testi normativi oggi inglobati, anche in attuazione delle Direttive n.ri 17 e 18 del 31 marzo 2004, nel [D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163](#), cioè nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture>>.

La qualifica come "impresa pubblica" e "organismo di diritto pubblico" è propedeutica all'individuazione delle regole da seguire nell'affidamento dei lavori, operata dalla sentenza ricorrendo ai <<principi enunciati nelle Direttive 90/531/CEE del 17 settembre 1990 e 93/38/CEE del 14 giugno 1993, relativi alla disciplina delle procedure d'appalto dai soggetti aggiudicatari che operano nel settore delle telecomunicazioni, tra cui sono espressamente indicati le "imprese pubbliche", che mettono a disposizione o gestiscano "reti pubbliche di telecomunicazione" o prestano "uno o più servizi pubblici di telecomunicazione">>.

A queste ultime imprese – si osserva – <<per gli appalti di servizi che non siano di radiodiffusione e televisione e eccedano la soglia di valore di cui alle Direttive comunitarie, devono applicarsi le regole delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta dell'appaltatore,

per le quali ha giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo>>. L'affermazione è così spiegata: <<dai "considerando" della [Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992](#) si rileva che "l'aggiudicazione di contratti relativi a determinati servizi audiovisivi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive, è retta da considerazioni che rendono inappropriata l'applicazione delle norme sugli appalti".In tal modo implicitamente sono considerati vincolati alle norme comunitarie, i contratti di appalto di servizi in settori diversi da quelli di cui sopra, tra cui quelli indicati negli allegati alle direttive stesse, allorché debbano essere stipulati da tutte le imprese del settore delle telecomunicazioni e ovviamente anche da quelle pubbliche degli Stati membri che operano nel settore radiotelevisivo, tra cui è la RAI s.p.a, alla quale lo Stato italiano ha affidato il servizio pubblico.La Rai ovviamente non è tenuta a osservare la normativa Cee per i contratti del settore in cui opera e deve rispettarla per appalti di servizi diversi>>.

La sentenza, poi, si confronta con il criterio ermeneutico *del fine prevalente*, dando atto che la Corte di Giustizia in più occasioni ha ritenuto l'esclusione di un fine principalmente lucrativo come caratterizzante l'impresa pubblica (Corte di Giust. 22 maggio 2003 in C-18/01 e 3 ottobre 2000 in C- 380/98), e non ha dato rilievo all'esistenza di imprese concorrenti nella fornitura dello stesso servizio per determinare l'esclusione delle modalità di affidamento di appalti previsti nelle Direttive europee (così Corte di Giust. 27 febbraio 2003 in causa C-373/99). Anche alla luce di tale criterio, peraltro, trova conferma la natura di impresa pubblica della Rai, che <<*gestisce un servizio che risponde a bisogni riconosciuti come "generali" e non solo pubblici dalla legislazione, in un settore nel quale lo Stato intende conservare influenza, dando in concessione il servizio pubblico pagato in parte comunque significativa e per la realizzazione di fini non commerciali, dal canone degli utenti. Le modalità di esercizio dell'attività della [Rai s.p.a.] sono pubbliche e devono rispondere all'interesse generale, in corrispondenza degli obblighi concessori [...] tendenti a realizzare fini di interesse generale e non meramente pubblico. Come impresa pubblica, operante nel settore dei servizi "pubblici" di telecomunicazioni radio e televisive in concessione, la [Rai s.p.a.] è un organismo costituito per soddisfare finalità di interesse generale, oggi normativamente individuate all'art. 7 del T.U. della radiotelevisione ed è soggetta al controllo dello Stato. [Detta società] deve qualificarsi organismo di diritto pubblico, in quanto resta ancora l'impresa "pubblica", cui lo Stato ha affidato la gestione del servizio "pubblico" radiotelevisivo su cui intende conservare la sua influenza; essa quindi deve osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica nella scelta*

dei propri contraenti per gli appalti dei servizi (ad eccezione di quelli "esclusi" del settore radiotelevisivo)>>.

La conclusione è che la Rai s.p.a. *<<deve tenere conto delle norme comunitarie e interne negli appalti dei servizi accessori, anche se, per assicurare i migliori servizi di telecomunicazione radiotelevisiva, nessun vincolo comunitario esiste a suo carico nella scelta dei contraenti, che forniscono servizi di radiodiffusione e televisione, per i quali del resto la medesima libertà hanno le imprese concorrenti che operano nella stessa zona geografica a condizioni identiche>>.* Sussiste, pertanto, *<<l'obbligo della RAI s.p.a. di assegnare l'appalto del servizio di vigilanza armata dei suoi cespiti immobiliari, con il procedimento a evidenza pubblica di cui alle norme comunitarie, non rispettato nel caso per il carattere riservato, alle imprese invitate, della gara e per la discriminazione che impediva ai raggruppamenti di imprese di partecipare alla stessa, oltre che per le prescrizioni tecniche difformi da quelle comunitarie>>.*

Con l'ordinanza n. 24722 del 2008, la Corte ha esaminato una fattispecie relativa ad una *gara indetta da società per azioni interamente partecipata da un Comune*, avente ad oggetto la redazione del progetto definitivo di ammodernamento ed ampliamento del locale porto. Nell'ambito del giudizio di annullamento dell'aggiudicazione, detta società aveva proposto regolamento di giurisdizione, sostenendo che la causa sarebbe dovuta essere proposta davanti al giudice ordinario perchè, da parte sua, non aveva agito in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ma come un *<<qualsiasi altro soggetto imprenditoriale>>* interessato allo svolgimento di un'attività economica diretta alla produzione di beni e servizi in regime di libera concorrenza.

L'ordinanza ha affermato sussistere i tre requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria per la qualifica di organismo di diritto pubblico: personalità giuridica, dominanza pubblica (essendo la società interamente partecipata dal Comune) e svolgimento di attività che soddisfa interessi di carattere generale (espletando la stessa una serie di attività riconducibili ad un servizio pubblico locale).

Al riguardo ha ricordato che, secondo la Corte di Giustizia, *<<un organismo può avere sostanza di diritto pubblico pur rivestendo una forma di diritto privato (sent. 15/5/2003, in causa C-214/2000), perchè non è tanto la veste giuridica che conta, quanto l'effettiva realtà interna dell'ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di un certo tipo di bisogni, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere, senza che venga in rilievo al riguardo la maggiore o minore quantità di spazio ad essi dedicato, visto che per la*

qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali (sentt. 10/11/1998 in C-360/1996 e 22/5/2003 in C-18/2001)>>.

L'obiezione che la qualifica di organismo di diritto pubblico spetterebbe soltanto nell'espletamento di servizi pubblici, e non quando la società partecipata agisca in veste meramente privata per il perseguimento di un personale scopo utilitaristico, è stata respinta dalla Corte, *<<non soltanto perchè, riuscendo a soddisfare i bisogni di un'ampia collettività di soggetti, l'ampliamento e l'ammodernamento di un porto costituisce un evento che non può essere ridotto a un fatto puramente privato ed individuale, (v., sia pure in relazione ad un interporto, C. Cass. SU 2005/9940), ma ancor prima perchè in base alla normativa di riferimento, non è possibile distinguere gli appalti direttamente in rapporto con l'interesse pubblico da quelli che tale connessione non hanno perchè lo status di organismo di diritto pubblico dipende unicamente dalla contemporanea presenza dei tre requisiti sopra ricordati e non dal tipo di attività di volta in volta esercitata, come del resto già chiarito dalla stessa Corte di Giustizia, secondo la quale l'esigenza di certezza del diritto esclude che la qualifica di un ente possa variare in funzione dell'oggetto degli appalti che pertanto, se aggiudicati da un organismo classificabile tra quelli di diritto pubblico, ricadono tutti sotto la disciplina comunitaria indipendentemente dall'obiettivo particolare che si prefiggono (sentt. 15/1/1998 in C-44/1996 e 11/1/2005 in C-26/2003)>>.* Inoltre *<<le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a seguire le regole comunitarie o quelle dei procedimenti ad evidenza pubblica pure per quegli affidamenti che non siano strumentali alla gestione di un pubblico interesse (C. Cass. SU n. 6487 del 2002 e n. 1479 del 2004)>>.*

8.4 La pubblica amministrazione nel processo esecutivo

Il processo di esecuzione rappresenta il luogo in cui si contrappongono l'interesse del creditore alla tempestiva realizzazione del credito portato dal titolo esecutivo e quello del debitore al rispetto delle garanzie nella fase di aggressione forzata del proprio patrimonio. Le esigenze di trasparenza ed effettività, trovano in questa sede occasione di confronto e richiedono al giudice l'individuazione di un punto di bilanciamento, specialmente quando il debitore riveste una posizione qualificata, quale è quella dell'ente locale soggetto a procedure espropriative. In questo caso, infatti, *l'impignorabilità delle somme destinate alle spese essenziali (coinvolgenti*

anche interessi di natura economica esterni al funzionamento in sé della P.A. ed all'erogazione dei suoi servizi), nella disciplina dettata prima dall'art. 113 d.lgs. 25.2.1995, n. 7 e successivamente dall'art. 159 del d. lgs. 18.8.2000, n. 267 - come rispettivamente integrati dalla Corte costituzionale con le pronunce additive n. 69 del 1998 e n. 211 del 2003 - è subordinata al rispetto di regole ben precise da parte dell'ente locale (adozione da parte dell'organo esecutivo di deliberazione semestrale di preventiva quantificazione degli importi delle somme destinate alle suddette finalità; notificazione di essa al soggetto tesoriere dell'ente locale; divieto di emissione di mandati a titoli diversi da quelli vincolati, senza seguire l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non è prescritta fattura, delle deliberazioni di impegno da parte dell'ente stesso).

L'individuazione del punto di bilanciamento, si rinviene nelle due sentenze n. 10654 e n. 23727 del 2008. La prima ha affermato: *<<nel pignoramento di crediti del debitore verso terzi, il vincolo di indisponibilità che, ai sensi dell'art. 546 cod. proc. civ., si produce con la notificazione al terzo dell'atto di pignoramento contenente l'ingiunzione prevista dall'art. 492 cod. proc. civ., sussiste anche qualora, dopo la notifica del pignoramento di un credito vantato dal comune esecutato nei confronti della banca esercente il servizio di tesoreria, il comune renda la dichiarazione prevista dall'art. 113 del d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, che le somme di sua pertinenza giacenti presso il tesoriere comunale sono vincolate a fini speciali, non avendo detta dichiarazione effetto retroattivo e, quindi, non essendo opponibile al creditore procedente>>.*

La penalizzazione dell'ente locale che ritardi l'adozione della delibera di preventiva quantificazione degli importi delle somme destinate alle spese essenziali, apre, evidentemente, lo spazio per la tutela dei comportamenti puntuali e rispettosi delle regole anche processuali. Ed infatti, la (seconda) sentenza n. 23727 così risolve la diversa ipotesi in cui l'ente locale abbia adottato detta delibera, in modo tempestivo e corretto, ma non sia comparso all'udienza fissata per la dichiarazione del terzo. Invero *<<in tema di espropriazione forzata nei confronti degli enti locali avente ad oggetto somme giacenti presso il tesoriere, questi, in quanto ausiliare del giudice, ha il dovere di precisare nella dichiarazione prevista dall'art. 547 cod. proc. civ. se esistono presso di lui somme di cui è debitore verso l'ente locale, nonché quale ne è la condizione in rapporto alla delibera di destinazione a lui notificata ed ai pagamenti successivi; in caso di assenza dell'ente locale debitore, il giudice, sulla base di tale dichiarazione e della documentazione depositata, può, anche d'ufficio, dichiarare la nullità del pignoramento, ove*

accerti che è caduto su somme destinate alle finalità di cui all'art. 159, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che le stesse sono contemplate dalla delibera di preventiva quantificazione adottata dall'organo esecutivo e notificata al tesoriere, di cui al successivo comma 3, ed altresì che non sussiste la condizione preclusiva dell'impignorabilità delle somme prevista dalla sentenza della Corte costituzionale n. 211 del 2003 (emissione, dopo l'adozione della delibera indicata e la relativa notificazione al soggetto tesoriere dell'ente locale, di mandati a titoli diversi da quelli vincolati, senza seguire l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non è prescritta fattura, delle deliberazioni di impegno da parte dell'ente stesso)>>.

In definitiva, il rispetto delle regole di trasparenza nella destinazione dei fondi pubblici, *anche in assenza di specifica richiesta* (stante la mancata presenza dell'ente locale all'udienza), trova piena tutela in sede giurisdizionale. La stessa sentenza, peraltro, in una prospettiva di generale composizione degli interessi in gioco, affida la tutela del creditore procedente, che intenda far valere l'inefficacia del vincolo di destinazione, all'opposizione agli atti esecutivi, precisando che *<<nel relativo giudizio è suo onere allegare gli specifici pagamenti per debiti estranei eseguiti successivamente alla delibera, mentre, in base al principio della vicinanza della prova, spetta all'ente locale provare che tali pagamenti sono stati eseguiti in base a mandati emessi nel rispetto del dovuto ordine cronologico>>.*

L'indubbia valorizzazione del ruolo del giudice, conferma, anche per questa via, come il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo non abbia la funzione di mera quantificazione del credito aggredito, ma che *<<pur essendo occasionato da un procedimento esecutivo, si configura come un vero e proprio giudizio di cognizione sull'esistenza del credito del debitore esecutato nei confronti del terzo pignorato, in quanto risponde all'esigenza di certezza sull'ammontare del credito stesso, si svolge secondo le regole normali del giudizio di cognizione (art. 548 cod. proc. civ.) e si conclude con una sentenza di accertamento dell'esistenza del credito (art. 549 cod. proc. civ.), soggetta ai normali rimedi impugnatori>>* (ordinanza n. 19601 del 2008, che, sulla base di tali affermazioni, ha ritenuto proponibile il regolamento preventivo di giurisdizione nell'ambito di tale giudizio).

9. Impresa e potestà impositiva (Guido Mercolino)

9.1 Profili tributari delle attività economiche: autonomia negoziale e principio di legalità

Nello svolgimento delle attività economiche, i rapporti tributari hanno assunto da tempo un rilievo particolare, per l'incidenza del carico fiscale, la cui valutazione rappresenta ormai un fattore determinante nel compimento delle scelte operative, ma anche per effetto della sempre più ampia utilizzazione da parte del legislatore di tale leva come strumento di indirizzo, al fine di promuovere o disincentivare determinati fenomeni, in funzione della realizzazione dei propri obiettivi di politica economica e sociale. Questa tendenza implica che il giudice debba tener conto di tali profili sia nella risoluzione delle controversie coinvolgenti direttamente una pretesa impositiva sia nell'esame di questioni apparentemente estranee alla materia tributaria, riscontrata la rilevanza di tali aspetti nella formazione della volontà delle parti.

Nel nostro ordinamento l'importanza dell'intervento giudiziale è connaturata alle caratteristiche del sistema fiscale, il quale, in ossequio al principio della riserva di legge posto dall'art. 23 Cost., disciplina le singole imposte secondo un metodo prevalentemente casistico, ovverosia articolato su fattispecie tipiche, la cui applicazione non solo mal si presta all'elaborazione di principi generali (in quanto la disciplina di ciascuna imposta tende a configurarsi come un microsistema autosufficiente), ma, imperniandosi sulla qualificazione giuridica dell'operazione, non agevola il tentativo di far emergere la sostanza economica del rapporto, a fronte della veste formale conferitagli dalle parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale. Ciò ha permesso il diffondersi di pratiche volte a realizzare risparmi d'imposta attraverso l'utilizzazione di contratti atipici, alla cui proliferazione solo in tempi relativamente recenti il legislatore ha tentato di porre un freno mediante l'introduzione di norme generali antielusive, e la cui contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria pone, in sede d'interpretazione delle norme tributarie, il problema di contemperare il perseguimento delle finalità avute di mira dalla legge con il rispetto dei vincoli, anche di natura costituzionale, posti a garanzia dei diritti del contribuente.

9.2 Il divieto di abuso del diritto come clausola antielusiva (in materia di IVA)

Nella giurisprudenza della Suprema Corte, tale esigenza ha trovato sbocco nell'elaborazione del principio secondo cui è precluso al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante il ricorso a strumenti giuridici la cui utilizzazione non trovi giustificazione in ragioni

economicamente apprezzabili, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici. Tale principio trova fondamento nel divieto di abuso del diritto, il quale, peraltro, pur essendo conosciuto da tempo in dottrina, ed essendo stato applicato anche dalla giurisprudenza in riferimento ad altri settori dell'ordinamento, ha fatto il suo ingresso nella materia tributaria per il tramite della legislazione e della giurisprudenza comunitarie, essendosi soltanto da poco riconosciuto che esso trova riscontro anche nei principi che informano il nostro sistema tributario. Le sentenze nn. 20398 (Rv. 584630) e 22932 (Rv. 585562) del 2005, dato atto che prima dell'introduzione dell'art. 37-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 da parte dell'art. 7 del d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 non esisteva nel nostro ordinamento fiscale una clausola generale antielusiva, avevano infatti affermato che la regola secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale poteva essere desunta dalle fonti comunitarie e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, osservando che nelle stesse stava emergendo un principio contrario all'abuso del diritto, in virtù del quale deve ritenersi consentita la disapplicazione della normativa comunitaria ogni qualvolta si accerti che essa sia stata utilizzata al solo scopo di eludere l'applicazione del diritto interno. Nella giurisprudenza di legittimità, tale principio aveva trovato applicazione non soltanto nella materia delle imposte indirette (cfr. sent. n. 10352 del 2006, Rv. 590002), in riferimento alla quale il divieto in questione risulta espressamente codificato dalla direttiva n. 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977 (cd. sesta direttiva, ora sostituita dalla direttiva n. 06/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006), ma anche nella materia delle imposte dirette (cfr. sent. n. 20816 del 2005, Rv. 584572; n. 21221 del 2006, Rv. 593682; n. 22023 del 2006, Rv. 595308; n. 8772 del 2008, Rv. 603114), in ordine alla quale l'art. 93 del Trattato UE non attribuisce alle istituzioni comunitarie alcuna competenza: ciò ha indotto ad interrogarsi sul fondamento normativo del divieto e sulle condizioni richieste per la sua operatività, non emergendo con chiarezza, dalla giurisprudenza comunitaria, se, ai fini della disapplicazione della norma che prevede il beneficio, il conseguimento del risparmio fiscale dovesse rappresentare lo scopo esclusivo o anche solo prevalente dell'operazione posta in essere dal contribuente.

Quest'ultima questione era stata rimessa alla Corte di Giustizia, la quale, con sentenza del 21 febbraio 2008, in causa C-425/06, Part Service, si è riportata a quanto affermato nella precedente sentenza del 21 febbraio 2006, in causa C-255/02, Halifax, chiarendo che una pratica commerciale in tanto può essere considerata abusiva in quanto il vantaggio fiscale perseguito dal contribuente costituisca lo scopo non già esclusivo, bensì soltanto essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse. In applicazione di tale principio, la Suprema

Corte, con la sentenza n. 25374 del 2008, ha quindi affermato, in tema di IVA, che il frazionamento di un contratto di *leasing* in una pluralità di contratti distinti, aventi ad oggetto rispettivamente la concessione dell'utilizzazione del bene, il procacciamento della provvista finanziaria necessaria e l'assicurazione contro i rischi della perdita o del deperimento economico del bene fornito, può configurare un abuso di forme giuridiche, in quanto volto a ridurre l'importo del corrispettivo soggetto ad imposta; ne consegue la sua inopponibilità all'Amministrazione finanziaria, la quale può qualificare la fattispecie come un'unica operazione, assumendo come base imponibile la sommatoria dei corrispettivi contrattuali pagati dall'utilizzatore.

9.3 I benefici fiscali nelle operazioni straordinarie e l'abuso delle forme giuridiche

In tema di imposte dirette, invece, la nozione di abuso del diritto ha trovato un'importante applicazione, nell'anno 2008, con riferimento alla materia delle operazioni straordinarie, nella quale la tensione tra l'attuazione del principio di cui all'art. 53 Cost. e le finalità promozionali della normativa vigente emerge con particolare evidenza: in questo settore, infatti, alla frequente diversità dei criteri cui si ispirano la disciplina civilistica e quella tributaria, ed alla conseguente necessità di ricostruire i flussi finanziari intercorrenti tra i diversi soggetti coinvolti, superando talvolta lo schermo della distinta personalità giuridica, si contrappone la natura oggettivamente agevolativa della legislazione, sia interna che comunitaria, volta a promuovere la concentrazione delle attività imprenditoriali, in funzione del miglioramento della produttività e del rafforzamento della competitività a livello internazionale. In riferimento ad una fattispecie in cui una società, dopo averne incorporata un'altra della quale deteneva l'intero pacchetto azionario, aveva riportato in bilancio quote di ammortamento dell'avviamento relativo ad un ramo d'azienda contestualmente conferito dalla società incorporata ad una terza società, a sua volta incorporata dalla conferente, nonchè una plusvalenza pari al costo del conferimento, a compensazione del disavanzo di fusione, la sentenza n. 23633 del 2008 (Rv. 604638), ha affermato che la disciplina fiscale di favore prevista dall'art. 123, comma secondo, del d.P.R. n. 917 del 1986 si applica solo alle operazioni che sono direttamente imputabili all'atto di fusione e non anche ad operazioni eventualmente concorrenti, trattandosi di una norma di carattere eccezionale, la quale trova giustificazione nella circostanza che ordinariamente il disavanzo di fusione non costituisce di per sé una perdita deducibile, ma deriva dalla differenza tra il valore fiscale della partecipazione che viene annullata e il valore contabile dei beni acquisiti.

Nell'occasione, è stato altresì precisato che la retrodatazione degli effetti fiscali della fusione all'inizio dell'esercizio non può determinare una sorta di confusione tra cessione del ramo di azienda ed incorporazione, che restano operazioni ben distinte, avvertendosi che *<<se così non fosse, l'operazione non potrebbe non essere considerata meramente elusiva>>* e richiamandosi il principio secondo cui *<<l'esame delle operazioni poste in essere dall'imprenditore, ai fini del riconoscimento del diritto alla deduzione per gli oneri economici, deve essere compiuto anche alla stregua del principio, desumibile dal concetto di abuso del diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria [...], secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni che, seppure realmente volute ed immuni da invalidità, risultino, da un insieme di elementi obiettivi, compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale>>*.

Nella medesima sentenza, si chiarisce tuttavia che il disconoscimento degli effetti delle operazioni elusive non esclude l'operatività del principio di legalità nè la liceità di comportamenti volti a minimizzare il carico fiscale. Considerazione, questa, che, sebbene non esplicitata, sembra essere alla base della decisione assunta con la sentenza n. 8236 del 2008 (Rv. 602328), nella quale la S.C. ha ritenuto che il disavanzo di fusione possa essere impiegato per l'iscrizione di plusvalenze non solo relative all'acquisto di beni strumentali, ma anche di ogni altro bene della società incorporata. A fondamento di tale affermazione è stato infatti richiamato il principio, già enunciato in altra sentenza, secondo cui nel caso di fusione per incorporazione di una società di capitali, le cui azioni o quote siano interamente possedute dall'incorporante, quest'ultima, annullando le azioni o quote medesime, ha facoltà di recuperare contabilmente il maggior costo di esse rispetto al minor valore di libro del patrimonio netto dell'incorporata, ove la relativa divergenza dipenda dalla valutazione delle rimanenze finali dell'incorporata stessa, iscrivendo nel passivo di bilancio (o del conto economico) una corrispondente posta di rivalutazione delle rimanenze iniziali, senza con ciò incorrere in un incremento del reddito imponibile; ed è stato precisato che nella specie, trattandosi di una società finanziaria, tale criterio poteva trovare applicazione anche alla valutazione dei titoli in possesso della società incorporata, configurandosi essi per tale società come beni-merce.

9.4 L' intervento delle Sezioni Unite sulla regola generale antielusiva (da un caso di dividend stripping)

Affermatosi così anche nel settore delle imposte dirette, il divieto di abuso del diritto ha trovato da ultimo consacrazione nella sentenza n. 30057 del 2008 (ed in altre due, in pari data, emesse

con riguardo alla contigua vicenda del *dividend washing*), con cui le Sezioni Unite hanno focalizzato fondamento normativo e modalità di applicazione di tale principio. Nell'esaminare gli effetti fiscali della pratica commerciale denominata *dividend stripping* - la quale consente ad una società estera titolare di partecipazioni azionarie di fruire indebitamente del credito d'imposta previsto dall'art. 14 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, mediante la costituzione di un diritto di usufrutto a favore di una società italiana verso un corrispettivo che tiene conto dei vantaggi fiscali dell'operazione - i giudici di legittimità hanno infatti chiarito che, in tema di tributi non armonizzati, la regola generale antielusiva trova la sua fonte non già nella giurisprudenza comunitaria, bensì nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposta, i quali costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente benefici e vantaggi di qualsiasi genere. Tale regola - è stato precisato - non contrasta con il principio della riserva di legge, in quanto <<*non si traduce nell'imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali*>>, il quale rende inopponibili all'Amministrazione finanziaria i benefici fiscali derivanti dall'operazione elusiva, ancorché la stessa sia stata posta in essere anteriormente all'entrata in vigore di specifiche norme antielusive. Rispetto alla regola in questione, infatti, queste norme si pongono in rapporto di *species a genus*, costituendo la loro emanazione un mero sintomo dell'esistenza del principio generale, di cui non escludono l'applicabilità nei singoli casi: la circostanza <<*che una specifica norma antielusiva abbia preso in considerazione uno dei benefici che tipicamente derivano dal negozio abusivo non vuol dire*>> infatti <<*che il giudice tributario non possa, prendendo atto [...] della valutazione espressa di elusività dell'operazione compiuta dal legislatore, utilizzare lo strumento dell'inopponibilità all'Amministrazione [...] anche per ogni altro profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva*>>.

La riconduzione del divieto di abuso del diritto alle norme costituzionali, anziché a quelle comunitarie, pur escludendo l'operatività del principio che impone di assicurare, in sede processuale, la prevalenza di queste ultime sul diritto interno, non ne impedisce peraltro l'applicazione anche nel giudizio di legittimità: premesso infatti che il carattere impugnatorio del giudizio tributario assegna all'Amministrazione finanziaria il ruolo di attore soltanto nel senso che il fondamento e l'entità della pretesa da essa azionata non possono avere latitudine diversa da quella risultante dall'atto impositivo, le Sezioni Unite hanno chiarito che il tema relativo all'esistenza, validità ed opponibilità dei negozi da cui si assume che originino

determinati costi e crediti d'imposta <<è acquisito al processo per effetto dell'allegazione da parte del contribuente, ovviamente gravato dall'onere di provare i presupposti di fatto per l'applicazione delle norme da cui discendono i costi ed i crediti vantati>>, con la conseguente rilevanza d'ufficio delle eventuali cause di invalidità o inopponibilità del contratto la cui esistenza sia stata dedotta dal contribuente al fine di paralizzare la pretesa tributaria, con il solo limite del giudicato interno eventualmente formatosi sul punto.

CAP. III

I DIRITTI DELLA PERSONA E DELLE FORMAZIONI SOCIALI

1. Introduzione (Maria Acierno)

In tutte le decisioni che hanno richiesto una riflessione sul contenuto attuale dei diritti fondamentali della persona e delle formazioni sociali, la Corte ha assunto orientamenti che, pur nella varietà delle soluzioni adottate, sono fondati su criteri unificanti e si caratterizzano per la direzione verso il potenziamento e l'estensione della tutela della dignità personale in tutte le forme di estrinsecazione che i casi concreti hanno posto in rilievo. Le soluzioni adottate hanno messo in evidenza il rilievo che la Corte ha attribuito alla propria funzione nomofilattica sia nella configurazione attuale di diritti tradizionalmente appartenenti alla categoria dei diritti inviolabili (il diritto alla riservatezza ed il diritto di cronaca in particolare) sia nella definizione, mediante una adeguata selezione degli interessi, del contenuto e delle concrete modalità di esercizio del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte personali più rilevanti. Ciò, in particolare, con riguardo a quelle scelte che richiedono per essere soddisfatte, l'intervento di competenze tecniche o tecnologiche esterne. (il diritto all'autodeterminazione terapeutica e al rifiuto delle cure mediche se ritenute non rispettose del proprio personale parametro della dignità personale anche nelle scelte di *fine vita*). Su questo versante, la Corte ha sottolineato la natura inviolabile dei diritti che si fondano sull'autodeterminazione escludendo che le decisioni relative alla personale modalità d'intendere e condurre un'esistenza dignitosa possano essere assunte o condizionate dall'interferenza dell'interesse pubblico. Il principio, come sarà più incisivamente illustrato nell'esame specifico della pronuncia delle S.U. n.27145 del 2008 (Rv. 605231), contiene un nucleo innovativo che riguarda sia il contenuto del diritto esaminato sia il ruolo rivestito dal Giudice, quello proprio di una *Corte dei diritti*. Quando l'autodeterminazione può essere esercitata in condizioni di piena consapevolezza o mediante una puntuale e rigorosa

ricostruzione della volontà soggettiva, l'autonomia della scelta deve poter essere esercitata in modo assoluto. La Corte interviene sul concreto esercizio del diritto indicando le condizioni di preventiva informazione, auto responsabilità e consapevolezza, senza le quali non può essere esercitato; ma in presenza di questi requisiti non ne sottomette la libera esplicazione a nessun altro interesse, sapendo che questo ambito è profondamente inciso da opzioni di valore e culturali che connotano anche la nozione d'interesse pubblico. Ma non è solo nell'ambito delle nuove emergenti esigenze di riconoscimento della libertà individuale che si è caratterizzato l'intervento della Suprema Corte. Anche nel campo, di primaria rilevanza costituzionale ed internazionale, dei diritti umani la Corte è intervenuta assumendo decisioni che hanno interessato, per quanto riguarda gli stranieri non appartenenti all'Unione Europea, le domande di protezione umanitaria e il diritto all'unità familiare nel preminente interesse del minore. (S.U. n. 27310 del 2008 in corso di massimazione sullo *status* di rifugiato e la sentenza n. 7472 del 2008, Rv. N. 602591 sul ricongiungimento familiare di un minore straniero legato ad una famiglia con vincolo di "kafalah"). Non poco clamore hanno suscitato poi i principi, ribaditi e sviluppati con rinnovata fermezza, formulati in una serie di decisioni sulla giurisdizione relativa a domande di risarcimento di danni anche nei confronti della Repubblica Federale Tedesca per crimini contro l'umanità commessi nel corso della seconda guerra mondiale, tra gli altri, da appartenenti all'esercito germanico. La Corte ha stabilito che, rispetto al compimento di atti gravemente lesivi della libertà e della dignità umana, come i crimini contro l'umanità, il principio della sovranità statale non determina alcuna immunità rispetto all'esercizio della giurisdizione proprio perché la tutela dei diritti fondamentali è affidata a norme inderogabili che si pongono al vertice dell'ordinamento internazionale e prevalgono su ogni altra disposizione internazionale, anche di carattere consuetudinario. Il rilievo delle fonti internazionali e comunitarie è peraltro al centro del percorso giustificativo ed argomentativo seguito dalla Corte come giudice supremo dei diritti fondamentali. Si riscontra, in tutte le pronunce che verranno esaminate, la consapevolezza che i diritti fondamentali assumono connotazioni e richiedono tecniche di tutela sempre diverse e fortemente condizionate, da un lato, dalla specificità del caso concreto ma, dall'altro, dalla dimensione sempre più "globale" non solo del quadro di riferimento delle fonti ma anche della pluralità dei modelli culturali e di valori emergenti dalle domande di tutela. La Corte è il giudice supremo dei diritti fondamentali anche perché questa tipologia di diritti trova la sua forma di tutela più efficace nell'intervento delle Corti nazionali e internazionali. Tuttavia anche nelle decisioni esclusivamente riconducibili all'ordinamento interno, l'intervento della Corte ha svolto la medesima funzione di definire il contenuto e le

modalità di esercizio anche sotto il profilo della individuazione degli strumenti processuali più efficaci a sostegno dei diritti affermati e riconosciuti. Questa tendenza si è sviluppata nelle decisioni riguardanti il settore del diritto di famiglia, investito dalla recente riforma dell'affido condiviso, che ha visto la Corte riconoscere ad entrambi i genitori identiche facoltà e responsabilità anche in situazioni di aspra conflittualità coniugale e relegare l'affidamento esclusivo ad un solo genitore solo nelle estreme situazioni di reale pregiudizio per il minore derivanti dall'assunzione del modello dell'affido condiviso. I diritti del minore sono stati al centro dell'attenzione della Corte sia sotto il profilo del diritto alla conservazione della residenza abituale in caso di sottrazione internazionale del minore sia nella separazione e nel divorzio. Il luogo di residenza e dimora effettiva ed attuale del minore è stato ritenuto decisivo al fine di determinare il giudice competente a disporre la prosecuzione oltre il biennio dell'affido temporaneo o ad assumere provvedimenti urgenti in corso di essi (S.U. ord. n. 28875 del 2008, in corso di massimazione). La preminenza alla volontarietà della scelta del luogo di residenza e di dimora ha riguardato anche i soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno. Il giudice tutelare competente è stato identificato nell'ufficio del luogo in cui l'amministrato ha fissato la propria residenza o dimora e non in quello in cui è stato coattivamente internato (ord. n. 588 del 2008 Rv. N. 601370). Anche in queste pronunce si coglie la centralità del rispetto della volontarietà delle decisioni personali anche se assunte da soggetti non pienamente in grado di autodeterminarsi in tutta la sfera dei propri affari ed interessi. La Corte ha stabilito criteri che preservano la libertà di scelta di tali soggetti in tutti gli ambiti di estrinsecazione dei diritti cd. personalissimi con il solo limite del pregiudizio personale e patrimoniale. Infine, l'orientamento estensivo in tema di diritti fondamentali si è manifestato anche con riferimento ai diritti sociali, esercitati dai singoli (il diritto a prestazioni sanitarie tempestive anche se non economicamente convenienti in presenza di patologie di particolare gravità) o promossi da formazioni sociali. Su questo specifico versante la Corte ha affermato che le controversie tra enti pubblici che hanno come finalità istituzionali la tutela della salute di talune categorie di persone sono interamente assoggettate al giudice ordinario mentre le associazioni "*no profit*" o le "*onlus*" che svolgono istituzionalmente attività assistenziali non perdono tale loro statuto ai fini fiscali anche nel caso in cui non dirigano la propria attività istituzionale verso soggetti o categorie economicamente svantaggiate, essendo discriminante la finalità sociale ed assistenziale dell'attività svolta e non il profilo reddituale dei destinatari. (S.U. n. 24883 del 2008, Rv. 604575).

2. Gli stranieri ed i diritti umani: il divieto di discriminazione (Maria Acierno)

Le domande di protezione internazionale hanno assunto un rilievo crescente in tutta l'area dell'Unione Europea. L'insufficienza dello "status" di rifugiato politico, riconosciuto dalla Convenzione di Ginevra (firmata il 28/7/1951 e successivamente oggetto di successive integrazioni, tra le quali la più significativa quella introdotta dal Protocollo di New York del 1967, che ha esteso l'ambito territoriale dei paesi di provenienza dei rifugiati), rispetto alle dimensioni del fenomeno migratorio mondiale e alle situazioni collettive di persecuzione o limitazione delle libertà democratiche di molti paesi in via di sviluppo, hanno posto l'esigenza di una normazione comunitaria rivolta più in generale alle misure di protezione internazionale. A questo fine sono state emanate le Direttive 2004/83/CE e 2005/85/CE che hanno fortemente innovato il nostro quadro normativo interno, sostanzialmente fondato solo sul riconoscimento dello "status" di rifugiato politico con esclusione di ogni autonoma rilevanza al diritto costituzionale d'asilo previsto dall'art. 10 Cost. (L'orientamento della Corte sul contenuto del diritto d'asilo costituzionale è espresso tra le altre in Cass. n. 25028 del 2005 Rv. 584328). L'entrata in vigore del più ampio sistema di posizioni tutelabili di protezione umanitaria, contenuto nelle Direttive citate, ha posto il problema della loro applicabilità diretta od indiretta (come parametri interpretativi) anche anteriormente al loro recepimento effettivo (o successivamente alla scadenza del termine per il loro recepimento), intervenuto con i dlgs. n. 251 del 2007 e n. 25 del 2008, non solo per la pluralità degli strumenti di protezione internazionale previsti ma anche per il diverso modello di procedimento amministrativo e giurisdizionale in esse delineato. E' proprio sull'applicabilità diretta dei principi processuali che regolano la domanda di protezione internazionale (non più limitata al rifugio politico ma estesa alla misura della protezione sussidiaria, fondata su un *fumus persecutionis* meno rigoroso) che è intervenuta una recente pronuncia delle S.U., la n. 27310 del 2008 (in corso di massimazione). Nel caso di specie, la domanda di asilo era stata formulata in via amministrativa e, all'esito della sua reiezione, in via giurisdizionale ma prima che fosse scaduto il termine di recepimento delle Direttive sopra indicato. La Corte, dopo aver posto in evidenza che il procedimento giurisdizionale era assoggettato al regime giuridico previgente ma doveva essere trattato con il rito camerale, di per sé già caratterizzato da un potenziamento dei poteri istruttori officiosi del giudice, ha ritenuto che i criteri di delimitazione dell'onere della prova previsti, in particolare, dalla Direttiva 2004/83/CE dovevano essere assunti come canoni interpretativi della norma interna (l'art. 1 quinto comma della L. n. 39 del 1990) secondo la quale la domanda di asilo

doveva essere formulata con istanza motivata e per quanto “possibile” documentata. Il principio di possibilità, già introdotto dal legislatore interno ma interpretato in modo rigoroso dalle precedenti pronunce della Corte in materia di asilo e rifugio, assume secondo le S.U. un contenuto più ampio proprio in virtù della Direttiva 2004/83/CE, in materia di onere della prova incombente sul richiedente. La Direttiva pone a carico dell'autorità procedente il dovere di valutare tutti gli elementi significativi anche quelli di carattere normativo (che è compito dell'autorità procedente ricercare), di verificare le ragioni delle lacune probatorie e le effettive condizioni di allontanamento dal paese d'origine ed, in particolare, di verificare se il richiedente abbia fatto sinceri sforzi per circostanziare la domanda; se tutti gli elementi in suo possesso siano stati allegati e prodotti e se sia plausibile e credibile la sua ricostruzione. In particolare, la credibilità diventa un elemento di estremo rilievo perché l'autorità procedente, amministrativa e giurisdizionale ha il dovere di cooperare nella ricerca dei fatti rilevanti ed è dotata di ampi poteri istruttori officiosi. All'assunzione di questi principi come criteri ermeneutici del quadro normativo interno, la Corte è pervenuta rilevando che la Direttiva aveva contenuto puntuale e incondizionato, ed attraverso il principio dell'interpretazione conforme (del diritto interno ai principi comunitari) stabilito dalla Corte di Giustizia. Con questa innovativa modalità di ampliamento ed utilizzazione delle fonti comunitarie, è stata potenziata la tutela del diritto ad ottenere un'adequata misura di protezione internazionale adattando il principio dell'onere della prova alla natura del diritto e alle oggettive difficili condizioni che ne caratterizzano l'esercizio; ciò, si badi, senza giungere all'inversione dell'onere della prova, come è invece accaduto nel campo dell'inadempimento contrattuale ed in particolare quando l'inadempimento contrattuale determina una lesione dei diritti fondamentali (l'orientamento ha profondamente mutato il sistema probatorio nelle controversie, come quelle relative alla responsabilità medico chirurgica, nelle quali l'elevato grado tecnico professionale delle prestazioni, può costituire un impedimento concreto per il creditore a far valere l'inadempimento). Ebbene, la Corte ha dato rilevanza al principio di prossimità della prova anche con riferimento ai diritti umani, dimostrando piena consapevolezza della necessità dell'intervento integrativo officioso del giudice, in alcune situazioni di estremo disagio nel reperimento dei mezzi di prova. Per pervenire a questa opzione interpretativa è stato necessario incidere sul rapporto tra fonti comunitarie e diritto interno. I principi di diritto comunitario devono orientare il giudice anche nell'interpretazione del diritto non di derivazione comunitaria. Oltre all'interpretazione costituzionalmente orientata della normazione interna, il giudice è vincolato all'interpretazione “comunitariamente” orientata anche con riferimento ad un quadro normativo che precede

l'adozione dei nuovi principi informatori della materia. La tutela dei diritti fondamentali non può ignorare il complesso quadro delle fonti costituzionali, comunitarie e internazionali per ottenere un livello di protezione e contemperamento d'interessi adeguato. L'ordinamento interno, soprattutto in ordine alla tutela dei diritti fondamentali relativi agli stranieri, deve mostrare un grado di elasticità proporzionale alla preminenza dell'interesse da tutelare anche nel confronto con istituti provenienti da ordinamenti giuridici propri di società culturalmente diverse dalla nostra. La Corte, al riguardo, ha dimostrato che la natura del diritto e la funzione di protezione svolta dalla giurisdizione possono costituire un adeguato strumento di raccordo con tali ordinamenti. L'apertura verso un modello di relazione giuridicamente qualificata per il diritto islamico, come la "kafalah", ha reso possibile, nella pronuncia n. 7472 del 2008, Rv. 602591, il ricongiungimento familiare di un minore, di nazionalità marocchina, con la famiglia che ne ha assunto il dovere di protezione e cura propri della "kafalah". La Corte ha posto in evidenza i prevalenti profili di comunanza tra tale istituto e l'affidamento familiare, sottolineando che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del dlgs. 286 del 1998 che sancisce il diritto all'unità familiare, non può che condurre ad un'equiparazione tra le due situazioni giuridicamente qualificate ed aventi la comune finalità di solidarietà sociale, soprattutto se si tiene conto che nella "kafalah" non negoziale, la relazione è sottoposta all'approvazione di un organo giurisdizionale e che la "kafalah" ha trovato riconoscimento nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. In questa pronuncia, ancora più incisivamente il quadro delle fonti internazionali (convenzionali) è tenuto presente dalla Corte al fine di consentire l'accoglimento, in una prospettiva concretamente multiculturale, di un istituto proveniente da un ordinamento tendenzialmente caratterizzato, specie nella materia familiare, da principi e valori distanti dai nostri. Ne emerge la conferma della prospettiva pluralistica, non soltanto limitata al sistema delle fonti, all'interno della quale si pone la Corte nella promozione e valorizzazione dei diritti della persona pur nel rigoroso rispetto dei principi fondamentali della nostra Costituzione. In questa linea di preminente attenzione per la persona si collocano anche gli orientamenti assunti dalla Corte nell'attuazione dell'uguaglianza sostanziale tra gli individui. Al centro delle decisioni si colloca il binomio non più scindibile *uguaglianza-non discriminazione* che costituisce il fondamento del diritto ad un'esistenza dignitosa come riconosciuto non solo dall'art. 3 secondo comma Cost. ma anche dalla legislazione antidiscriminazione di derivazione comunitaria e dai principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo. In particolare la Corte ha riconosciuto al diritto a non essere discriminati piena protezione giurisdizionale

stabilendo che l'azione antidiscriminazione, prevista dagli artt. 43 e 44 dlgs n. 286 del 1998, nonché per le discriminazioni lavorative e quelle specificamente etnico-razziali, dai dlgs n. 215 e 216 del 2003, abbia natura di giudizio a cognizione piena. Così la Corte ha risolto il contrasto di orientamenti, prevalentemente dottrinale, sulla natura di questa azione, escludendo che la tutela antidiscriminatoria possa essere soltanto di tipo sommario. In particolare è stato stabilito che il procedimento giurisdizionale si compone di una fase cautelare (eventuale) alla quale può seguire (trattandosi di un provvedimento a strumentalità attenuata) un giudizio a cognizione piena, quando le parti lo richiedano, reputando che la tutela urgente non abbia pienamente soddisfatto le pretese azionate o contestate, specie con riferimento alla tutela risarcitoria. L'importanza del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno conseguente all'accertamento di condotte ingiustificatamente discriminatorie, è stato espressamente affermato nella pronuncia delle S.U. n. 26792 del 2008 in corso di massimazione, relativa alla natura e al contenuto del danno non patrimoniale, ampiamente commentata nella presente rassegna. Una rilevante espressione dell'incisività del principio di uguaglianza sotto lo specifico profilo della parità di trattamento tra uomo e donna, si rinviene nell'ordinanza n. 23394 del 2008 con la quale è stata rimessa alle sezioni Unite la questione relativa alla domanda di rettifica di un atto di nascita, nella parte in cui risultava attribuito al minore il cognome paterno invece che quello materno, come invece richiesto dal padre al momento della denuncia della nascita. Per comprendere l'importanza della rimessione è necessario ripercorrere brevemente le tappe della vicenda giudiziaria che ha sollecitato l'intervento della Corte. I giudici di merito di primo e secondo grado avevano respinto la domanda azionata da entrambi i genitori ritenendo che la riforma del diritto di famiglia, caratterizzata proprio dall'esigenza di realizzare il principio costituzionale dell'uguaglianza dei coniugi, non aveva modificato il criterio di attribuzione del cognome ai figli legittimi, con ciò riconoscendo validità alla norma consuetudinaria che prevede la prevalenza del cognome paterno; le modificazioni dell'ordinamento dello stato civile, intervenute con il d.p.r. n. 396 del 2000, pur affrontando problematiche inerenti il cognome, non avevano modificato il precedente regime, prevedendo esclusivamente che il figlio legittimato dopo il conseguimento della maggiore età potesse aggiungere o anteporre al cognome del genitore che lo ha riconosciuto quello del genitore che lo ha legittimato. Inoltre i giudici di merito sottolineavano che sulla stessa vicenda giudiziaria si era già pronunciata la Corte Cost. con la sentenza n. 61 del 2006 che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle norme attributive del cognome paterno ritenendo che l'accoglimento dell'eccezione avrebbe determinato un'operazione

manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Peraltro anche la Corte di cassazione con la pronuncia n. 16093 del 2006, Rv. 592744 aveva adottato, sulla medesima domanda, una soluzione negativa, reputando indispensabile l'intervento del legislatore. In particolare in questa pronuncia si era ritenuto che nell'attuale quadro normativo interno esistesse una norma di sistema, desumibile da diverse disposizioni (gli art. 143 bis, 236, 237, secondo comma, 266 e 268 terzo comma, cod. civ., 33 e 34 d.p.r. n. 396 del 2000) di attribuzione automatica del cognome paterno pur riconoscendo, come la Corte Costituzionale nella sentenza sopra citata, che tale norma fosse retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non in sintonia con le fonti sopranazionali che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee alla eliminazione della discriminazione di trattamento nei confronti della donna. La riflessione contenuta nell'ordinanza di rimessione alle S.U. si fonda sull'esigenza di una nuova valutazione delle fonti sopranazionali e comunitarie che affermano con fermezza il principio di parità tra donna ed uomo, alla luce del novellato art. 117 Cost.

.Le domande di protezione internazionale hanno assunto un rilievo crescente in tutta l'area dell'Unione Europea. L'insufficienza dello "status" del rifugiato politico, riconosciuto dalla Convenzione di Ginevra (firmata il 28/7/1951 e successivamente oggetto di successive integrazioni, tra le quali la più significativa, quella introdotta dal Protocollo di New York del 1967 che ha esteso l'ambito territoriale dei paesi di provenienza dei rifugiati), rispetto alle dimensioni del fenomeno migratorio mondiale e alle situazioni collettive di persecuzione o limitazione delle libertà democratica di molti paesi in via di sviluppo, hanno posto l'esigenza di una normazione comunitaria rivolta più in generale alle misure di protezione internazionale. A questo fine sono state emanate le Direttive 2004/83/Ce e 2005/85/CE che hanno fortemente innovato il nostro quadro normativo interno, sostanzialmente fondato solo sul riconoscimento dello "status" di rifugiato politico con esclusione di ogni autonoma rilevanza al diritto costituzionale d'asilo previsto dall'art. 10 Cost. (L'orientamento della Corte sul contenuto del diritto d'asilo costituzionale è espresso tra le altre in Cass. n. 25028 del 2005, Rv.584328). L'entrata in vigore del più ampio sistema di posizioni tutelabili di protezione umanitaria contenuto nelle Direttive sopracitate ha posto il problema della loro applicabilità diretta od indiretta (come criteri ermeneutici) anche anteriormente al loro recepimento effettivo, intervenuto con i dlgs n. 251 del 2007 e 25 del 2008, non solo per la pluralità di misure previste ma anche per il diverso modello di procedimento amministrativo e giurisdizionale in esse delineato. E' proprio sull'applicabilità diretta dei principi processuali che regolano la domanda di protezione internazionale (non più limitata al rifugio politico ma estesa alla misura della

protezione sussidiaria, fondata su un “*fumus persecutionis*” meno rigoroso) che è intervenuta una recente importante pronuncia delle Sezioni Unite, la n.27310 del 2008 (in corso di massimazione). Nel caso di specie, la domanda di asilo era stata formulata in via amministrativa e all’esito della sua reiezione, in via giurisdizionale prima che fosse scaduto il termine di recepimento delle Direttive sopra indicate. La Corte, dopo aver posto in evidenza che il procedimento giurisdizionale era assoggettato al regime giuridico previgente ma doveva essere trattato con il rito camerale, di per sé già caratterizzato da un potenziamento dei poteri istruttori officiosi del giudice, ha ritenuto che i criteri di delimitazione dell’onere della prova previsti, in particolare, dalla Direttiva 2004/83/CE dovevano essere assunti come canoni interpretativi della norma interna (l’art. 1 quinto comma della L. n. 39 del 1990) secondo la quale la domanda di asilo doveva essere formulata con istanza motivata e per quanto “possibile” documentata. Il principio di possibilità già introdotto dal legislatore interno ma interpretato in modo rigoroso dalle precedenti pronunce della Corte in materia d’asilo e rifugio, assume secondo le Sezioni Unite un contenuto più ampio proprio in virtù della diretta applicabilità dei criteri interpretativi mutuati dalla Direttiva 2004/83/CE in materia di onere della prova incombente sul richiedente. La Direttiva pone a carico dell’autorità procedente il dovere di valutare tutti gli elementi significativi anche quelli di carattere normativo (da ricercare d’ufficio), di verificare le ragioni delle lacune probatorie e le effettive condizioni di allontanamento dal paese d’origine ed in particolare di verificare se il richiedente abbia fatto sinceri sforzi per circostanziare la domanda, se tutti gli elementi in suo possesso siano stati allegati e prodotti e se sia plausibile e credibile la sua ricostruzione. In particolare la credibilità diventa un elemento di estremo rilievo perché l’autorità procedente, amministrativa o giurisdizionale ha il dovere di cooperare nella ricerca dei fatti rilevanti ed è dotata di ampi poteri istruttori officiosi. All’assunzione di questi principi come criteri ermeneutici del quadro normativo interno la Corte è pervenuta rilevando che la Direttiva aveva contenuto puntuale ed incondizionato ed attraverso l’applicazione del principio dell’interpretazione conforme (del diritto interno ai principi comunitari) stabilito dalla Corte di Giustizia. Con questa innovativa modalità di ampliamento ed utilizzazione delle fonti comunitarie, è stato potenziata la tutela del diritto ad ottenere un’adeguata misura di protezione internazionale adattando il principio dell’onere della prova alla natura del diritto e alle oggettive difficili condizioni che ne caratterizzano l’esercizio. Senza giungere alla scelta dell’inversione dell’onere della prova, come è, invece, accaduto nel campo dell’inadempimento contrattuale ed in particolare quando l’inadempimento contrattuale determina una lesione di diritti fondamentali (l’orientamento ha profondamente mutato il sistema probatorio nelle

controversie, come quelle relative alla responsabilità medico chirurgica, nelle quali, l'elevato grado tecnico professionale delle prestazioni può costituire un impedimento concreto per il creditore a far valere l'inadempimento), la Corte ha dato rilevanza al principio della prossimità della prova anche con riferimento ai diritti umani, dimostrando piena consapevolezza della necessità dell'intervento integrativo officioso del giudice in alcune situazioni di estremo disagio nel reperimento dei mezzi di prova. Per pervenire a questa opzione interpretativa è stato necessario incidere sul rapporto tra fonti comunitarie e diritto interno. I principi di diritto comunitario devono orientare il giudice anche nell'interpretazione del diritto non di diretta derivazione comunitaria. Oltre all'interpretazione costituzionalmente orientata della normazione interna, il giudice è vincolato anche interpretazione "comunitariamente" orientata anche con riferimento ad un quadro normativo che precede l'adozione dei nuovi principi informatori della materia. La tutela dei diritti fondamentali non può ignorare il complessivo quadro delle fonti costituzionali, comunitarie e internazionali per ottenere un livello di protezione e contemperamento d'interessi adeguato. L'ordinamento interno, soprattutto in ordine alla tutela dei diritti fondamentali relativi agli stranieri deve mostrare un grado di adattabilità elevato anche rispetto ad istituti giuridici provenienti da ordinamenti diversi quando la preminenza dell'interesse da tutelare (come quello di cui è titolare il minore) sia un elemento di raccordo adeguato. L'apertura verso un modello di relazione giuridicamente qualificata per il diritto islamico come, la cd. "kafalah", ha reso possibile nella pronuncia n. 7472 del 2008, Rv.602591, il ricongiungimento familiare di un minore, di nazionalità marocchina, con la famiglia che ne ha assunto il dovere di protezione cura e tutela propri della kafalah. La Corte ha posto in evidenza i prevalenti profili di comunanza tra tale istituto e l'affidamento familiare, sottolineando che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29 del Dlgs n. 286 del 1998 che sancisce il diritto all'unità familiare, non può che condurre ad un'equiparazione tra le due situazioni giuridicamente qualificate ed aventi una comune finalità di solidarietà sociale soprattutto se si tiene conto che nella kafalah non negoziale la relazione è sottoposta all'approvazione di un organo giurisdizionale e che la kafalah ha trovato riconoscimento nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. In questa pronuncia ancora più incisivamente il quadro delle fonti internazionali (convenzionali) è tenuto presente dalla Corte al fine di consentire l'accoglimento, in una prospettiva concretamente multiculturale, di un istituto proveniente da un ordinamento tendenzialmente caratterizzato da principi e valori lontani dai nostri. Ne emerge la conferma della prospettiva pluralistica, non soltanto limitata al sistema delle fonti, all'interno della quale si pone la Corte nella promozione e valorizzazione dei diritti fondamentali pur nel rigoroso

rispetto dei canoni fondamentali della nostra Costituzione. All'interno di questa preminente attenzione per la persona si collocano gli orientamenti assunti dalla Corte nell'attuazione dell'uguaglianza sostanziale tra gli individui. Al centro delle decisioni si colloca il binomio non più inscindibile uguaglianza-non discriminazione che costituisce il fondamento del diritto ad un'esistenza dignitosa come riconosciuto non solo dall'art. 3, secondo comma della Costituzione ma anche dalla legislazione antidiscriminatoria di derivazione comunitaria e dai principi della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo così come interpretati dalla Corte di Strasburgo. In particolare la Corte ha riconosciuto al diritto a non essere discriminati piena protezione giurisdizionale stabilendo che l'azione antidiscriminazione, prevista dagli art. 43 e 44 del dlgs n. 286 del 1998 nonché, per le discriminazioni lavorative e quelle specificamente etnico-razziali dai dlgs n. 215 e 216 del 2003, natura di giudizio a cognizione piena. Così la Corte ha risolto il contrasto di orientamenti, prevalentemente dottrinale, sulla natura di questa azione, escludendo che la tutela antidiscriminatoria possa essere soltanto di tipo sommario. In particolare è stato stabilito che il procedimento giurisdizionale si compone di una fase cautelare alla quale può seguire (trattandosi di un provvedimento cautelare a strumentalità attenuata) un giudizio a cognizione piena, quando le parti lo richiedano reputando che la tutela urgente non abbia soddisfatto pienamente le pretese azionate o contestate, specie con riferimento alla tutela risarcitoria. L'importanza del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno conseguente all'accertamento di condotte ingiustificatamente discriminatorie, è stato espressamente affermato anche dalla rilevante pronuncia delle S.U. n.26972 del 2008 in corso di massimazione, relativa alla natura e al contenuto del danno non patrimoniale. Una rilevante applicazione dell'incisività del principio di uguaglianza sotto lo specifico profilo della parità di trattamento tra uomo e donna, si rinviene nell'ordinanza n. 23934 del 2008 con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione relativa alla domanda di rettifica di un atto di nascita, nella parte in cui è stato attribuito ad un minore il cognome paterno invece di quello materno, come richiesto dal padre al momento della denuncia della nascita. Per comprendere l'importanza della rimessione è necessario ripercorrere brevemente le tappe della vicenda giudiziaria che ha sollecitato l'intervento della Corte. I giudici di merito di primo e secondo grado avevano respinto la domanda azionata da entrambi i genitori ritenendo che la riforma del diritto di famiglia, caratterizzata proprio dall'esigenza di realizzare il principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi, non aveva modificato il criterio di attribuzione del cognome ai figli legittimi, con ciò riconoscendo validità alla norma consuetudinaria che prevede la prevalenza del cognome paterno; le modificazioni dell'ordinamento dello stato civile, intervenute con

D.P.R. n. 396 del 2000, pur affrontando problematiche inerenti al cognome, non avevano modificato il precedente regime, prevedendo esclusivamente che il figlio legittimato dopo il conseguimento della maggiore possa aggiungere o anteporre al cognome del genitore che lo ha riconosciuto quello del genitore che lo ha legittimato. Inoltre i giudici di merito sottolineavano che sulla stessa vicenda giudiziaria si era pronunciata anche la Corte Cost. con la sentenza n. 61 del 2006 che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle norme attributive del cognome paterno ritenendo che l'accoglimento dell'eccezione avrebbe determinato un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Peraltro anche la Corte di Cassazione con la pronuncia n. 16093 del 2006 Rv. 592744 aveva adottato, sulla medesima domanda, una soluzione negativa, ritenendo indispensabile l'intervento del legislatore. In particolare in questa pronuncia si era ritenuto che nell'attuale quadro normativo interno esistesse una norma di sistema, desumibile da diverse disposizioni (gli art. 143 bis; 236, 237, secondo comma, 266 e 269 terzo comma, cod. civ., 33 e 34 d.p.r. n. 396 del 2000) di attribuzione automatica del cognome paterno pur riconoscendo, come la Corte Cost. nella sentenza sopra citata, che tale norma sia retaggio di una concezione patriarcale della famiglia non in sintonia con le fonti sopranazionali che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee alla eliminazione della discriminazione di trattamento nei confronti della donna. La riflessione contenuta nell'ordinanza di rimessione delle S.U., si fonda sull'esigenza di una nuova valutazione delle fonti sovranazionali e comunitarie che affermano con fermezza il principio di parità tra donna ed uomo, alla luce del novellato art. 117 della Costituzione. Il punto di partenza viene individuato nella specificità del quesito posto alla Corte : l'attribuzione automatica del cognome paterno, desumibile secondo le pronunce esaminate da una norma di sistema, si applica anche quando vi sia un'espressa e diversa comune volontà dei genitori? Correttamente viene posto l'accento non sulla mancanza di una norma generale interna di adeguamento al principio di parità di trattamento tra donna ed uomo ma sull'effettiva esistenza o quanto meno sulla legittimità costituzionale della prevalenza della norma diseguale rispetto alla richiesta congiunta dei genitori. Al riguardo, dopo un'attenta esegesi non solo delle fonti comunitarie (art. 12 e 17 del Trattato nell'interpretazione vincolante della Corte di Giustizia) ed internazionali (C.E.D.U. art. 8 e 14 nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con L. 2/8/2008 n. 130 che apre la strada all'applicazione diretta delle norme in esso contenute ovvero alla Carta di Nizza). Viene sottolineato che la nuova formulazione dell'art. 117 Cost., secondo la quale la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto dei vincoli comunitari e degli obblighi

internazionali, ha formato oggetto di attento esame nelle pronunce n. 348 e 349 della Corte Cost. In particolare la Corte Costituzionale ha stabilito che in virtù del nuovo testo dell'art. 117 Cost. il legislatore ordinario è obbligato al rispetto delle norme internazionali convenzionali, non direttamente applicabili ex art. 10 e 11 Cost, in quanto non aventi la caratteristica di norme internazionali generalmente riconosciute, “con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile viola l'art. 117 Cost, perché la norma convenzionale, alla quale la norma costituzionale fa rinvio mobile dà vita e contenuto agli obblighi internazionali generalmente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata norma interposta” Pertanto le fonti internazionali nelle quali è contenuto il principio di parità di trattamento tra donna ed uomo costituiscono norme interposte e non possono che porsi come parametri di costituzionali delle norme interne anche sdi natura sistematica. Questo ampliamento del panorama delle norme interposte introdotto dalla lettura del novellato art. 117, effettuata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, non poteva essere preso in esame né dalla Corte Costituzionale né dalla Corte di Cassazione che già si erano occupate della medesima questione, così come non era stato ancora ratificato dall'Italia (ma non da tutti gli Stati aderenti all'Unione). In particolare non poteva essere conosciuto l'art. 6 del Trattato, con il quale vengono riconosciuti i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta di Nizza (sottoscritta il 7/12/2000 dai presidenti del parlamento europeo ed adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007). Nella Carta oltre al diritto alla vita privata e familiare viene sancito in forma assoluta il divieto di discriminazioni fondate sul sesso. La centralità del principio di non discriminazione nel catalogo dei diritti fondamentali nell'ambito delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali impone, secondo il provvedimento di rimessione, un nuova considerazione della questione del quadro normativo che esclude qualsiasi scelta diversa dal cognome patrilineare, tenuto conto che la Corte Cost. già nel 1988 con l'ordinanza n. 176 aveva posto l'accento sull'esigenza di sostituire la norma e che l'inattualità del principio è stata ribadita nella successiva ordinanza n. 61 del 2006. La mutata situazione del sistema delle fonti internazionali, evidenziato nelle sentenze della Corte Cost. n. 348 e 349 del 2007 ed il probabile mutamento dell'ordinamento comunitario inducono, pertanto a valutare se possa “essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero, se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa, la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale”.

3. I diritti fondamentali nell'universo familiare (Francesca Ceroni)

L'attenzione della Corte sulla parità dei coniugi e dei genitori ha trovato un rilevante campo di attuazione nel settore del diritto familiare, in specie nelle prime pronunce nelle quali ha trovato applicazione la nuova legge sul cd. affidamento condiviso. In particolare, l'intervento della Corte nella risoluzione del conflitto coniugale, naturalmente condizionato dall'obiettivo del perseguimento di un interesse sovraordinato, quale quello del minore, ha segnato l'emersione di "nuovi" diritti meritevoli di tutela. In primo luogo, coerentemente con i principi innovativi posti dalla legge n. 54 del 2006, il diritto del minore alla bigenitorialità è stato qualificato come *"diritto dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione"(...), diritto garantito dall'affidamento condiviso (comportante l'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori ed una condivisione, appunto, delle decisioni di maggior importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore)"* (Cass. n.16593 del 18 giugno 2008, Rv.603918).

La Corte, con la sentenza richiamata, nel valorizzare l'istituto dell'affidamento condiviso e nel garantire al minore, consacrando per la prima volta, l'impegno costante e continuo di entrambi i genitori, risolve una delle questioni più problematiche riguardanti l'interesse del minore definendo in modo paritario il ruolo di entrambe le figure genitoriali anche in caso di aspro conflitto. Nel regime previgente il problema si era posto con riferimento all'affidamento congiunto, tendenzialmente ritenuto non adatto a separazioni o divorzi eccessivamente conflittuali, a causa dei riflessi sull'esistenza e lo sviluppo della personalità del minore che i contrasti genitoriali potevano produrre. La Corte colloca la prima applicazione del nuovo istituto proprio in un campo dal quale era stato tradizionalmente escluso: l'affidamento congiunto veniva ritenuto uno strumento applicabile solo con l'accordo dei genitori perché si riteneva che l'esercizio congiunto della potestà acuiva la litigiosità. Al contrario, con la pronuncia richiamata, la Corte afferma che la conflittualità tra i coniugi non può ritenersi ostativa di per sé all'adozione dell'affidamento condiviso, in quanto esso esprime la regola della relazione fra genitori e figli, anche dopo la separazione, poiché altrimenti il nuovo istituto avrebbe un'applicazione solo residuale, finendo di fatto con il coincidere con il vecchio affidamento congiunto. La Corte traccia altresì il limite all'applicazione generale del nuovo istituto, interpretando rigorosamente la deroga prevista dalla legge alla condivisione dell'esercizio della potestà, riducendo l'affidamento monogenitoriale solo ai casi in cui *"risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità"*

educativa o comunque tale appunto da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore (come nel caso, ad esempio, di una sua anomala condizione di vita, di insanabile contrasto con il figlio, di obiettiva lontananza...) Per cui l'esclusione della modalità dell'affidamento esclusivo dovrà risultare sorretta da una motivazione non più solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potestà e sulla non rispondenza, quindi, all'interesse del figlio dell'adozione, nel caso concreto, del modello legale prioritario di affidamento” Alla stessa esigenza di garantire, per quanto possibile, continuità allo sviluppo psicologico del minore nonostante il conflitto genitoriale si ispirano le rilevanti pronunce della Corte riguardanti l'assegnazione della casa coniugale. In particolare si segnala la pronuncia n.9995 del 2008 Rv.603461 che, ritenendo l'*habitat* domestico nel quale ha pieno diritto di vivere il minore il *centro degli affetti, interessi e consuetudini nei quali si esprime e si articola la vita familiare*”, esclude che la sopravvenuta convivenza “*more uxorio*” del genitore affidatario sia di per sé idonea a revocare l'assegnazione della casa coniugale. L'importanza della pronuncia si può cogliere in correlazione con quanto stabilito nell'art.1 della legge sull'affido condiviso in tema di assegnazione della casa coniugale (art. 155 *quater* del cod. civ.), anche se non applicabile al caso in disamina . La nuova norma avrebbe potuto intendersi come introduttiva di una sorta di automatismo tra scelta del genitore affidatario di iniziare una convivenza “*more uxorio*” e revoca dell'assegnazione coniugale, con una valutazione generale svolta “*ex ante*” dal legislatore sulla non corrispondenza all'interesse del minore di questa scelta. La Corte ha invece stabilito la necessità di valutare in concreto le esigenze del minore tenendo conto del rilievo che ha il diritto alla conservazione dell'*habitat* domestico ed ambientale. Il percorso argomentativo seguito nella pronuncia è del tutto analogo a quello che la Corte Costituzionale ha posto a base della prima pronuncia relativa alla nuova disposizione introdotta, in tema di assegnazione della coniugale, nella legge n. 54 del 2006. Nella sentenza n. 308 del 2008 la Corte delle leggi, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale posta da alcuni tribunali proprio in ordine all'automatismo della revoca desumibile dall'art. 155 *quater* cod.civ.,, osservando che questa non era l'unica interpretazione possibile in quanto la norma non esclude la valutazione in concreto dell'interesse del minore. La preminenza dell'interesse del minore si pone, pertanto, come il criterio distintivo dell'interpretazione del vecchio e nuovo regime giuridico dell'assegnazione della casa coniugale. Sulla base di questa priorità assoluta di tutela, che si caratterizza per l'attenzione alle esigenze quotidiane di stabilità psicologica del minore nella citata sentenza n. 9995 del 2008, la

Corte ha stabilito che, anche con riferimento al regime vigente in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n.54, l'instaurazione di una relazione "more uxorio" da parte del coniuge affidatario dei figli minorenni non giustifica la revoca dell'assegnazione della casa familiare, trattandosi di una circostanza influente sull'interesse della prole, a meno che la presenza del convivente non risulti nociva o diseducativa per i minori, ed essendo l'assegnazione volta a soddisfare l'interesse di questi ultimi. La Corte, ha, inoltre, affermato che l'applicazione delle nuove disposizioni di cui alla legge n.54 del 2006, non contiene una deroga al principio generale di irretroattività sancito dall'art.11 preleggi. La stessa linea interpretativa si riscontra nella già illustrata sentenza n.16593 del 18 giugno 2008, nella parte in cui viene condivisa la decisione del giudice di merito di non consentire la divisione della casa coniugale, come modalità di definizione del conflitto sull'assegnazione perché *"la prospettata divisione dell'immobile potesse recare disagio psicologico al figlio della coppia, per il mutamento della condizione abitativa che si realizzerebbe"* posto che il minore sarebbe *"costretto a vivere in un immobile profondamente diverso da quello in cui finora è vissuto"* E' dunque palese che la preminenza dei diritti della persona rispetto alle statuizioni meramente patrimoniali caratterizza sempre di più gli orientamenti della Corte in tema di assegnazione della casa coniugale. Al riguardo è opportuno segnalare che trova piena conferma l'indirizzo giurisprudenziale, in passato oscillante, secondo il quale l'assegnazione della casa coniugale risponde all'unico scopo di garantire ai figli il diritto a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, negando che possa, altresì, assicurare tutela al coniuge più debole o considerarsi un "valore economico" di cui si deve tener conto nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi ai sensi dell'art.156 cod. civ. e dell'art.5, della legge n.898 del 1970.(Cass. n.3934 del 2008) :*"In coerenza con questo orientamento si è affermato il principio secondo il quale in materia di separazione (come di divorzio) l'assegnazione della casa familiare, malgrado abbia anche riflessi economici, particolarmente valorizzati dalla legge n.898 del 1970, art.6, comma 6 (come sostituito dalla L.n.74 del 1987, art.11), essendo finalizzata alla esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a permanere nell'ambiente domestico in cui è cresciuta, non può essere disposta a titolo di componente di assegni rispettivamente previsti dall'art.156 cod.civ. e della legge n.898 del 1970, allo scopo di sopperire alle esigenze economiche del coniuge più debole, al soddisfacimento delle quali sono destinati unicamente gli assegni sopra indicati"*. La Corte nell'occasione se, da un lato, rafforza e mette a fuoco il diritto dei figli a continuare a godere dell'*habitat* familiare, anche nella fase patologica della relazione della coppia genitoriale, dall'altro lato nega analoga protezione al coniuge più debole, pur riconoscendolo, "de iure

condendo”, meritevole di tutela:” *la situazione del coniuge più debole, può apparire de iure condendo, meritevole di tutela, non può trascurarsi il fatto che tale tutela non è apprestata dall’ordinamento e che la sentenza che pronuncia la separazione ha pacificamente carattere costitutivo, sì che il suo contenuto, giusta il disposto dell’art.2908 c.c.. è di stretta interpretazione e non può andare al di là di quanto espressamente previsto per legge”*. L’importanza del radicamento ambientale nella definizione del contenuto concreto ed operativo dell’interesse del minore si può cogliere, infine, in due rilevanti pronunce della Corte relative alla sottrazione internazionale di minori. Nella pronuncia n. 18614 del 2008 Rv. 604646 la Corte è intervenuta in un quadro di ricorrenti contrasti tra i provvedimenti dei giudici nazionali e dei giudici stranieri e nell’intento di salvaguardare il diritto del minore a conservare la propria residenza abituale. Nella sentenza n. 13829 del 2008, Rv.603646, si riconosce ai genitori il diritto soggettivo ad ottenere una sentenza che sancisca il diritto al rimpatrio del minore e che possa essere fatta valere come giudicato esterno e statuizione definitiva sulla residenza del minore, nei confronti dell’altro genitore. La centralità e l’autonomia della posizione del minore nel contesto familiare e sociale vengono in rilievo anche nelle pronunce relative al diritto del minore ad avere un giusto procedimento nei giudizi relativi alla decadenza o reintegrazione della potestà, in quelli riguardanti l’affidamento e la disciplina del diritto di visita nei rapporti di convivenza con prole, nei procedimenti dichiarativi dello stato di abbandono. In questo ambito, il compito della Corte si è rivelato particolarmente impegnativo perché è stato necessario definire un modello processuale nella situazione di incertezza normativa che si è determinata a causa della sospensione dell’efficacia della legge n. 149 del 2001, perdurata fino al primo luglio 2007. Le forme essenziali del rito camerale, compatibili con una realtà in continua evoluzione e con l’esigenza di una decisione tempestiva, tuttavia possono rivelarsi inadeguate in considerazione degli interessi di rango costituzionale coinvolti in tali decisioni. Le sentenze n.10645 e n. 8714 del 2008 (Rv 603138 e 603876), confermano la difficile ricerca di un modello nuovo, nel permanere dell’inerzia del legislatore, che riesca a contemperare la rilevante incidenza delle decisioni sulle posizioni dei soggetti coinvolti dalle decisioni stesse con la necessità di curare e proteggere un interesse sovraordinato, del tutto sottratto all’autonomia privata. Il punto di equilibrio viene trovato dalla Corte nell’effettività degli strumenti processuali. Nella sentenza n. 8714 del 2008, con riferimento al procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità, la Corte ritiene sufficiente, ai fini della valida instaurazione del procedimento stesso, per i genitori del minore, un avviso anche non effettuato nelle forme rituali della notificazione ovvero una “*semplice comunicazione...idonea a garantire la*

conoscenza del provvedimento". Nell'altra, viene sottolineata, anche in questa tipologia di procedimenti l'esigenza che non si verifichi un'apprezzabile limitazione del diritto di difesa. Tale preoccupazione e l'inclusione dei procedimenti in materia di adottabilità nell'alveo di una interpretazione "costituzionale" del diritto di difesa sono, infine, sottolineati dalla Corte al fine di escludere l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di una condizione d'*incompatibilità* tra il giudice che dichiara lo stato di adottabilità e quello che decide sull'opposizione. Tale sforzo interpretativo si iscrive in una linea di conferma della qualificazione come "non contenziosi" attribuita dalla Corte a tali procedimenti già nella vigenza della legge n. 184 del 1983, oggi sostituita dalla legge n. 149 del 2001.

4. Il rilievo dell'autodeterminazione nel riconoscimento dei diritti fondamentali (Enzo Vincenti)

Nell'attuale dibattito giuridico si registra una sempre maggiore e qualificata attenzione al tema dell'autodeterminazione della persona, che, come è di tutta evidenza, assume un ruolo di centralità nell'ambito della più ampia problematica della tutela dei diritti fondamentali.

Non si tratta ovviamente di una isolata curiosità del mondo del diritto, ma la riflessione giuridica è il portato di quell'altra riflessione, suscitata da esigenze profonde ed ineludibili, che la comunità tutta, nelle sue componenti ordinamentali e sociali, conduce ormai da qualche tempo sull'atteggiarsi del vivere collettivo ed individuale in una realtà dai contenuti assai complessi ed articolati, in continuo dinamismo, ma che, forse proprio per tali ragioni, offre più interrogativi che risposte, anche là dove ciò che viene in rilievo è il "problema" stesso della vita umana, dal momento iniziale a quello in cui l'esistenza volge alla propria fase conclusiva.

In siffatto contesto, è un dato di fatto che proprio la giurisprudenza della Corte abbia assunto, in tempi recentissimi, una posizione di rilievo, affrontando temi di particolare impegno e di viva incidenza sul diritto ad autodeterminarsi della persona umana, quali quelli del consenso informato ai trattamenti terapeutici, anche in relazione al soggetto incapace, e del diritto "a non curarsi", in riferimento pure all'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale.

In una continuità di indirizzo rispetto a quanto la Corte, appena nel volgere dello scorso anno, con la nota sentenza n. 21748 del 2007, Rv. 598963 aveva avuto modo di affermare, si colloca la sent. n. 23676 del 2008, Rv. 604907 che ribadisce, appunto, l'esistenza, nel nostro ordinamento, del diritto a rifiutare le cure mediche, anche nel caso in cui ciò porti alla morte del paziente, ciò venendo a rappresentare un principio dai connotati assoluti, la cui portata non è

scalfita, ma semmai confermata in detti termini, dal problema, intimamente correlato, della validità del dissenso a sottoporsi al trattamento terapeutico o chirurgico.

Significativo in tal senso è l'assunto per cui non è in discussione *“il più generale principio (di indubbia rilevanza costituzionale, che emerge, tra l'altro, tanto dal codice di deontologia medica quanto dal documento 20.6.1992 del comitato nazionale per la bioetica) in forza del quale va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita”*.

E', appunto, agevole riconoscere in questa impostazione l'impronta dell'orientamento già meditato dalla citata sent. n. 21748 del 2007, in una sorta di sentiero interpretativo comune anche a precedenti più risalenti, che segna un punto di approdo sufficientemente saldo.

In particolare, la decisione del 2007 aveva escluso che *“il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita”*, non potendo la salute dell'individuo essere oggetto di *“imposizione autoritativo-coattiva”*. Di qui l'esigenza di attivare un circuito virtuoso tra paziente e medico, una vera e propria *“alleanza terapeutica”* che tenda, nel rispetto dei *“percorsi culturali di ciascuno”*, ad una *“strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”*. Ma ancor prima vi è il dovere di verificare che il rifiuto di curarsi *“sia informato, autentico ed attuale”*, sicché una volta che si abbia la certezza che il rifiuto rivesta queste caratteristiche *“non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico”*.

Una soluzione che, come è essenziale porre in risalto, rinviene nella stessa Costituzione agganci solidi ed inequivoci, saldandosi con l'art. 2, che *“tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità”*, con l'art. 13, che *“proclama l'inviolabilità della libertà personale”*, nella quale *“è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”* e, infine, con l'art. 32, che *“tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività”*, prevedendo la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, assoggettati però *“ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana”*.

Principi che la sentenza n. 23876 del 2008 cala nel caso concreto della trasfusione di sangue necessaria per il trattamento terapeutico di un testimone di Geova, osservando significativamente come in tale evenienza il dissenso del testimone di Geova, *“maggiorrenne e pienamente capace alla terapia trasfusionale obblighi il medico”* *“alla desistenza da qualsiasi*

atto diagnostico e terapeutico”. Le ragioni che rendono necessaria tale desistenza prendono corpo nella conflittualità tra i beni, entrambi di rilevanza costituzionale, della salute e della libertà di coscienza; conflitto che *“non può essere risolto sic et simpliciter a favore del primo, sicché ogni ipotesi di emotrasfusione obbligatoria diverrebbe per ciò solo illegittima perché in violazione delle norme costituzionali sulla libertà di coscienza e della incoercibilità dei trattamenti sanitari individuali”*.

Icasticamente la pronuncia del 2008 osserva, quindi, che *“un rifiuto "autentico" della emotrasfusione da parte del testimone di Geova capace - avendo, in base al principio personalistico, ogni individuo il diritto di scegliere tra salvezza del corpo e salvezza dell'anima - esclude che qualsiasi autorità statuale - legislativa, amministrativa, giudiziaria - possa imporre tale trattamento: il medico deve fermarsi”*.

La forza del principio così affermato risalta, altresì, in una ulteriore decisione di quest’anno – la sent. n. 27145 del 2008 – che si salda intimamente al precedente del 2007 più volte citato, giacché si pone come tassello conclusivo della vicenda giudiziaria comune ad entrambe le pronunce.

Con la sent. n. 27145 del 2008, Rv. 605231 le Sezioni Unite di questa Corte hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal P.G. presso la corte di appello avverso il decreto della medesima corte che - in sede di rinvio, in applicazione del principio di diritto enunciato, appunto, dalla sent. n. 21748 del 2007, Rv. 598963 - aveva accolto l'istanza del tutore e del curatore speciale di persona in stato vegetativo permanente diretta ad ottenere l'autorizzazione a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale realizzato mediante alimentazione con sondino nasogastrico, affermando che il potere di impugnazione spetta al P.M. presso il giudice *a quo* solo contro le sentenze emesse nelle cause previste dall'art. 72, commi 3 e 4, cod. proc. civ. nonché in quelle che egli stesso avrebbe potuto proporre (art. 69 cod. proc. civ.), non invece nelle cause in cui deve intervenire a pena di nullità, pur se relative allo stato e alla capacità delle persone.

Nell’enunciare il principio di diritto si è peraltro escluso, in modo particolarmente incisivo sul piano del consolidamento dell’indirizzo interpretativo qui all’esame, che la *“dimensione così circoscritta del potere di impugnazione del P.M. presso il giudice del merito”* potesse ingenerare un dubbio di legittimità costituzionale, in relazione ai precetti della eguaglianza e della ragionevolezza, di cui all'art. 3, commi primo e secondo, della Costituzione, *“stante l'evidente ragionevolezza, invece, del non identico trattamento di fattispecie in cui viene in rilievo un diritto personalissimo del soggetto di spessore costituzionale (come, nella specie, il*

diritto di autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale) - all'esercizio del quale è coerente che il P.M. non possa contrapporsi fino al punto della impugnazione di decisione di accoglimento della domanda di tutela del titolare - e fatti-specie viceversa connotate da un prevalente interesse pubblico (come quelle cui fa rinvio l'art. 69 c.p.c.), solo in ragione del quale si giustifica l'attribuzione di più incisivi poteri, anche impugnatori, al Pubblico ministero”.

E' tuttavia chiaro che l'affermazione del più generale diritto all'autodeterminazione anche nella ultime fasi dell'esistenza umana non elida ogni problematica di ordine giuridico sull'atteggiarsi concreto dell'esercizio del diritto medesimo.

Nel caso deciso dalla sent. n. 21748 del 2007, il punto di frizione era dato dalla richiesta al giudice, da parte del tutore di malato in stato vegetativo permanente, tenuto artificialmente in vita mediante un sondino naso gastrico, di autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario.

E, come è noto, la richiamata pronuncia ha ritenuto possibile una tale autorizzazione *“unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona”*. Precisando, altresì, che *“ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa”*.

Nel caso deciso dalla sent. n. 23876 del 2008 l'elemento di criticità si coglie nell'impossibilità di attingere direttamente dal paziente, dalla sua viva voce, il *“non consenso”* alla trasfusione di sangue, trovandosi egli in situazione contingente di pericolo grave ed immediato di vita. Criticità resa, nella specie, ancor più complessa dalla circostanza per cui lo stesso paziente, testimone di Geova, recava con sé un cartellino con la dicitura *“niente sangue”*.

La Corte ha osservato, in primo luogo, che il dissenso del paziente deve comunque essere oggetto di *“manifestazione espressa, inequivoca, attuale, informata”*. Più precisamente, occorre che emerga *“una volontà non astrattamente ipotetica ma concretamente accertata; un'intenzione non meramente programmatica ma affatto specifica; una cognizione dei fatti non soltanto "ideologica", ma frutto di informazioni specifiche in ordine alla propria situazione sanitaria; un giudizio e non una "precomprensione": in definitiva, un dissenso che segua e non preceda l'informazione avente ad oggetto la rappresentazione di un pericolo di vita imminente e non altrimenti evitabile, un dissenso che suoni attuale e non preventivo, un rifiuto ex post e non ex ante, in mancanza di qualsivoglia consapevolezza della gravità attuale delle proprie condizioni di salute”*.

Sotto il profilo metodologico, si è quindi posta sullo stesso piano la validità di un consenso preventivo ad un trattamento sanitario e l'efficacia del dissenso *ex ante* al trattamento medesimo, sostenendosi che come il primo *“non appare in alcun modo legittimamente predicabile in assenza della doverosa, completa, analitica informazione sul trattamento stesso”*, così anche il secondo ove, specularmente, *“privo di qualsiasi informazione medico-terapeutica, deve ritenersi altrettanto imprevedibile, sia in astratto che in concreto, qualora il paziente, in stato di incoscienza, non sia in condizioni di manifestarlo scientemente, e ciò perché altra è l'espressione di un generico dissenso ad un trattamento in condizioni di piena salute, altro è riaffermarlo puntualmente in una situazione di pericolo di vita”*.

Si è però puntualizzato che una siffatta impostazione non è intesa ad escludere *“che, in tutti i casi in cui il paziente portatore di forti convinzioni etico-religiose (come è appunto il caso dei testimoni di Geova) si trovi in stato di incoscienza, debba per ciò solo subire un trattamento terapeutico contrario alla sua fede”*. Si è invece ritenuto che, in casi del genere, viene in rilievo *“l'esigenza che, a manifestare il dissenso al trattamento trasfusionale, sia o lo stesso paziente che rechi con sé una articolata, puntuale, espressa dichiarazione dalla quale inequivocamente emerga la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita, ovvero un diverso soggetto da lui stesso indicato quale rappresentante ad acta il quale, dimostrata l'esistenza del proprio potere rappresentativo in parte qua, confermi tale dissenso all'esito della ricevuta informazione da parte dei sanitari”*. Ed è all'esito di un siffatto argomentare che si è ritenuto non idoneo a soddisfare le esigenze anzidette il cartellino recante la scritta *“niente sangue”* che il paziente, come già detto, portava con sé al momento del ricovero.

Alla luce di una più generale considerazione della tendenza giurisprudenziale espressa dalla Corte con le pronunce sopra richiamate riguardo al tema della tutela del diritto all'autodeterminazione

individuale, in continuità con taluni arresti già acquisiti al patrimonio del “diritto vivente”, non è difficile riconoscere nei contenuti propri delle esaminate sentenze una decisiva saldatura con la più accreditata cultura giuridica costituzionalistica, emergendo una collocazione comune sul versante di quell’interpretazione orientata alla salvaguardia dei principi fondanti il nostro vivere civile come comunità che, nelle odierne democrazie pluralistiche, costituiscono la stessa fonte di legittimazione del potere e dell’ordinamento giuridico complessivo, in base a determinate opzioni di valore racchiuse nelle Costituzioni scritte.

La giurisprudenza della Corte viene, dunque, a delineare un percorso particolarmente attento a quei valori che segnano l’essenza stessa delle Costituzioni democratiche. E, come è stato detto da autorevoli esponenti della dottrina costituzionalista, si tratta di valori con i quali, una volta assunti nel loro significato più profondo e cioè nel loro spessore etico, deve misurarsi la legittimità delle attività pubbliche e private. Comprese – sembra appunto suggerire la giurisprudenza della Corte – quelle che toccano più da vicino l’esistenza umana, in tutte le sue fasi, anche nel cruciale momento della sua fine.

5. Il trattamento dei dati personali e il diritto alla riservatezza (Francesco Cirillo)

La materia del diritto alla riservatezza ha dato luogo a pronunce di rilievo caratterizzate dal fatto che la Corte ne ha esaminato il contenuto in rapporto ad altri diritti costituzionalmente garantiti, provvedendo a stabilire – nell’ottica del bilanciamento dei valori – se e quando la tutela della *privacy* debba cedere il passo rispetto ad esigenze considerate prevalenti.

Un primo richiamo deve essere fatto alle sentenze n. 12285 e n. 18584 del 2008, Rv. 603948 e 604753 nelle quali la Corte si è occupata del rapporto fra trattamento dei dati personali e diritto di utilizzazione dei medesimi in ambito giudiziario. Com’è noto, infatti, già l’art. 12, comma 1, lettera *h*), della legge 31 dicembre 1996, n. 675, prevedeva, in deroga al precedente art. 11, che il consenso dell’interessato non fosse richiesto in relazione al trattamento di dati personali necessario «per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento». La disposizione è stata poi trasfusa nell’art. 24, comma 1, lettera *f*), del testo unico approvato con decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. Il rapporto tra diritto alla riservatezza e diritto di azione di cui all’art. 24 Cost. – entrambi costituzionalmente tutelati – è

un punto che dà luogo a contrasti risolti dalla legge solo in via generale: ed è in questo quadro che si inseriscono le citate pronunce.

La sentenza n. 12285 del 2008 è stata emessa a seguito di un ricorso nel quale si contestava il comportamento di un Comune che, in un giudizio promosso nei suoi confronti dalla moglie di un dipendente, aveva prodotto documentazione relativa a dati personali di quest'ultimo (certificato di matrimonio e certificato di servizio); la Corte, nel respingere il ricorso avverso la sentenza del tribunale – che, a sua volta aveva confermato il provvedimento del Garante – ha affermato che «in tema di trattamento dei dati personali, la disciplina specifica (applicabile nella specie *ratione temporis*) dettata dagli artt. 20, lett. g), e 27 della legge n. 675 del 1996 per la comunicazione e la diffusione di essi da parte di privati ed enti pubblici nello svolgimento di attività istituzionali, non preclude che a tali soggetti sia applicabile l'art. 12, lett. h), della legge stessa, il quale esclude la necessità del consenso dell'interessato allorché si tratti di difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, trattandosi di tutela di un diritto costituzionalmente garantito». Nello stesso tempo la Corte ha spiegato che era onere del dipendente comunale – che aveva eccepito, nella specie, l'estraneità della documentazione prodotta alle finalità difensive – fornire la prova di tale estraneità.

Nella seconda sentenza, invece, il problema era del tutto diverso: si trattava, infatti, di stabilire se, in un giudizio promosso da un dipendente di uno studio medico nei confronti del professionista datore di lavoro, fosse lecito o meno chiamare a deporre come testimoni i pazienti dello studio; problema reso complesso dal fatto che, occupandosi il medico in questione di andrologia, ginecologia e sessuologia, la divulgazione dei nomi dei pazienti poteva ritenersi in contrasto con la tutela dei dati sensibili. L'art. 22, comma 1, della legge n. 675 del 1996 – oggi ripreso dall'art. 26 del d.lgs. n. 196 del 2003 – inserisce, infatti, «i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale» nella categoria dei dati sensibili, la cui diffusione richiede, oltre al consenso scritto dell'interessato, anche la previa autorizzazione del Garante.

La Corte, però, con la citata sentenza n. 18584 del 2008, nel sottolineare la correttezza del ragionamento seguito dal giudice di merito – secondo cui la testimonianza doveva reputarsi ammissibile in quanto destinata a provare l'esistenza del rapporto di lavoro contestato – osserva che «l'accesso ad uno studio medico, ancorché specialistico, nulla esprime sulle effettive condizioni di salute del cliente (e, parimenti, sulla sua vita sessuale), non consentendo di per sé di individuare in alcun modo le patologie da cui il medesimo sia affetto e, addirittura, se sia affetto da una qualche patologia, ben potendo una visita essere richiesta anche soltanto a mere

finalità di prevenzione e, comunque, concludersi con l'accertamento dell'inesistenza di qualsivoglia malattia». Ne deriva, come logica conclusione, che «la semplice appartenenza del soggetto chiamato a deporre alla clientela del medico specialista costituisce non già un dato sensibile ex art. 22 della legge n. 675 del 1996 (con le conseguenze in tema di trattamento sopra esaminate), ma un mero dato personale disciplinato dall'art. 12 della stessa legge per il cui trattamento, pertanto, non è richiesto il consenso espresso dell'interessato, né, tanto meno, la previa autorizzazione del Garante, laddove, come nella specie, il trattamento stesso sia necessario «...per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria»».

In entrambi i casi ora considerati, dunque, può dirsi che il bilanciamento dei valori contrapposti ha condotto alla prevalenza del diritto di cui all'art. 24 Cost. rispetto a quello alla riservatezza; né poteva essere diversamente alla luce delle fattispecie concretamente decise. Il diritto alla riservatezza anche nella più completa estensione della tutela introdotta dal Codice della *Privacy*, ha, secondo gli orientamenti richiamati, un rilievo primario ma un contenuto che deve conformarsi alle esigenze degli altri interessi meritevoli di tutela con i quali può trovarsi a configgere (il diritto di difesa giudiziaria; il diritto alla salute; il corretto esercizio della funzione amministrativa).

La capacità conformativa del diritto alla riservatezza risulta ancora più evidente nelle pronunce che riguardano il rapporto tra diritto alla riservatezza e libertà di stampa: merita menzione anche la sentenza n. 10690 del 2008, Rv. 602952, relativa ad una particolare vicenda in cui alla pubblicazione di un articolo ritenuto lesivo aveva fatto seguito una parziale rettifica e la proposizione, da parte dell'interessato, di un'azione risarcitoria. Il giornale, peraltro, aveva provveduto a pubblicare anche la lettera con la quale il danneggiato aveva sollecitato il risarcimento, questa volta indicando il nome e cognome della persona, con conseguente asserita violazione del diritto alla riservatezza.

La pronuncia è di particolare interesse perché compie una sorta di ricapitolazione dei principi regolatori della complessa materia. In motivazione, infatti, si legge, tra l'altro, che «il diritto di cronaca e di critica, che trova il suo fondamento nella libertà di stampa costituzionalmente garantita (ex art. 21 Cost., secondo comma) in ragione del fondamentale interesse del pubblico all'informazione, è suscettibile di risolversi in attività lesive della identità personale delle persone, intesa come immagine sociale, quand'anche la pubblicazione non ne offenda l'onore o la reputazione. L'interesse della persona a preservare quell'identità è qualificabile come posizione di diritto soggettivo alla stregua dei principi fissati dall'art. 2 Cost. in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti, sicché la lesione di

tale diritto consente l'esperibilità dei rimedi inibitori, risarcitori e speciali apprestati dall'ordinamento».

Sulla base di tale premessa, la sentenza precisa che:

«a) il diritto alla riservatezza, il quale tutela l'esigenza della persona a che i fatti della sua vita privata non siano pubblicamente divulgati, è confluito nel diritto alla protezione dei dati personali ai seguito della disciplina contenuta nella L. 31 dicembre 1996, n. 675 (...);

b) esso si distingue rispetto al diritto all'integrità morale in quanto il divieto della diffusione dei fatti della vita privata prescinde dalla loro attitudine infamante; attiene ad un valore essenziale della persona e rientra nei diritti inviolabili dell'uomo proclamati dall'art. 2 Cost.; la violazione del diritto alla riservatezza quale diritto assoluto costituisce un illecito civile e comporta l'obbligo del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale;

d) la libertà di stampa prevale sul diritto alla riservatezza e all'onore, purché la pubblicazione sia giustificata dalla funzione dell'informazione e sia conforme ai canoni della correttezza professionale; in particolare, è giustificata dalla funzione dell'informazione quando sussista un apprezzabile interesse del pubblico alla conoscenza dei fatti privati in considerazione di finalità culturali o didattiche e, più in generale, della rilevanza sociale degli stessi».

Come si vede, il bilanciamento dei valori costituzionalmente rilevanti è compiuto da questa pronuncia con esemplare chiarezza, stabilendosi anche degli espliciti criteri di priorità.

Di notevole interesse sono, poi, le pronunce nelle quali la Corte si è occupata del diritto all'immagine, inteso come “classico” diritto della personalità ed anche come manifestazione del diritto alla riservatezza.

Una prima pronuncia da ricordare è la sentenza n. 7261 del 2008, Rv. sul delicato problema della pubblicazione giornalistica della fotografia di una persona privata della libertà personale. Com'è facile intuire, in una situazione simile sono in gioco diritti fondamentali fra loro contrapposti: quello alla riservatezza, inteso come diritto dell'interessato, attraverso la tutela dell'immagine, a non vedere pubblicata una propria fotografia dalla quale sia desumibile lo stato di detenzione, e quello di cronaca e di informazione, che si collega all'art. 21 della Costituzione. Anche qui la legge n. 675 del 1996 ha dettato una norma specifica – ossia l'art. 25, oggi riprodotta nell'art. 137 del d.lgs. n. 196 del 2003 – secondo cui le disposizioni relative al consenso dell'interessato e all'autorizzazione del Garante non si applicano quando il trattamento dei dati, anche sensibili, «è effettuato nell'esercizio della professione di giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità». Nel caso specifico, il Garante aveva inibito ad un quotidiano l'ulteriore diffusione dell'immagine di un soggetto in stato di coercizione, già pubblicata sul medesimo. Il

tribunale aveva accolto l'opposizione proposta dal giornale contro il provvedimento inibitorio, con pronuncia impugnata dal Garante. La sentenza in esame compie una prima importante affermazione, sostenendo che «l'inessenzialità della pubblicazione di una foto in relazione ad un caso di cronaca non trova riscontro nel dato normativo. Al contrario, la liceità di tale pubblicazione trova espressa conferma nell'art. 114 cod. proc. pen., (...) ove si stabilisce che “è vietata la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all'uso di manette ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica, salvo che la persona vi consenta”». In altre parole, al di fuori della ristretta ipotesi regolata dalla citata disposizione del codice, «la pubblicazione delle immagini di una persona privata della libertà personale deve ritenersi lecita senza, quindi, che la stessa possa considerarsi inessenziale rispetto all'informazione». Come si vede, la Corte non solo riconosce l'importanza fondamentale del diritto all'informazione (del quale la pubblicazione fotografica costituisce legittima esplicazione), ma arriva a sostenere che la pubblicazione è essenziale rispetto all'informazione. Nel prosieguo della motivazione il pensiero viene ulteriormente chiarito, affermando la sentenza che non è «lo stato reale di detenzione evidenziato dalle manette ai polsi o da altre forme di costrizione in quanto tale che rende non pubblicabile la foto, ma la rappresentazione di tale stato con le modalità predette da parte della foto pubblicata. In altri termini, la foto di un imputato in stato di arresto con le manette ai polsi, se ritrae il predetto in una posa in cui non sono visibili le manette, non incontra alcun divieto normativo alla sua pubblicazione».

Anche in questo caso, come si vede, la delicatezza della materia e l'importanza dei contrapposti interessi rende necessaria una scelta, di modo che un diritto risulta recessivo rispetto all'altro.

Strettamente connesse con la materia appena esaminata si presentano alcune pronunce della Corte in materia di diritto all'immagine, in particolare fotografica. Questo diritto appartiene, tradizionalmente, alla categoria dei diritti della personalità, tanto da essere oggetto di apposita regolamentazione nell'art. 10 cod. civ. e in alcune norme della legge 22 aprile 1941, n. 633 (e successive modifiche) sul diritto di autore. Il diritto all'immagine presenta problemi simili a quelli del diritto alla riservatezza, prima di tutto perché l'immagine, alla stregua del nome, è un segno distintivo dell'identità personale, e poi perché, comunque, l'abusiva diffusione dell'immagine è anch'essa una sorta di intrusione nella sfera di vita privata di una persona. A rendere più complessa la materia sta, poi, il risvolto economico che ne consegue: da un lato, infatti, la diffusione *lecita* della propria immagine avviene, di solito, per finalità economiche; dall'altro, l'abuso dell'immagine pone delicati problemi risarcitori, non essendo sempre facile fissare le regole per una determinazione del danno.

Nell'ambito ora delineato si inseriscono le sentenze n. 12433, Rv 603320 e n. 21995, Rv 604494 del 2008, entrambe relative alla pubblicazione di fotografie di personaggi dello spettacolo.

Nella sentenza n. 12433 de 2008 il giudizio era stato promosso da un attore nei confronti di un editore per il risarcimento dei danni conseguenti alla pubblicazione non autorizzata di due fotografie che lo ritraevano nella popolare Piazza di Spagna, a Roma, «nel contesto di un articolo che pubblicizzava una nuova pellicola Kodak». Il giudice di merito aveva respinto la domanda risarcitoria sul rilievo che non ricorrevano danni patrimoniali e che quelli non patrimoniali non potessero essere risarciti, stante la mancanza di un reato. La Corte, nell'accogliere il ricorso, ribadisce, innanzitutto, che il diritto all'immagine «rientra fra i diritti della personalità che – nei loro aspetti non patrimoniali – integrano diritti inviolabili della persona, la cui violazione attribuisce al titolare il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali. L'art. 10 c.c., è stato normalmente interpretato nel senso che la lesione del diritto all'immagine dà diritto anche al risarcimento dei danni non patrimoniali, soluzione confermata e rafforzata dal rilievo che, trattandosi di diritto costituzionalmente protetto (art. 2 Cost.), vale il principio più volte enunciato da questa Corte, secondo cui la relativa lesione non è soggetta al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p., e non presuppone la qualificabilità del fatto come reato». La sentenza, quindi, evidenziando l'erroneità della decisione che aveva escluso la risarcibilità dei danni non patrimoniali, si conforma al principio – già enunciato più volte negli anni passati – secondo cui l'art. 2 Cost. è da leggere come parametro aperto la cui lesione consente di agire direttamente per il risarcimento del danno a prescindere dall'art. 2059 del codice civile. Ma soprattutto – ai fini che qui interessano – la motivazione chiarisce che «in molti casi non appare agevole né configurare natura ed entità del pregiudizio propriamente economico, né quantificarne l'importo, pur essendo certi ed incontestabili sia l'illiceità del comportamento dell'autore della pubblicazione, sia il fatto che questi ne abbia tratto vantaggio». Tuttavia, poiché «ogni singolo soggetto ha il diritto esclusivo sulla propria immagine ed è il solo titolare del diritto di sfruttarla economicamente, ne consegue che con la pubblicazione non autorizzata l'autore dell'illecito si appropria indebitamente di vantaggi economici che sarebbero spettati alla vittima. Il risarcimento dei danni patrimoniali consiste, pertanto, nel ritrasferire quei vantaggi dall'autore dell'illecito al titolare del diritto, e ad essi va commisurata l'entità della liquidazione (c.d. prezzo del consenso alla pubblicazione), se del caso determinandone l'importo in via equitativa, ai sensi dell'art. 2056 c.c.». In altre parole, quindi, l'abusiva pubblicazione di una fotografia comporta di per sé un danno risarcibile, a prescindere dalla prova che il danneggiato possa fornire. Per meglio esplicitare il proprio pensiero, la Corte dimostra piena

consapevolezza del fatto che «la quantificazione dei danni con riferimento al prezzo del consenso può risultare in molti casi tutt'altro che agevole: in particolare, qualora il soggetto leso non sia persona nota, alla cui immagine possa essere attribuito un valore economico oggettivamente determinabile». Ciò, peraltro, non esime il giudice dal compiere una valutazione equitativa, «con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito, in relazione alla diffusione del mezzo su cui la pubblicazione è avvenuta, alle finalità (pubblicitarie o d'altro genere) che esso intendeva perseguire, e ad ogni altra circostanza rilevante allo scopo». Merita un espresso richiamo, infine, anche la sentenza n. 21995 del 2008, Rv. 604495, nella quale la Corte è tornata ad occuparsi del problema del consenso dell'avente diritto alla pubblicazione delle proprie fotografie. Il caso riguarda una nota donna di spettacolo che aveva acconsentito alla pubblicazione di una serie di foto che la ritraevano parzialmente nuda, a condizione che tale pubblicazione avvenisse su riviste di prestigio internazionale. La sentenza – che si richiama ad un conforme orientamento precedente – ribadisce che «il consenso alla pubblicazione su una o determinate riviste non consente la pubblicazione su riviste diverse da quelle autorizzate».

6. I diritti sociali (*Giuseppe Fuochi Tinarelli*)

1. L'intervento della Suprema Corte nel corso del 2008 in materia di diritti “sociali” riferiti ai singoli od alle formazioni sociali è stato “puntiforme” nel vasto panorama della giurisprudenza, ma non per questo può ritenersi meno significativo.

Da un lato, infatti, è stata valorizzata l'attività di quelle formazioni collettive – le ONLUS e le IPAB – che, in relazione agli obbiettivi perseguiti, vanno considerate meritevoli di una tutela accentuata, ed è stata affermata, correlativamente, la definitiva attrazione alla sfera di competenza del giudice ordinario degli Istituti pubblici di assistenza e beneficenza, mentre dall'altro, con riguardo all'amministratore di sostegno, figura istituita per quelle persone che, per effetto di un'infermità o di una menomazione fisica o psichica, si trovano nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di dover provvedere ai propri interessi, è stata affermata la rilevanza della volontà, anche per situazioni di costrizione, nella scelta del domicilio.

Una particolare attenzione, poi, è stata dedicata anche alla salvaguardia del diritto costituzionale alla salute e all'interesse a che lo Stato, attraverso il Servizio sanitario nazionale, si faccia garante della tutela di situazioni di particolare intensità e gravosità per il paziente.

2. Con la sentenza n. 24883 del 9 ottobre 2008, Rv. 604575 (per altri versi clamorosamente innovativa in tema di giurisdizione, come in altra parte di questa Rassegna annotato) le Sezioni Unite civili hanno affermato un rilevante principio in materia di enti non commerciali e organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), le quali, strutturalmente, sono dedicate al perseguimento di finalità di solidarietà sociale.

La Corte, infatti, ha ritenuto sussistenti i presupposti per il riconoscimento delle agevolazioni in materia fiscale previste dall'art. 10 del d.lgs. n. 469 del 1997 anche nel caso in cui le prestazioni fornite dall'organizzazione siano dirette ad arrecare benefici alle persone che siano svantaggiate non solo per le condizioni economiche ma anche, disgiuntamente, in ragione di condizioni fisiche o psichiche, familiari o sociali.

La solidarietà, quindi, non si manifesta soltanto con il sostegno economico, ma può rivelarsi "anche attraverso forme di assistenza verso persone che, pur economicamente non in condizioni di bisogno, non siano più in grado, per ragioni di età o familiari o sociali o psicologiche, di permanere validamente nel nucleo familiare di origine" e debbano trovare un ricovero presso una struttura esterna.

Occorre osservare, del resto, che la condizione di bisogno collegata alle condizioni personali, familiari o sociali seppure sia indubbiamente più rilevante quando vi sia (anche) una difficoltà economica, non è esclusa dall'esistenza di una situazione patrimonialmente più vantaggiosa: la finalità solidaristica non viene meno se le prestazioni siano fornite dietro pagamento di un corrispettivo, con l'unico, essenziale, limite dell'assenza di un concorrente fine, anche solo parziale, di lucro.

La percezione di utili – quale esito fisiologico nei casi in cui la prestazione sia fornita dietro un corrispettivo – non assume, invero, un valore di per sé significativo, dovendosi, invece, considerare l'utilizzo e la destinazione degli stessi.

Se, infatti, alla maturazione di utili segua una loro distribuzione ovvero una utilizzazione per scopi ed attività diverse da quelle propriamente istituzionali, la valenza solidaristica finisce con l'essere sostituita da altri obbiettivi, di tipo imprenditoriale, incompatibili con le finalità dell'organizzazione. Il puro e semplice accantonamento delle somme ricavate, invece, non è in contrasto con il perseguimento di finalità solidaristiche.

A tal fine, dunque, è necessario un accertamento in concreto, dal quale non sono escluse neppure le Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB), che, secondo Cass. n. 422 del 11 gennaio 2008, Rv. 601774 debbono – ai fini del riconoscimento dei benefici di legge (in specie fiscali) – perseguire in via esclusiva un fine assistenziale o previdenziale o sanitario, con

esclusione di ogni finalità di lucro, non appartenendo più, di diritto, alla categoria delle persone giuridiche pubbliche.

Le Sezioni Unite civili, del resto, sulle IPAB sono intervenute anche sotto altro versante: con l'ordinanza n. 12377 del 16 maggio 2008, Rv. 603308, infatti, hanno affermato che le controversie con le IPAB, a seguito dell'abrogazione della disciplina prevista dalla legge n. 6972 del 1890 ad opera del d.lgs. n. 207 del 2001 rientrano, ormai, nella giurisdizione del giudice ordinario (salve le situazioni che restano disciplinate dalla norma transitoria di cui all'art. 21 del d.lgs. citato).

La trasformazione delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza in istituti pubblici di assistenza od in associazioni o fondazioni di diritto privato, infatti, non poteva non ricondurre nell'alveo della sede giurisdizionale propria della tutela dei diritti anche le attività di questi soggetti, i quali sono preposti, in via prioritaria, ad apprestare un importante contributo alla tutela di alcuni dei bisogni fondamentali per i soggetti più in difficoltà.

La Corte, inoltre, ha avuto anche occasione, con l'ordinanza n. 588 del 14 gennaio 2008, Rv. 601370, di intervenire in materia di amministratore di sostegno, quale specifico erogatore di servizi a favore di soggetti più deboli, statuendo in ordine all'individuazione del giudice tutelare competente ad emettere i relativi provvedimenti.

Ha ritenuto, in particolare, di confermare l'orientamento che ritiene, ai sensi dell'art. 43 cod. civ., che, ai fini della determinazione del domicilio, ci si debba riferire al dato, non meramente obbiettivo ma anche soggettivo, del volontario insediamento in un determinato luogo della sede principale dei propri affari e interessi, senza che assuma rilievo la mera esistenza di una misura coattiva quale il ricovero in manicomio giudiziario in esecuzione di una sentenza di condanna definitiva.

Anche successivamente all'esecuzione della misura coattiva, pertanto, resta escluso un cambiamento automatico del domicilio, dovendo, invece, risultare una espressa manifestazione di volontà dell'interessato a trasferire lo stesso.

3. La tutela del diritto alla salute come fondamentale espressione della persona intesa quale più ampio centro di imputazione di diritti ha costituito un ulteriore importante filo conduttore seguito dalle pronunzie della Suprema Corte nel corso del 2008.

Ciò si è realizzato, in particolare nell'accezione del diritto alla salute in funzione del diritto ad ottenere da parte dello Stato, attraverso il Servizio sanitario nazionale, l'erogazione di cure urgenti e tempestive non previste in via ordinaria dal servizio pubblico ovvero il ristoro delle relative spese affrontate.

Assumono rilievo, in particolare, quelle situazioni limite ove la necessità e l'indifferibilità di un intervento sanitario, spesso oneroso proprio per la natura e l'immediatezza della cura da intraprendere, si pone in diretta attuazione dei principi di solidarietà sociale e di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona.

In un caso relativo alla prestazione della terapia Dikul a minore affetto da mielite traversa con tetraplegia, non prevista dal prontuario pubblico, che, tuttavia, aveva dato risultati positivi anche se temporanei (duraturi in costanza di terapia ma in diminuzione nelle fasi di sospensione del trattamento), la Corte, con la sentenza n. 10692 del 2008, Rv. 603000, richiamandosi alla decisione delle Sezioni Unite civili n. 11567 del 2007, ha rilevato che la discrezionalità della pubblica amministrazione – la quale, a fronte a terapie ritenute equivalenti, è preposta a valutare l'adequatezza della risposta sanitaria secondo criteri di economicità – viene meno quando l'assistito chieda il riconoscimento del diritto alla erogazione di cure tempestive non ottenibili dal servizio pubblico, facendo valere una pretesa correlata al diritto alla salute, per sua natura non suscettibile di affievolimento.

La dimensione di diritto assoluto e primario, costituzionalmente garantito, comporta che la situazione fatta valere non possa essere definitivamente sacrificata o compromessa, residuando in capo all'amministrazione solo il potere di valutare l'urgenza della situazione idonea a determinare un pregiudizio grave ed irreversibile.

La Corte ha rilevato che il relativo diritto va accertato “sulla base dei presupposti richiesti dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 502 del 1992 (nel testo modificato dal d.lgs. n. 229 del 1999) che prevede che "il Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso risorse pubbliche e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, artt. 1 e 2 i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse"", con i limiti previsti dal comma 7 (sono esclusi i servizi e le prestazioni sanitarie che: a) non rispondono a necessità assistenziali tutelate in base ai principi ispiratori del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 2; b) non soddisfano il principio dell'efficacia e dell'appropriatezza della terapia; c) non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse per l'esistenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze).

Se, da un lato, la verifica della rispondenza alle necessità assistenziali tutelate attraverso il SSN appare agevole da cogliersi e il raffronto con il principio di economicità, in comparazione con le

altre forme di assistenza riconosciute dalla struttura pubblica, appare lineare nella sua rappresentazione concreta (tant'è che l'analisi del giudice di merito aveva colto la peculiarità della terapia – e dei pur limitati miglioramenti funzionali - nella prolungata sinergia di più forme di intervento, propria del metodo in questione), più complessa e delicata è la valutazione della appropriatezza (e della conseguente applicazione del principio di efficacia) della terapia medesima.

Su questo aspetto, infatti, la Suprema Corte ha colto ed individuato il nucleo essenziale della disciplina in raffronto ai valori costituzionali coinvolti. Non è sufficiente, infatti, il mero dato materiale di un “parziale successo della terapia”, dovendosi, invece, anche valutare in quali termini la terapia sia adeguata avuto riguardo alle specifiche condizioni del soggetto beneficiario.

Occorre valutare, dunque, in quale misura la pratica terapeutica incida sulle condizioni di vita complessive del paziente e se, in una valutazione comparativa tra costi e benefici, si realizzi una compromissione – anche in relazione all'entità del recupero delle capacità funzionali – degli interessi di socializzazione della persona in ragione dei tempi quotidiani della terapia.

Il nucleo delle valutazioni, pertanto, converge sull'esigenza del rispetto della persona umana, nella sua integrità e nelle diverse componenti coinvolte dallo sforzo terapeutico, dovendosi valutare se, con riguardo ad una patologia, un limitato positivo risultato non finisca per comprimere in termini intollerabili le diverse manifestazioni della persona nel contesto sociale e familiare.

Sulla stessa direttrice si colloca l'ordinanza n. 1563 del 24 gennaio 2008, Rv. 601556, con la quale la Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 5 della legge n. 595 del 1985 (integrato dagli artt. 2 e 7 del d. m. 3 novembre 1989 e dall'art. 2 del d. m. 13 maggio 1993) con riguardo alle spese sanitarie sostenute per cure all'estero in situazione di urgenza.

La Corte, sulla premessa che la normativa vigente riconosce il diritto alla fruizione in forma indiretta di prestazioni assistenziali per i cittadini italiani all'estero solo nel caso in cui le stesse siano erogate presso centri di altissima specializzazione sul presupposto della sostanziale infungibilità dell'intervento presso le strutture sanitarie nazionali, ha rilevato che la medesima infungibilità è riscontrabile quando l'intervento all'estero sia necessitato perché l'esigenza di provvedere alla cura della patologia, imprevedibile al momento del passaggio della frontiera, sia sorta improvvisamente durante la permanenza all'estero e richieda una cura – anche presso

strutture diverse dai centri di altissima specializzazione – non procrastinabile per l'irreparabile pregiudizio che può conseguire al differimento.

Sul punto, è stata anche sottolineata, da un lato, la preminenza del nucleo essenziale del diritto alla salute rispetto alle esigenze del bilancio e, dall'altro, l'irrilevanza dei motivi che hanno determinato il soggiorno all'estero, di per sé inidonei a giustificare un diverso trattamento, atteso che anche ragioni diverse dal lavoro e dallo studio (quali possono essere le ragioni culturali o ricreative) sono espressione della personalità umana e possono corrispondere a fattori di arricchimento della persona.

La Corte costituzionale, invero, con la sentenza n. 354 del 22 ottobre 2008 ha già fornito una risposta al problema sollevato dalla Corte di cassazione, dichiarando non fondata la questione di legittimità, ma fornendo, ugualmente, alcune utili chiavi di lettura per gli stessi orientamenti della legittimità.

Il limite costituzionale alla necessità inderogabile di un intervento dello Stato in funzione reintegratoria o integrativa degli oneri sostenuti dal cittadino per ricevere le cure di un intervento terapeutico urgente in caso di gravità della malattia è, infatti, individuato nella condizione di indigenza (anche solo in senso relativo) dell'interessato.

La prospettiva espansiva promossa dalla Suprema Corte, secondo la quale il diritto alla salute minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile era meritevole di una tutela indipendentemente dalle condizioni economiche dei cittadini, venendo in rilievo l'ambito inviolabile della dignità umana, è rimasta, pertanto, disattesa. La Consulta, invero, ha ugualmente promosso una concezione che, pur collocata su un piano differente, poiché non assegna rilevanza autonoma e preminente alla tutela della salute e dell'integrità personale ma resta ancorata, in un'ottica solidaristica, al principio di uguaglianza in senso sostanziale, non si presenta di minore intensità ed incidenza e può fornire – in una prospettiva futura – una risposta, seppur parziale, anche all'esigenza, sollevata dalla Corte, di assicurare una adeguata considerazione allo svolgimento di attività all'estero per ragioni differenti dallo studio o dal lavoro.

7. I Diritti umani e la sovranità statale *(Giuseppe Fuochi Tinarelli)*

1. L'ordinanza n. 14201 del 29 maggio 2008 delle Sezioni Unite civili, Rv. 603273, rappresenta un punto di arrivo (e di partenza) particolarmente importante sia nell'ambito nazionale sia nel panorama internazionale nel settore della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Con questo provvedimento, infatti, la Corte ha affermato che ove lo Stato, anche straniero, ponga in essere, avvalendosi della sua potestà sovrana, atti gravemente lesivi dei valori fondamentali della libertà e dignità umana, tali da configurarsi quali crimini contro l'umanità, non è riconoscibile alcuna forma di immunità dalla giurisdizione.

Giova osservare che l'ordinanza fa parte di un gruppo di 13 provvedimenti, aventi lo stesso oggetto, pronunciati dalle Sezioni Unite civili in termini conformi, nonché di una sentenza – la n. 14199 del 29 maggio 2008, Rv. 603273, – con la quale è stata statuita la non contrarietà all'ordine pubblico (e, quindi, la liceità del riconoscimento ai fini dell'esecuzione in Italia) di una decisione della Corte di cassazione della Grecia di condanna della Repubblica Federale di Germania relativa ad un indennizzo a favore degli eredi delle vittime di un eccidio di civili compiuto dalle forze armate tedesche durante la seconda guerra mondiale.

L'importanza della decisione, inoltre, si ricollega ad una ulteriore considerazione: il principio affermato nel 2008, infatti, si pone in diretta prosecuzione con l'orientamento affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 5044 dell'11 marzo 2004, Rv. 571034, dove, per la prima volta, è stata esclusa l'illimitatezza dell'immunità dalla giurisdizione (civile) degli Stati (esteri) quando operino nell'esercizio della loro sovranità, ove le condotte integrino crimini contro l'umanità.

Si può ragionevolmente sostenere, pertanto, che, con questi ultimi provvedimenti, l'orientamento della Corte possa ritenersi consolidato.

E ciò rileva tanto più se si considera che, nel panorama internazionale delle decisioni delle Supreme Corti, la posizione assunta dalla Corte di cassazione, si delinea, sia pure con alcune precisazioni, sostanzialmente unica.

2. La fattispecie sottoposta all'esame dei giudici riguardava – sia nel 2004 che nel 2008 - l'ipotesi di cittadini italiani che, deportati in Germania dopo l'8 settembre 1943, erano stati costretti al lavoro forzato al servizio dell'industria bellica tedesca.

Il ragionamento seguito dalla Corte nel 2004 si è articolato, con una ampia e diffusa analisi degli orientamenti della giurisprudenza internazionale, secondo le seguenti sequenze:

- nelle decisioni delle corti supreme internazionali è ricorrente l'affermazione che i crimini internazionali “minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale” trattandosi di violazioni particolarmente gravi, per intensità e sistematicità, dei diritti fondamentali della persona umana;
- la tutela dei diritti fondamentali “è affidata a norme, inderogabili, al vertice dell'ordinamento internazionale, che prevalgono su ogni altra disposizione, anche di carattere consuetudinario”;

per tale ragione è sancita l'imprescrittibilità di questi diritti ed è affermata l'universalità della giurisdizione, che non può non valere anche per i processi civili che traggono origine da tali reati;

- il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati, in siffatte ipotesi, pertanto, si pone in contrasto con le norme a tutela dei diritti fondamentali, la cui protezione è "essenziale per la Comunità internazionale, tanto da imporre, nei casi più gravi, forme di reazione obbligatoria";

- l'antinomia, peraltro, non può che comporsi "dando prevalenza alle norme di rango più elevato", escludendosi che lo Stato possa avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera;

- è irrilevante l'assenza di una espressa deroga al principio dell'immunità: il valore, ormai riconosciuto, di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale al rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha degli inevitabili riflessi sugli altri principi ivi operanti, tra cui quello del riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera, secondo i principi generali dell'interpretazione delle norme, che non vanno considerate separatamente ma in quanto facenti parti del medesimo sistema, completandosi ed integrandosi a vicenda.

La Corte, pertanto, ha ritenuto che, nell'ordinamento internazionale, debba ritenersi vigente un principio, sovraordinato agli altri, di preminenza dei valori fondamentali della libertà e della dignità della persona, la cui lesione non è consentita neppure agli Stati nell'esercizio della loro sovranità.

Con le decisioni del 2008 le Sezioni Unite non solo confermano il ragionamento seguito dalla Corte quattro anni prima ma, pur nella loro concisione, lo arricchiscono con ulteriori importanti precisazioni.

Va evidenziato, sul punto, che la decisione n. 5044 del 2004, accolta favorevolmente da gran parte della dottrina [De Sena-De Vitto 2005, 250], era stata oggetto di alcuni rilievi critici nella successiva giurisprudenza di altre corti supreme.

La House of Lords [Jones v. Kingdom of Saudi Arabia, 14 giugno 2006], in particolare, aveva negato che si potesse disconoscere – per difetto di una norma consuetudinaria internazionale - l'immunità dalla giurisdizione per gli Stati esteri accusati di aver compiuto atti di tortura all'estero e si era espressa in termini fortemente critici verso la giurisprudenza italiana.

L'ordinanza n. 14201 del 2008 sottolinea che le decisioni delle Corti supreme, nazionali ed europee, spesso declinatorie della giurisdizione (ma accompagnate, ove emerga perché previsto dal rispettivo ordinamento, da una posizione di minoranza che riconosce la primazia dei valori

fondamentali della persona), non costituiscono un reale indicatore né dell'inesistenza, allo stato, di una sicura ed esplicita consuetudine internazionale, secondo la quale il principio dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile possa ritenersi derogato a fronte di atti, posti in essere "iure imperii", di gravità tale da configurarsi come crimini di guerra, né, in senso contrario (anche in considerazione delle peculiarità delle fattispecie esaminate e dei particolari contesti in cui sono state adottate), dell'esistenza di una simile consuetudine.

I due principi, in realtà, convivono nell'ordinamento internazionale: da un lato il principio dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile per gli atti posti in essere nell'esercizio della sovranità; dall'altro, quello, di pari portata generale, del primato assoluto dei valori fondamentali della libertà e dignità della persona umana [così, testualmente, Corte costituzionale di Ungheria, 13 ottobre 1993 n. 53; Tribunale penale per la ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998 e 14 gennaio 2000; CEDU, 21 novembre 2001, *Al-Adsani v. Regno Unito*, relazione di minoranza; CEDU, 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou v. Grecia e Germania*].

E allora, nel rispetto della gerarchia dei valori, la Corte ha ribadito che il secondo finisce inevitabilmente con il conformare il primo, dovendosi assegnare "prevalenza alla norma di rango più elevato, ossia quella che ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di meta-valore".

Le Sezioni Unite concludono, pertanto, ritenendo che nell'ordinamento internazionale esista – perché desumibile da una pluralità di fonti giurisdizionali e normative – una regola consuetudinaria che si pone come limite all'esercizio della sovranità e riconosce, fuori da ogni tipo di immunità, la persistenza della giurisdizione civile nei confronti degli Stati per quelle condotte illecite disumane che segnano "il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità" nazionale. L'operato della Corte di cassazione contribuisce – e in ciò sta l'importante risposta alle critiche sollevate nei confronti della sentenza del 2004 – semplicemente a far emergere tale regola, che, tuttavia, è già insita nell'ordinamento internazionale.

3. Occorre osservare che l'assunto della Suprema Corte trova riscontro nella varietà delle normative internazionali che presiedono al settore dei crimini contro l'umanità, sia, indirettamente, nelle stesse convenzioni, di più recente formazione, dirette a fornire regole comuni sulla giurisdizione civile.

Da un lato, infatti, la deportazione e l'assoggettamento al lavoro forzato (avendo riguardo specificamente alla fattispecie oggetto della decisione della Corte) è considerato crimine internazionale da svariate fonti, a partire dallo Statuto delle Nazioni Unite dell'8 agosto 1945, art. 6, lett. b), dalla successiva Risoluzione n. 95 dell'11 dicembre 1946 dell'Assemblea

Generale delle Nazioni Unite, agli Statuti del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia e del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, alla Convenzione istitutiva della Corte penale internazionale, sottoscritta da 139 Stati, 120 dei quali hanno, attualmente, già provveduto alla ratifica.

Dall'altro, poi, la stessa normativa – da ultimo l'art. 27 dello Statuto della Corte penale internazionale – esclude, in presenza di crimini internazionali, l'immunità funzionale degli organi dello Stato estero, immunità che costituisce specificazione di quella che è riconosciuta agli Stati.

A maggior ragione, pertanto, va affermato che la responsabilità dello Stato può essere fatta valere, in queste ipotesi, davanti all'autorità giudiziaria di uno Stato straniero.

Del resto, anche nell'ambito civile – e per questioni sicuramente di minore rilevanza quali la violazione di obbligazioni negoziali e risarcitorie per la lesione di beni – le più recenti discipline convenzionali riconoscono la possibilità di evocare in giudizio lo Stato straniero anche se gli atti siano stati posti in essere nell'esercizio delle sue potestà sovrane.

L'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite del 2 dicembre 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, in via di sottoscrizione, ad esempio, priva lo Stato estero della sua immunità anche per gli atti "jure imperii" per le azioni di riparazione pecuniaria conseguenti ad un danno corporale o materiale attribuibile ad uno Stato estero.

Anche a non voler ritenere che tale norma possa configurare, per la sua latitudine, un primo, parziale, riferimento testuale al principio consuetudinario riconosciuto dalla Corte di cassazione, è indubbio che ne resti avvalorata l'affermazione della giurisdizione di fronte alle violazioni più gravi, quali quelle che costituiscono crimini contro l'umanità.

4. L'orientamento della Corte di cassazione appare meritevole di particolare attenzione anche per il percorso motivazionale privilegiato, in specie in raffronto con le diverse ragioni poste a fondamento dalle (poche) decisioni ugualmente positive di altre Corti straniere. Il profilo, del resto, è stato ampiamente colto dalla dottrina che si è espressa sul punto, la quale ne ha anche valorizzato l'idoneità espansiva [De Sena-De Vittor 2005, 250; Baratta 2004, 1200].

La Corte di cassazione della Grecia [sentenza 4 maggio 2000, n. 11, Prefettura di Vojotia c. Germania] ha fondato la soluzione positiva facendo ricorso a due argomenti, tra loro collegati.

La Corte greca, innanzitutto, ha ritenuto di trarre una giustificazione dall'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972 che consente di evocare in giudizio uno Stato straniero per una pretesa risarcitoria relativa ad un illecito commesso nel territorio soggetto alla sua sovranità.

La norma, in quanto ritenuta espressione di un principio di natura consuetudinaria, era applicabile anche dalla Grecia che pure non aveva sottoscritto la Convenzione.

Il limite di applicabilità della Convenzione stessa – destinata a non operare nelle situazioni relative ai conflitti armati – veniva poi superato con un ulteriore argomento, di portata generale. Si è ritenuto, infatti, che, ove lo Stato ponga in essere delle condotte in violazione di norme imperative poste a tutela dei diritti fondamentali della persona umana, tale situazione comporti una fuoriuscita dal consesso internazionale e una rinuncia ai benefici accordati dall'ordinamento internazionale, e, quindi, anche una rinuncia implicita all'immunità.

Tale percorso, peraltro, appare dubbio e il concetto di rinuncia implicita all'immunità in caso di violazioni dello "ius cogens" è, indiscutibilmente, equivoco, attesa la difficoltà di ipotizzare una astratta volontà abdicativa per quelli che – nel caso concreto – finirebbero per assumere la sola valenza di privilegi, tanto più difficilmente rinunciabili da parte dello Stato che abbia posto in essere atti di estrema gravità.

Un percorso in parte analogo è, poi, quello seguito dalla ormai risalente decisione della Corte distrettuale della Colombia del 1994 [Princz c. Repubblica Federale di Germania] la quale, riallacciandosi alle pronunce del Tribunale di Norimberga, aveva ritenuto che nei confronti dello Stato che aveva violato le leggi di guerra non poteva essere riconosciuta alcuna immunità anche per atti riconducibili all'esercizio delle potestà sovrane poiché tali azioni lo ponevano al di fuori dell'ordinamento giuridico internazionale.

La decisione, invero, venne successivamente riformata in appello sul ragionamento che le eccezioni all'immunità erano espressamente regolate dalla normativa statale e che, dal ragionamento seguito dal giudice di primo grado, non era desumibile alcun ulteriore riferimento normativo derogatorio alle regole generali. Occorre osservare, peraltro, che la decisione d'appello si accompagnò ad una posizione di minoranza che suggeriva, in termini forse anche più efficaci rispetto alla decisione impugnata, che la mera mancata indicazione, tra i casi di eccezione dall'immunità, di quelli relativi alla lesione dei diritti dell'uomo, non comportava necessariamente l'esclusione della giurisdizione in siffatti casi, ben potendo trovare un fondamento normativo nelle norme internazionali comunemente riconosciute.

È evidente, pertanto, che il percorso argomentativo utilizzato dalla Suprema Corte risulta, indubbiamente, più lineare ed esaustivo, poiché – senza ricorrere ad alcuna "fictio iuris" od invocare manifestazioni di volontà più o meno implicite – finisce con l'essere caratterizzato dal richiamo ad una interpretazione sistematica dell'ordinamento internazionale e dalla prevalenza

attribuita, in tale contesto, al valore della tutela dei diritti umani rispetto al principio della sovranità degli Stati.

5. La posizione ribadita dalla Suprema Corte nel 2008 con le decisioni in esame ha, per la linearità del ragionamento, una evidente valenza espansiva, tanto più rilevante in quanto delinea chiaramente il percorso della giurisprudenza, che è anche quello – e di ciò la Corte si dichiara pienamente consapevole – di contribuire a far emergere una norma consuetudinaria internazionale, soprattutto in un ambito di tale pregnanza e rilievo, con portata conformativa degli altri principi dell'ordinamento internazionale.

Non si può non dare atto, sul punto, di un certo diffuso ritardo da parte di molte corti internazionali, poste ai più vari livelli (non solo le corti supreme nazionali, ma anche la Corte comunitaria e la Corte di Strasburgo), che spesso, invece, mostrano una tendenza a non garantire una tutela effettiva e reale a posizioni, delle quali, per contro, è unanimemente riconosciuto il carattere primario e di sovraordinazione.

Le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione italiana, come riconosciuto nei primissimi interventi della dottrina [Consolo 2008, 1042] seguiti alle recenti decisioni, si sono, dunque, caratterizzate, sin dal precedente del 2004, come il giudice maggiormente “progressista” nel panorama internazionale, attirandosi critiche, sia giurisprudenziali che da una parte degli studiosi, per aver voluto dare spazio “ad una sorta di sentimentalismo” piuttosto che alla analisi dei precedenti e delle prassi degli Stati.

Si tratta, invero, di un rilievo che, proprio per l'attenta analisi dei precedenti e della normativa internazionale compiuta nel complesso apparato motivazionale a sostegno del “decisum” e per l'analisi sistematica operata, a tutto campo, nell'ordinamento internazionale, appare, di per sé, poco giustificato.

Si deve anzi rilevare che, in alcuni ambiti più specifici, è l'opposto atteggiamento a risultare scarsamente comprensibile.

È il caso, ad esempio, della decisione, prima citata, assunta dall'House of Lords [Jones v. Kingdom of Saudi Arabia, 14 giugno 2006], la quale, con riguardo ad una vicenda di “torture governative”, aveva statuito l'impossibilità di affermare la giurisdizione e di derogare all'immunità degli Stati per la mancanza – come sopra rilevato - di una norma consuetudinaria che lo consentisse. Tale soluzione, tuttavia, ha trascurato che, proprio in materia di atti di tortura governativamente organizzati, la Convenzione ONU del 1984 superava, in termini precisi, il filtro dell'immunità e rendeva responsabili gli Stati autori del crimine, per cui sarebbe stato sufficiente prestare integrale aderenza alla Convenzione.

CAP. IV

DIRITTI SOCIALI E IL CONTRATTO COLLETTIVO “VIVENTE”

1. Introduzione (Rossana Mancino)

La disamina delle decisioni della sezione lavoro, nell'anno 2008, rivela la peculiare attenzione della giurisprudenza di legittimità verso la centralità della persona del lavoratore e l'inderogabilità della tutela della persona in tutte le sue espressioni. Così, nella crescente accentuazione della flessibilità dell'organizzazione aziendale e della produzione, secondo tempi e modi che la domanda e le congiunture del mercato richiedono, il fattore umano si appalesa meritevole di protezione anche nell'esigenza di conciliare l'attività lavorativa con il perseguimento di attività ad essa estranee in cui la personalità si esprime, rimarcando, a fronte dell'interesse dell'imprenditore ad utilizzare, e coordinare, la forza lavoro nel modo ritenuto più utile al raggiungimento degli obiettivi economici perseguiti, l'interesse del lavoratore a non vedere stravolte le modalità di godimento del tempo libero, ed alterati ritmi ed abitudini di vita.

Il rispetto del tempo e delle esigenze di vita del lavoratore, ritenuti, in precedenza, meritevoli di considerazione (e tutela) solo nell'ambito del rapporto di lavoro part-time, con rinnovata sensibilità viene valorizzato anche nei rapporti di lavoro a tempo pieno, per la pregnanza ed il rilievo sociale del tempo libero e dello svolgimento, da parte del lavoratore, di attività extralavorative (eventualmente anche relative a un secondo lavoro), così pervenendo all'affermazione, invero innovativa, che le esigenze di programmabilità del tempo libero, ravvisate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro part-time, sussistono, anche se in maniera meno pressante, all'interno del rapporto di lavoro a tempo pieno.

Nel sistema giuridico di protezione del lavoratore le discriminazioni e il *mobbing* hanno continuato ad essere oggetto di una non facile opera ricostruttiva e di individuazione di incisive forme di tutela giurisdizionale, delineandosi, soprattutto la condotta di *mobbing*, non ancora normativamente tipizzata, distinguendosi fra *mobbing* verticale e orizzontale, sottolineandosi la finalità - cui atti giuridici, meramente materiali, ed eventualmente, anche leciti, siano preordinati - di persecuzione o emarginazione del dipendente, di cui viene lesa - in violazione dell'obbligo di sicurezza posto a carico dello stesso datore - la sfera professionale o personale, intesa nella pluralità delle sue espressioni (sessuale, morale, psicologica o fisica). Ragguardevole, a dir poco, la ricostruzione sistematica del danno esistenziale del lavoratore

nell'alveo dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. L'art. 2087 c.c., inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettibili di valutazione economica (quali l'integrità fisica e la personalità morale), già implicava, ove l'inadempimento ne avesse provocato la lesione, il risarcimento del danno non patrimoniale. Il presidio di tali interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela, da ciò conseguendo che la lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei *danni conseguenza*, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come accade per i pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa.

L'obbligo di sicurezza, nella sua connotazione più tradizionale, è stato, poi, oggetto di significativi approdi della Corte che hanno contribuito a delinearlo nell'*an* e nel *quomodo*, dilatandolo *nello spazio*, ove il dipendente lavori in un ambiente lavorativo esulante dal dominio diretto del datore di lavoro, e *nel tempo*, con la previsione di un obbligo di individuazione dei responsabili della sicurezza anche nel periodo feriale. Di indiscusso rilievo, peraltro, il riconoscimento del generale dovere di vigilanza a carico del datore di lavoro, dovere da esercitare, con adeguata continuità, sul dipendente, affinché questi collabori avvalendosi delle misure di sicurezza e la pregnante considerazione della moderna complessa tipologia lavorativa, che ha portato al riconoscimento dell'esperibilità dell'azione di regresso contro qualsiasi soggetto responsabile di un obbligo di sicurezza nei confronti del lavoratore, a fronte della libertà organizzativa datoriale di avvalersi, nell'assolvimento di tale obbligo, di soggetti legati a lui con diverse tipologie contrattuali.

La costante attenzione riposta dalla S.C. alla conformità ai canoni costituzionali delle norme che sorreggono la materia della sicurezza, è rivelata, peraltro, dalla rimessione, al Giudice delle leggi della questione di legittimità costituzionale della disposizione che non prevede l'azione diretta del lavoratore, per il risarcimento del danno conseguente ad infortunio sul lavoro, nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro, questione evidenziante profili di irragionevolezza, in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato, in quanto affida il soddisfacimento o meno di tale bene primario al libito dell'assicuratore o dell'assicurato che, in ragione del tempo in cui avviene, può essere sottratto alla *par condicio creditorum*, e in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato in infortunio *in itinere*, il quale gode

di azione diretta in quanto vittima della strada, diversamente dal lavoratore infortunato sul luogo di lavoro.

La protezione del lavoro familiare e femminile, registra, inoltre una peculiare intensità, oltre la connotazione di valori espressivi di principi di rilievo costituzionale, con la statuizione dell'applicabilità al partecipe dell'impresa familiare della disciplina del riscatto, così riconoscendo al coniuge, che aveva partecipato all'impresa familiare e che all'atto della sua cessazione non era stato posto in grado esercitare il proprio diritto di prelazione, di poter riscattare il bene, nel frattempo alienato a terzi da parte dell'altro coniuge. E' stata rimarcata, inoltre, la rilevanza costituzionale della finalità perseguita dall'art. 33 della legge n. 104 del 1992, con riguardo alla tutela della salute psico-fisica del disabile e al riconoscimento della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti, in una ottica di valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza, pur escludendo che l'innegabile portata sociale della disposizione possa far atteggiare il diritto del familiare - lavoratore del disabile di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede senza il suo consenso, in guisa di diritto assoluto o illimitato. In altre parole, il diritto alla tutela del disabile non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere, in maniera consistente, le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, ciò potendo tradursi, per i rapporti di lavoro pubblico, in un danno per la collettività.

Ancora, nel contesto delle prestazioni previdenziali e assistenziali connesse alla protezione sociale della famiglia, è di rilievo l'affermazione che alla configurabilità di un diritto potestativo, normativamente diretto al perseguimento di finalità sociali, sia possibile contrapporre l'abuso, identificandosi l'uso non conforme alla *ratio legis* con l'abuso del diritto (abuso del diritto potestativo di congedo parentale esercitato non per la cura diretta del bambino, bensì per attendere ad altra attività di lavoro, ancorché incidente positivamente sull'organizzazione economica e sociale della famiglia).

In tema di pubblico impiego, merita notazione il progressivo ampliamento dell'ambito delle attività pubbliche nelle quali la P.A. agisce negozialmente, quale privato datore di lavoro e, quanto al rapporto di lavoro dirigenziale, il rafforzamento delle specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica, per ciò stesso, la stabilità dell'incarico ed il riconoscimento che, proprio al fine di assicurare il buon

andamento e l'efficienza della PA, il dirigente possa essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti.

Infine, il ruolo centrale svolto dalla giurisprudenza della Corte in sede di diretta interpretazione del contratto o accordo collettivo di lavoro, nell'ottica eminente del rafforzamento della funzione nomofilattica che la novella legislativa ha inteso implementare attraverso l'introduzione di un nuovo motivo di impugnazione (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.) e, appunto, dello strumento processuale dell'art. 420-bis cod. proc. civ. Di qui, l'obiettivo, riferito segnatamente all'interpretazione della contrattazione collettiva, di perseguire la certezza e la stabilità delle statuizioni giurisprudenziali, che non consentono che possano darsi di una identica disposizione contrattuale interpretazioni corrette quanto a motivazioni ed al tempo stesso tra esse contrastanti. Ne esce, pertanto, peculiarmente rafforzata la funzione nomofilattica, con un esito ancor più rilevante che in altri settori, andando oltre la singola vicenda giudiziaria, per essere l'interpretazione unificante direttamente esercitata sui contratti collettivi nazionali, riferibili ad una serie indefinita di destinatari, così perseguendo il fine di assicurare, ai potenziali interessati, quella reale parità di trattamento fondata sulla certezza e stabilità delle statuizioni giurisprudenziali. Non di minor pregio, da ultimo, l'ulteriore obiettivo che il descritto impianto procedurale intende favorire, sottolineato, in ripetute decisioni, nella deflazione del carico giudiziario, evitandosi il rischio della polverizzazione delle decisioni che, in concreto, potrebbe vanificare l'uniformità dell'applicazione di un contratto collettivo, con ricadute in termini di incertezza del diritto e di conseguenziale incentivazione del contenzioso.

2. La tutela della personalità del lavoratore *(Francesco Buffa)*

L'attenzione agli aspetti non patrimoniali del rapporto di lavoro, che vengono in rilievo nell'ambito della relazione tra il lavoratore ed il datore di lavoro, è stata rivolta, con importanti pronunce, anche dalla S.C. che ha approfondito la posizione del lavoratore con riferimento sia al rapporto tra il tempo di lavoro ed il tempo di vita del lavoratore, sia alla tutela delle condizioni di lavoro, sia, infine, con riferimento al rispetto della dignità sul luogo di lavoro. Le pronunce di cui si dirà, nel conflitto immanente fra le dinamiche mercantili (per definizione ispirate all'acquisizione di materialità) e quelle esistenziali, manifestano, anche implicitamente, l'opzione verso la centralità della persona del lavoratore e la priorità inderogabile della sua

tutela, cui si contrappone l'obbligo, per il datore di lavoro, pubblico o privato, di conformare la propria azione senza arrecare pregiudizio a chi al ciclo produttivo partecipa con la sua stessa vita.

Il rapporto tra il tempo di lavoro ed il tempo di vita del lavoratore è stato esaminato dalla sentenza n. 13967 del 2008 (Rv. 603192), che ha posto il limite della non arbitrarietà e della correttezza e buona fede del datore nell'esecuzione del rapporto lavorativo, in relazione all'esercizio unilaterale del potere datoriale di costituire una riserva di dipendenti che, in turnazione di disponibilità, svolgano la prestazione in orari non rigidamente predeterminati, al fine di far fronte ad esigenze di organizzazione o aziendali (e, segnatamente, per compensare improvvise assenze). Sul tempo libero del lavoratore si diffonde, ampiamente, la sentenza n.12962 del 2008 (Rv. 603230), secondo cui “anche nei rapporti a tempo pieno, il tempo libero ha una sua specifica importanza, stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento, da parte del lavoratore, di attività extralavorative, o anche relative ad un secondo lavoro ove non sia prevista esclusiva” con conseguente statuizione dell'obbligo datoriale di affissione, in luoghi accessibili, dei turni di servizio onde il lavoratore possa conoscere, in via anticipata e in un tempo ragionevole, i propri impegni lavorativi, al fine della programmazione del proprio tempo di vita. Il tema dei limiti al potere datoriale di fissare, a suo piacimento, la distribuzione dell'orario di lavoro è di grande rilevanza per i notevoli interessi in conflitto: da un lato, la crescente accentuazione dei profili di flessibilità dell'organizzazione aziendale e quindi il bisogno di organizzare la produzione secondo tempi e modi che la domanda e le variabili del mercato richiedono, dall'altro lato, il fattore umano che rifiuta di subordinare integralmente i propri tempi a quelli dell'impresa ed esige di conciliare l'attività lavorativa con la coltivazione di esigenze personali. Pertanto, a fronte dell'interesse dell'imprenditore ad utilizzare e coordinare la forza lavoro nel modo ritenuto più utile al raggiungimento degli obiettivi economici perseguiti, va rimarcato il riconoscimento giurisprudenziale dell'interesse del lavoratore a non vedere stravolte le modalità di godimento del tempo libero, e quindi alterati i ritmi e le abitudini di vita, interesse che trova fondamento nei principi costituzionali del diritto al riposo, alla salute e nel canone di ragionevolezza.

La S.C. che, già in passato, aveva individuato, quale limite al potere organizzativo datoriale e, in particolare, al potere di determinazione del tempo della prestazione lavorativa, l'obbligo di non recare danno alla sicurezza della persona del lavoratore, estende, oggi, il suo orizzonte verificando il rispetto anche del tempo di vita del lavoratore e delle esigenze della sua vita privata. Sotto tale profilo, tale sensibilità era stata rivolta, in precedenza, solo nell'ambito del

rapporto di lavoro *part-time*, ove il tempo connotava in modo peculiare la pattuizione contrattuale, preordinato ad assicurare altre finalità (altri lavori, ovvero la conciliazione dei ruoli familiari, specie per le lavoratrici). Oggi, invece, la giurisprudenza di legittimità estende i margini di tutela del lavoratore, occupandosi del rapporto a tempo pieno, statuendo che, anche nei predetti rapporti, il tempo libero ha una sua specifica importanza, stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento, da parte del lavoratore, di attività extralavorative (o relative a un secondo lavoro, ove non sia prevista esclusiva). La Corte ha rilevato che dalla lettura delle norme in questione risulta, infatti, di tutta evidenza come il legislatore, imponendo l'affissione dei turni e degli orari di lavoro e, quindi, la pubblicizzazione degli stessi, abbia inteso assicurare ai lavoratori interessati una conoscenza anticipata, in un tempo ritenuto "ragionevole", all'evidente scopo di evitare che il potere datoriale si traduca in un atto del tutto arbitrario e lesivo della dignità del lavoratore, che la norma di riferimento, letta anche alla luce dell'art. 32 Cost., mira, invece, a tutelare. La Corte ha, contestualmente, escluso che il principio affermato possa ritenersi applicabile solo al lavoro *part-time* (per il quale, prima l'art. 5 della legge n. 263 del 1984 e poi l'art. 2 del d.lgs. n. 61 del 2000, hanno previsto espressamente l'indicazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa), affermando, in modo del tutto innovativo, che le esigenze di programmabilità del tempo libero, ravvisate espressamente dal legislatore nell'ambito del rapporto di lavoro *part-time*, sussistono, anche se in maniera meno pressante, all'interno del rapporto di lavoro a tempo pieno. Il riferimento al lavoro turnario, all'attenzione della Corte e necessitato dal caso di specie, ha costituito, invero, la consapevole premessa per l'affermazione di un principio generale, a tutela dei diritti del lavoratore e con riferimento a tutti i rapporti di lavoro a tempo pieno: la peculiare valenza del tempo libero del lavoratore, stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento, anche per il lavoratore a tempo pieno, di attività sportive, ricreative, culturali, sociali, politiche, scolastiche ecc., o, nondimeno, di un secondo lavoro, ove non sia prevista una clausola di esclusiva (Cass. n.12962 del 2008 cit.)

Oltre ad aver in tal modo delineato il rapporto tra il tempo di lavoro ed il tempo di vita del lavoratore, la giurisprudenza della Corte ha emesso varie decisioni che hanno ribadito con nettezza il quadro normativo di tutela delle condizioni di lavoro. La norma di riferimento centrale nel sistema giuridico di protezione del lavoratore è data, notoriamente, dall'art. 2087 cod.civ., che stabilisce l'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, ponendo obblighi precisi non derogabili, con disposizione di chiusura del sistema di protezione del lavoratore. Dall'art. 2087 cod. civ. viene fatto derivare sia il divieto, per il datore di lavoro, di compiere direttamente qualsiasi comportamento lesivo

dell'integrità fisica e della personalità morale del dipendente, sia l'obbligo di prevenire e scoraggiare la realizzazione di simili condotte nell'ambito ed in connessione con lo svolgimento dell'attività lavorativa. La tematica riguarda sia le problematiche antinfortunistiche, di cui si dirà *infra*, sia fenomeni nuovi (o meglio, di recente emersione giurisprudenziale) altrettanto nocivi e lesivi della integrità psicofisica del lavoratore, quali le discriminazioni ed il mobbing. Le decisioni in tema di *mobbing* hanno riconosciuto, in assenza di esplicita disciplina normativa, passando attraverso una difficile opera ricostruttiva, di inquadramento e sussunzione negli istituti giuslavoristi consolidati e negli strumenti classici di tutela dei diritti, incisive forme di tutela giurisdizionale del lavoratore, definendo altresì i “contorni” giuridici della condotta di *mobbing* non ancora tipizzata. In particolare, va segnalata la distinzione fra *mobbing* verticale, direttamente promanante dal datore di lavoro, e *mobbing* orizzontale, promanante dai colleghi di lavoro della vittima della pratica.

Quanto al *mobbing* orizzontale, la sentenza n. 22858 del 2008 (Rv. 604787) ha affermato che la responsabilità del datore di lavoro per *mobbing* sussiste anche ove, pur in assenza di uno specifico intento lesivo, il comportamento materiale sia posto in essere da altro dipendente, per la colpevole inerzia nella rimozione del fatto lesivo; né ad escludere tale responsabilità, ove la condotta di *mobbing* sia ascrivibile ad un dipendente posto in posizione di supremazia gerarchica rispetto alla vittima, può bastare un mero tardivo intervento pacificatore, non seguito da concrete misure e da vigilanza. Secondo la decisione, “*integra la nozione di mobbing la condotta del datore di lavoro protratta nel tempo e consistente nel compimento di una pluralità di atti (giuridici o meramente materiali, ed, eventualmente, anche leciti) diretti alla persecuzione od all'emarginazione del dipendente, di cui viene lesa - in violazione dell'obbligo di sicurezza posto a carico dello stesso datore dall'art. 2087 cod. civ. - la sfera professionale o personale, intesa nella pluralità delle sue espressioni (sessuale, morale, psicologica o fisica)*”. Nella specie, la S.C., nel cassare la decisione della Corte territoriale, ha rilevato che il giudice di merito aveva valutato le condotte in termini non solo incompleti, ma anche con un approccio meramente atomistico e non in una prospettiva unitaria, con sottovalutazione della persistenza del comportamento lesivo, durato per un periodo di sei mesi, più che sufficiente ad integrare l'idoneità lesiva della condotta nel tempo, che - nella sostanziale inerzia del datore di lavoro - era consistita nell'inopinato trasferimento, da parte di un altro dipendente gerarchicamente sovraordinato, di una dipendente (incaricata della trattazione di un progetto aziendale di rilevanza europea) dal proprio ufficio in un'area *open*, senza che venisse munita di una propria scrivania e di un proprio armadio, con sottrazione delle risorse utili allo svolgimento

dell'attività, con creazione di reiterate situazioni di disagio professionale e personale per aver dovuto trattare in un luogo aperto al passaggio di chiunque, attività riservate e per essere stata, in più occasioni, insultata con espressioni grossolane.

La responsabilità datoriale si ricollega poi, più direttamente, alla condotta “mobbizzante” promanante, direttamente, dal datore di lavoro. Si è sottolineato, in proposito, con la sentenza n. 22893 del 2008 (Rv. 605116), operando un distinguo con la condotta discriminatoria per motivi sindacali, che la condotta vessatoria consapevolmente posta in essere dal datore di lavoro, finalizzata ad isolare od espellere il dipendente dal contesto lavorativo si differenzia, pur potendola ricomprendere, da quella discriminatoria per motivi sindacali richiedendosi, nel primo caso, una pluralità di atti e comportamenti (eventualmente anche leciti in sé considerati) unificati dall'intento di intimorire psicologicamente il dipendente e funzionali alla sua emarginazione; attuandosi, invece, la discriminazione per motivi sindacali, anche attraverso un unico atto o comportamento e connotandosi di illiceità di per sé, in quanto diretta a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali, a prescindere da un intento di emarginazione (conseguentemente, per la S.C, la domanda con cui si deduca, quale autonomo motivo di illegittimità della condotta datoriale, il *mobbing* ha una *causa petendi* differente rispetto alla domanda diretta alla repressione di atti discriminatori per ragioni sindacali e, ove venga introdotta per la prima volta in appello, va dichiarata inammissibile).

Inoltre, la tutela della dignità del lavoratore, quale bene giuridico autonomamente rilevante, ha avuto un rilevante riconoscimento nella sentenza n. 15496 del 2008 (Rv. 603697), secondo la quale il licenziamento di un dirigente (non soggetto alla disciplina delle leggi nn. 604 del 1966 e 300 del 1970), per dar luogo ad un danno risarcibile secondo il diritto comune deve concretarsi - per la forma o per le modalità del suo esercizio e per le conseguenze morali e sociali che ne derivano - in un atto ingiurioso, cioè lesivo della dignità e dell'onore del lavoratore licenziato, connotazione che non s'identifica, né va confusa con la mancanza di giustificazione e che non può essere presunta dovendo essere rigorosamente provata, ex art. 2697 cod. civ., da chi l'allegghi come causa del lamentato pregiudizio (di cui vanno parimenti dimostrati l' *an* e il *quantum*). La Corte (pur escludendo in concreto un licenziamento ingiurioso) ha espressamente ricordato che il carattere ingiurioso del licenziamento – derivante dalla forma ingiuriosa in cui esso viene espresso o dalla pubblicità o da altre modalità lesive con cui viene adottato - consente di configurare un danno che eccede quello risarcibile a seguito di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, alla stregua della normativa legale e

contrattuale applicabile. Così si legge in motivazione: “in caso di licenziamento ingiurioso (o persecutorio o vessatorio), detto danno è risarcibile, trovando la sua causa, immediata e diretta, non nella perdita del posto di lavoro ma nel comportamento intrinsecamente illegittimo del datore di lavoro, occorrendo, peraltro, la dimostrazione da parte del lavoratore - sul quale incombe il relativo onere probatorio - non solo dell'illegittimità del licenziamento, ma anche del carattere ingiurioso (o persecutorio o vessatorio) del licenziamento stesso. ... Ove l'atto datoriale abbia un proprio intrinseco carattere di illegittimità, estraneo alla (assenza della) relativa ragione fondante (giusta causa o giustificato motivo, violazione di norme); tale è il licenziamento ingiurioso o persecutorio o vessatorio (per la specificità dell'illegittimità del licenziamento ingiurioso, nei confronti dell'illegittimità del licenziamento per mancanza di giustificazione, e per lo specifico onere probatorio. In questa ipotesi, l'eventuale danno (lesione dell'integrità psico-fisica) diventa conseguenza (non della perdita del posto di lavoro e della retribuzione, bensì) dello stesso comportamento (ingiurioso, persecutorio, vessatorio) con cui è stato attuato, e che costituisce la causa del danno. In quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento, questo danno diventa (ex art. 1223 c.c.) risarcibile. È da osservare che in tale ipotesi il danno, direttamente ed immediatamente connesso al comportamento, assume, per la sua stessa causa - ingiuria o persecuzione o vessazione - anche il carattere della prevedibilità. A differenza dell'ipotesi di danno costituito dalla perdita della retribuzione (in cui il danneggiato ha solo l'onere di provare la causa, che è costituita da un licenziamento e dalla relativa illegittimità), nell'ipotesi di danno costituito da lesione dell'integrità psico - fisica, il danneggiato ha l'onere di provare la causa (che assume una struttura complessa, costituita dal licenziamento illegittimo - per l'indicata assenza di giusta causa o giustificato motivo o violazione di norme - e dal carattere ingiurioso o persecutorio o vessatorio del licenziamento stesso) e la conseguenza (la lesione dell'integrità psico - fisica). È pertanto da affermare quanto segue: il danno costituito dalla lesione dell'integrità psico - fisica del lavoratore e causato esclusivamente dall'illegittimità del licenziamento (per assenza della relativa giustificazione: giusta causa o giustificato motivo o violazione di norme legali o contrattuali) non è risarcibile. Il predetto danno è risarcibile ove sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimo comportamento datorile con cui il licenziamento è stato adottato, come nel licenziamento ingiurioso o persecutorio o vessatorio. La prova della causa (di cui il danno è conseguenza immediata e diretta) è onere di colui che il danno lamenti”.

Parlando dell'espansione della tutela del lavoratore, con riferimento ai danni non patrimoniali risarcibili, non può non operarsi un cenno alla sentenza delle S.U. n. 26972 del 2008 -

ampiamente trattata in altra parte della rassegna - per gli aspetti inerenti al rapporto di lavoro. Pur negando, in generale, al danno esistenziale un valore autonomo sul piano dogmatico, la sentenza non ne esclude la risarcibilità, ma la assorbe nella generale figura del danno non patrimoniale (che oggi comprende, oltre a tale danno ed al danno morale, anche il danno biologico ed il danno da compromissione del rapporto parentale). Anzi, la Corte evidenzia che la materia contrattuale e la materia del lavoro costituiscono il terreno di elezione per la tutela del danno anche non patrimoniale, tutte le volte in cui siano lesi interessi costituzionalmente rilevanti, quali appunto quelli riconosciuti in capo al lavoratore. Rilevano, dunque, nell'ambito del rapporto di lavoro anche gli specifici pregiudizi di tipo esistenziale da violazioni di obblighi contrattuali, trattandosi spesso, peraltro, di ipotesi di risarcimento di danni non patrimoniali in ambito contrattuale legislativamente previste. La sentenza, sulla scia dei precedenti degli ultimi anni, ricorda che, nell'ambito del rapporto di lavoro, viene in rilievo, quale componente del danno non patrimoniale risarcibile, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., unitamente al danno biologico ed al danno morale, anche il danno esistenziale, definito come ogni pregiudizio, di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. La sentenza rimarca, in definitiva, che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali: *“L'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge. È questo il caso del contratto di lavoro. L'art. 2087 c.c. (“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”), inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale. Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del*

lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa".

Non può, da ultimo, non richiamarsi l'affermazione della risarcibilità del danno esistenziale (pur nell'ambito della generale categoria del danno non patrimoniale) enunciata da Cass. n. 29832 del 2008, in tema di danni da *demansionamento* e dequalificazione: secondo la decisione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno non patrimoniale, che asseritamente ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specifica sua allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, con riguardo alla natura ed alle caratteristiche del pregiudizio medesimo.

Inoltre, la sentenza in disamina rammenta che, alla stregua del recentissimo e conclusivo arresto delle Sezioni Unite (la sentenza n. 26972 del 2008, *amplius* commentata in altro capitolo della Rassegna), mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale non ha una sua autonomia concettuale, ma è un elemento da considerare, ove ricorra il presupposto della sua "serietà", nel danno non patrimoniale, da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. E tale danno va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno.

3. La tutela delle condizioni di lavoro (Fulvio Baldi)

Iniziando la disamina della più recente giurisprudenza del S.C. dai profili concernenti la tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore, si rileva che numerose decisioni hanno approfondito

l'obbligo di sicurezza gravante, ex art. 2087 cod.civ., sul datore di lavoro, delineandolo nell'*an nel quomodo*, dilatandolo fino a ricomprendersi le misure di sicurezza innominate, estendendolo, nel tempo, con la previsione di un obbligo di individuazione dei responsabili della sicurezza anche nel periodo feriale, imponendo un generale dovere di vigilanza esercitato, con adeguata continuità, sul dipendente affinché questi collabori avvalendosi delle misure di sicurezza.

Percorrendo le tappe di tale *iter* evolutivo della giurisprudenza, e prendendo le mosse dalla *dilatazione temporale dell'obbligo di sicurezza*, osserviamo che si iscrive in tale ambito la sentenza n. [14918](#) del 2008, Rv. 603641 la quale, oltre a ritenere anche un Comune, quale datore di lavoro pubblico, soggetto alle prescrizioni del d.lgs. n. 626 del 1994, ne ha statuito l'obbligo di designare una o più persone responsabili della sicurezza, in numero, con il tempo, i mezzi e le capacità professionali adeguate per coprire tutte le esigenze della sicurezza, anche durante il periodo di ferie di alcuno di essi, dovendo coprirsi tutto l'arco lavorativo annuale, anche nel periodo di ferie, nel quale alcuni operai siano comandati a prestare lavoro.

La *dilatazione modale dell'obbligo*, nel senso della responsabilità datoriale dell'infortunio anche quando non accerti e vigili che delle misure di sicurezza venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, si rinviene in Cass. n. [9817](#) del 2008, Rv. 602900 che ha cassato, con rinvio, la pronuncia della Corte territoriale che aveva escluso la responsabilità del datore di lavoro addebitando all'esclusiva colpa del lavoratore, tenuto ad una particolare diligenza nella sua qualità di caposquadra, l'infortunio occorso al medesimo - il quale, per evitare di essere investito da una cassaforma per il getto di calcestruzzo che i colleghi di lavoro avevano, nel turno lavorativo precedente, male agganciata, si lanciava nella scarpata sottostante riportando gravissime lesioni permanenti - senza considerare adeguatamente quale incidenza causale avessero avuto talune concorrenti circostanze, tra cui la condotta posta in essere dai suddetti colleghi di lavoro e quella del dirigente che presidiava il teatro lavorativo, del cui operato il datore è tenuto a rispondere, ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., nonché l'altezza alla quale lavorava l'infortunato. La pronuncia riconnette alla responsabilità del datore di lavoro nei confronti del lavoratore i danni da infortunio sul lavoro, per inadempimento all'obbligo contrattuale di sicurezza, anche nel caso della violazione delle altre regole civilistiche sull'inadempimento dell'obbligazione, in particolare l'art. 1227, comma 1, cod. civ., sul concorso di colpa del creditore: e ciò rinvia al confronto con il regime di tutela previdenziale degli infortuni sul lavoro, nei quali l'istituto assicuratore è tenuto a pagare la rendita nella sua interezza, anche in caso di concorso del lavoratore nella causazione della lesione della integrità psicofisica. Le

norme dettate in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, tese ad impedire l'insorgenza di situazioni pericolose, sono infatti dirette, per la S.C., a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli ascrivibili ad imperizia, negligenza ed imprudenza dello stesso; ne consegue che il datore di lavoro è sempre responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non potendo attribuirsi alcun effetto esimente - per l'imprenditore che abbia provocato un infortunio sul lavoro per violazione delle relative prescrizioni - all'eventuale concorso di colpa del lavoratore, atteso che la condotta del dipendente può comportare l'esonero totale del datore di lavoro da responsabilità solo quando essa presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute, come pure dell'atipicità ed eccezionalità, così da porsi come causa esclusiva dell'evento. Il comportamento imprudente del lavoratore, quando non presenti i caratteri estremi sopra indicati, può invece rilevare come concausa dell'infortunio, e in tal caso la responsabilità del datore di lavoro può essere proporzionalmente ridotta (in tali termini si era già espressa anche la sentenza n. 7328 del 17 aprile 2004, Rv. 572139).

Un'oggettiva estensione, in via interpretativa, dell'ambito applicativo dell'art. 2087 cod. civ. è rappresentata, inoltre, dalla sentenza n. 18376 del 3 luglio 2008 (non massimata) la quale ha precisato, in un caso di invalidità riportata da un addetto alla vigilanza rimasto ferito in una rapina per mancato uso di un giubbotto antiproiettile pur datogli in dotazione, che la norma ha ad oggetto anche cautele non menzionate da specifiche disposizioni di legge (cd. innominate), purchè esse siano funzionali alla sicurezza del lavoratore in relazione alla particolarità della prestazione richiesta.

Venendo, invece, al contenuto dell'obbligo di sicurezza e alle implicazioni in tema di ripartizione degli oneri probatori, la sentenza n. [21590](#) del 2008, Rv. 604175 ne ha ribadito (sulla scia della sentenza n. 12445 del 2006), la natura contrattuale sul presupposto che il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato, per legge, ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza, disposizione che entra, così, a far parte del sinallagma contrattuale. La sentenza n. 21590, conformandosi, alle decisioni n. 9817 del 2008 (Rv. 602899), sopra commentata, e n. 2491 del 2008 (Rv. 601495) ha, pertanto, con estrema chiarezza statuito che il lavoratore il quale agisca per il riconoscimento del danno differenziale da infortunio sul lavoro deve allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, l'esistenza del danno ed il nesso causale tra quest'ultimo e la

prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare la dipendenza del danno da causa a lui non imputabile e, cioè, di aver adempiuto interamente all'obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno. Conseguentemente, il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno differenziale da infortunio sul lavoro proposta dal lavoratore si pone nei medesimi termini dell'art. 1218 cod. civ., in tema di inadempimento delle obbligazioni. La regola sovrana in tale materia, desumibile dall'art. 1218 cod. civ., era stata già espressa da S.U.n. 13533 del 2001, Rv. 549956, cui si è conformata tutta la giurisprudenza successiva (*ex plurimis* n. 22361 del 2007, Rv. 599706) sino alle decisioni del 2008 in commento che rispetto al principio si pongono in organica e consapevole continuità.

La considerazione dei diversi soggetti partecipi della complessa tipologia lavorativa ha portato, inoltre, la S.C. all'affermazione per la quale l'azione di regresso può essere esperita contro qualsiasi soggetto responsabile di un obbligo di sicurezza nei confronti del lavoratore: a fronte della libertà organizzativa del datore di lavoro, di avvalersi, nell'assolvimento di tale obbligo, di soggetti legati a lui con diverse tipologie contrattuali, devono accomunarsi nell'obbligo di sicurezza tutti i diversi soggetti assegnatari dei relativi compiti e con i più diversi ruoli professionali, rendendoli tutti responsabili civili e soggetti passivi solidali dell'azione di regresso esperibile dall'Inail. In tal senso la sentenza n. [8136](#) del 2008, Rv. 602521 ha chiarito che l'azione di regresso spettante *jure proprio* all' INAIL, ai sensi degli artt. 10 ed 11 del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, esperibile nei confronti del datore di lavoro, si estende automaticamente anche verso i soggetti responsabili civili dell'infortunio sul lavoro chiamati in causa dal datore di lavoro medesimo, gravando su di essi un comune obbligo di sicurezza a causa della condotta da essi tenuta ed in relazione al loro concreto ruolo, sicché essi sono direttamente responsabili dell'infortunio e dei conseguenti obblighi patrimoniali nei confronti dell'istituto assicuratore.

Costante attenzione ha sempre riposto la Suprema Corte nella verifica della conformità ai canoni costituzionali delle norme che regolano la materia, come attesta al riguardo la rimessione al Giudice delle leggi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, secondo comma, c.c.. L'ordinanza n. [11921](#) del 2008, Rv. 603207 ha ritenuto, alla luce del principio di concentrazione delle tutele ex art. 111, comma 2, Cost., che impone - nell'alternatività tra l'azione diretta verso l'assicuratore e l'ammissione al passivo fallimentare dell'assicurato - una risposta giudiziaria contestuale e non limitativa della domanda di giustizia del danneggiato, che fosse rilevante e non manifestamente infondata - in relazione agli artt. 3, 24, 35 e 111 Cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1917, secondo comma,

cod. civ., nella parte in cui non prevede l'azione diretta del lavoratore per il risarcimento del danno conseguente ad infortunio sul lavoro nei confronti dell'assicuratore del datore di lavoro. In particolare, la non manifesta infondatezza della questione è stata ritenuta, per i profili di irragionevolezza, a) in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato, in quanto affida il soddisfacimento o meno di tale bene primario al libito dell'assicuratore o dell'assicurato che, in ragione del tempo in cui avviene, può essere sottratto alla *par condicio creditorum*; b) in relazione al credito risarcitorio del lavoratore infortunato in infortunio *in itinere*, il quale gode di azione diretta in quanto vittima della strada, diversamente dal lavoratore infortunato sul luogo di lavoro.

4. La protezione del lavoro familiare e femminile, del familiare-lavoratore del disabile, del lavoratore invalido; la tutela assistenziale per gli invalidi sottoposti a trattamenti chemioterapici; l'abuso del diritto al congedo parentale (Rossana Mancino)

Particolarmente significativa è in primo luogo la sentenza n. 27475 del 2008, per la più intensa protezione accordata al lavoro familiare e femminile, ritenuti valori espressivi di principi di rilievo costituzionale: la decisione, intervenendo su un tema in relazione al quale non consta alcun precedente specifico e che vede la dottrina divisa sulle soluzioni da adottare, ha statuito l'applicabilità al partecipante dell'impresa familiare della disciplina del riscatto di cui all'art. 732 cod.civ., nei limiti di compatibilità. Per la Corte il rinvio enunciato, nell'art. 230-bis cod.civ., all'art. 732 cod.civ., attiene al diritto di prelazione *tout-court* e al possibile sviluppo dell'istituto nella direzione del riscatto presso terzi acquirenti, attesa la *ratio*, perseguita dal legislatore, di predisporre una più intensa protezione al lavoro familiare, favorendo, nell'acquisto dell'azienda, chi abbia contribuito attivamente all'impresa nell'ambito della comunità familiare. La S.C. ha inoltre, rinvenuto, a fondamento dell'istituto, giustificazioni ispirate alla tutela del lavoro nell'ambito della comunità familiare, con particolare riferimento, benché non esplicitato, ma ritenuto "evidente, dato il momento storico di riferimento", al lavoro femminile. Nella specie, si è riconosciuto al coniuge, che aveva partecipato all'impresa familiare, consistente nell'esercizio di una pizzeria, e che all'atto della sua cessazione non era stato posto in grado di esercitare il proprio diritto di prelazione, di poter riscattare il bene nel frattempo alienato a terzi da parte dell'altro coniuge. Va rammentato che parte della dottrina

esprime dubbi sull'applicabilità del riscatto, ex art. 732 c.c., all'impresa familiare, in ragione delle esigenze di tutela del terzo che, contrariamente a quanto accade per l'acquirente di quota ereditaria, nel caso di acquisto di un'azienda non è posto in grado di sapere che essa costituisce l'oggetto di un'impresa familiare e se vi siano aventi diritto alla prelazione: mancando infatti un sistema di pubblicità legale l'acquirente si troverebbe, del tutto inconsapevolmente, esposto alla coattiva retrocessione dell'acquisto; di qui la conclusione, per tale dottrina, che la violazione dell'obbligo di prelazione potrebbe dar luogo solo ad azione di risarcimento nei confronti del titolare-alienante. All'asserito *vulnus* sul piano della certezza e sicurezza nella circolazione dei beni, la S.C. replica richiamando altri esempi in cui il legislatore, posto di fronte al bilanciamento dei contrapposti interessi sottesi alla tutela del lavoro e della famiglia, da un lato, e alla sicurezza nella circolazione dei beni, dall'altro, ha stabilito, in presenza di determinate condizioni, la prevalenza del primo sul secondo. L'esempio particolarmente significativo dal quale la S.C. trae argomento è dato dalla disciplina - ispirata al rammentato principio di prevalenza, a determinate condizioni, del *favor* per il lavoro, quale titolo di acquisto della proprietà dei beni strumentali al suo svolgimento - della prelazione, con connesso diritto di riscatto, in favore del coltivatore diretto sul fondo rustico in concessione in caso di sua alienazione (art. 8, legge n. 590 del 1965), in base alla mera circostanza di fatto della coltivazione esercitata per almeno due anni, senza che in relazione ad essa sia predisposta alcuna pubblicità. Per altre decisioni della S.C., recenti e di rilievo, in tema di impresa familiare, si segnalano, per la quota spettante al familiare in caso di cessazione dell'impresa, la sentenza n. 20574 del 2008, rv 604234 (che ha escluso l'utilizzabilità del parametro dell'importo della retribuzione erogata per prestazioni di lavoro subordinato in analoga attività ed affermato il valore meramente indiziario delle percentuali indicate nella scrittura di costituzione dell'impresa, non sostitutivo dell'apporto lavorativo effettivamente prestato) e, in tema di donazione di una quota dell'impresa familiare e determinazione del valore imponibile ai fini dell'imposta di registro, la decisione n. 23617 del 2008, rv 605031 (secondo cui la determinazione del valore imponibile si effettua detraendo, dall'intero valore venale dell'azienda, un importo pari non già alla percentuale di compartecipazione alla gestione dell'impresa, sibbene alla percentuale di compartecipazione sugli utili non distribuiti e gli eventuali incrementi, tra i quali l'avviamento, spettanti ai collaboratori, se e nella misura in cui gli stessi siano provati).

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7945 del 2008, rv 602352 hanno rimarcato la rilevanza costituzionale della finalità perseguita dall'art. 33 della legge n. 104 del 1992 – la tutela della

salute psico-fisica del disabile e il riconoscimento della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti – richiamando la giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto la disposizione *de qua* frutto di una scelta discrezionale del legislatore non irragionevolmente finalizzata alla valorizzazione dell'assistenza familiare del disabile, allorquando corrisponda ad una modalità di assistenza in atto, la cui speciale salvaguardia valga ad evitare rotture traumatiche e dannose alla convivenza (Corte cost. n. 325 del 1996). La decisione ha, tuttavia, escluso che l'innegabile portata sociale della disposizione possa far atteggiare il diritto del familiare - lavoratore del disabile di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito in altra sede senza il suo consenso, in guisa di diritto assoluto o illimitato. Tale diritto presuppone, per la S.C., oltre agli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, la compatibilità con l'interesse comune, ciò argomentando dall'inciso adoperato dal legislatore - "ove possibile" - sicché il diritto alla tutela del disabile non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere, in maniera consistente, le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, ciò potendo tradursi, per i rapporti di lavoro pubblico, in un danno per la collettività (si veda, nel medesimo senso, la men recente sentenza n. 12692 del 2002). Per la S.C., l'onere della prova, in ordine alla sussistenza delle ragioni impeditive del diritto alla scelta, grava sul datore di lavoro, alla stregua degli argomenti rivenienti dalla lettera della legge, dalla considerazione che trattasi di circostanze note agevolmente al datore di lavoro ed infine dal consolidato orientamento di legittimità in tema di trasferimento ex art. 2103, ultimo comma, cod.civ. (nel senso che le ragioni tecniche, organizzative e produttive, poste a base del trasferimento del lavoratore da una unità produttiva ad altra, debbano essere provate dal datore di lavoro: si rammentano., *ex plurimis*, Cass. n. 6117 del 2005; Cass. n. 9290 del 2004). Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione della corte territoriale che aveva riconosciuto il diritto della lavoratrice alla sede dalla stessa richiesta, per esservi un posto vuoto in organico presso tale sede e per aver la lavoratrice portato a conoscenza dell'amministrazione la sua situazione familiare. Per converso, il datore di lavoro pubblico non aveva provato un interesse organizzativo di segno contrario, né un danno per la collettività derivante dall'assegnazione della lavoratrice alla sede da lei stessa richiesta.

Significativo è l'innovativo intervento sul tema del discusso impiego del sostegno economico costituito dall'indennità di accompagnamento, oltre che a sostegno del nucleo familiare e per assistere l'invalido negli atti quotidiani della vita o negli spostamenti spaziali necessari per la sua vita privata, anche per consentire all'invalido di effettuare la prestazione lavorativa

altrimenti impedita, data l'impossibilità di deambulare, e per tale via rendere l'assistito abile al lavoro.

La sentenza n. 22878 del 2008 rv 605162 , dopo aver ripercorso la disciplina dei diversi benefici assistenziali, enucleandone diversità e specificità, e ribadendo che l'indennità di accompagnamento ha presupposti diversi rispetto alla pensione di inabilità, essendo finalizzata all'assistenza della persona non autosufficiente, senza riferimento alla capacità lavorativa, ha statuito che ben può competere la pensione di inabilità ove, in presenza di una residua abilità lavorativa, si accerti in concreto che l'intervento dell'accompagnatore si risolve nell'assistenza continua alla prestazione lavorativa, in condizioni non compatibili con il rispetto della dignità umana. Nella specie, la S.C., rilevata, nel caso, la necessità dell'intervento dell'accompagnatore per effettuare la prestazione lavorativa, intervallata da ripetuti interventi di autocateterismo, assistiti dall'accompagnatore e dalla necessità d'intervento di questi per ogni modifica della posizione lavorativa, ha riconosciuto il diritto alla pensione di inabilità. La Corte, al quesito relativo al possibile impiego dell'indennità di accompagnamento anche per integrare la prestazione lavorativa, altrimenti impedita, data l'impossibilità di deambulare, e per tale via rendere l'assistito abile al lavoro, ha dato una risposta basata sul criterio funzionale e finalistico proprio dell'indennità di accompagnamento: positiva, se l'intervento del familiare o dell'accompagnatore rimane nell'ambito del sostegno al nucleo familiare e per sopperire alle difficoltà di svolgimento delle operazioni quotidiane dell'inabile; negativa, per converso, se l'intervento dell'accompagnatore risulta indispensabile per integrare la prestazione stessa, o per renderla possibile, ma in condizioni offensive della dignità umana. In definitiva, con un'attenzione alle modalità concrete della fattispecie, si è formulata una ipotesi positiva là dove fosse ipotizzabile un'abilità lavorativa nei casi di attività lavorativa intellettuale, con libertà di orario e di autorganizzazione, e senza obblighi per il datore di lavoro di modificare la organizzazione aziendale per consentire la prestazione dell'inabile e la presenza dell'accompagnatore; se ne è di converso esclusa la praticabilità ove non sussistano tali condizioni soggettive ed oggettive e l'intervento dell'accompagnatore costituisca non già sostegno al nucleo familiare, sibbene assistenza continua alla prestazione lavorativa stessa. Nel caso all'esame della S.C. l'attività prestata appariva di per se incongruente, trattandosi di attività di sorvegliante, implicante l'adozione di interventi immediati impossibili per una persona immobilizzata su una sedia a rotelle; inoltre, i ripetuti interventi di autocateterismo, assistiti dall'accompagnatore, nel corso della giornata lavorativa, e la necessità di intervento di

costui per ogni modifica della posizione lavorativa, si risolvevano nell'assistenza continua alla prestazione lavorativa, in condizioni non compatibili con il rispetto della dignità umana

Non può mancare, inoltre, la menzione dell'affermazione contenuta nella sentenza n. 25569 del 2008, Rv. 605199 del diritto all'indennità di accompagnamento per coloro che subiscono trattamenti di chemioterapia anche durante il ricovero in ospedale pubblico ove si dimostri che le prestazioni assicurate dall'ospedale medesimo non esauriscono tutte le forme di assistenza di cui il paziente necessita per la vita quotidiana. Per la S.C., pertanto, ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità, occorre accertare in concreto se esso comporti le condizioni previste dall'art. 1 della l. n. 18 del 1990 avendo riguardo alla tipologia dei dosaggi dei medicinali somministrati, ai relativi effetti sul paziente ed al tempo di durata della terapia.

Da ultimo non può non rammentarsi l'opera di compiuta configurazione dell'istituto del congedo parentale effettuata dalla decisione n. 16207 del 2008 (Rv. 603875): muovendo dalla ricognizione del contesto normativo riguardante le prestazioni previdenziali e assistenziali connesse alla protezione sociale della famiglia, la Corte ha esaminato, *funditus*, il diritto potestativo al congedo parentale, statuendo che l'esercizio del diritto non esclude la verifica delle relative modalità di esercizio, per mezzo di accertamenti probatori consentiti dall'ordinamento, ai fini della qualificazione del comportamento del lavoratore tanto nell'ambito del rapporto negoziale con il datore di lavoro quanto nell'ambito del rapporto assistenziale con l'ente previdenziale (costituito *ex lege*, atteso l'obbligo di corrispondere l'indennità). Per la S.C., alla configurabilità di un diritto potestativo, normativamente diretto al perseguimento di finalità sociali, è possibile contrapporre l'abuso, identificandosi l'uso non conforme alla *ratio legis* con l'abuso del diritto. La verifica delle modalità di esercizio viene dalla Corte giustificata, sul piano sistematico, con il rilievo secondo cui la titolarità di un diritto potestativo non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti, mediante i quali la prerogativa viene esercitata, da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale. La condotta del lavoratore, contraria alla buona fede, o comunque lesiva della buona fede altrui, rileva, per la decisione in commento, nei confronti del datore di lavoro, per l'affidamento da lui riposto e per la mancata prestazione lavorativa, e rileva, altresì, nei confronti dell'ente assistenziale per l'indebita percezione dell'indennità e lo sviamento dell'intervento assistenziale nei confronti dell'ente pubblico di previdenza erogatore del trattamento economico. Siffatta condotta configura, pertanto, un abuso del diritto potestativo di congedo parentale esercitato non per la

cura diretta del bambino, bensì per attendere ad altra attività di lavoro, ancorché incidente positivamente sull'organizzazione economica e sociale della famiglia. La S.C. esclude la configurabilità dell'*accudienza indiretta*, assicurata avvalendosi di interposta persona compensata con il frutto del lavoro svolto in congedo parentale: rileva infatti che tale esigenza possa essere soddisfatta avvalendosi di altri istituti (contrattuali o legali), solo indirettamente incidenti sulla vita del bambino, e miranti al soddisfacimento di necessità diverse dall'appagamento dei bisogni affettivi e relazionali del minore cui è preordinato il congedo parentale. In definitiva, per la Suprema Corte, l'abuso del diritto di congedo può essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che l'apporto lavorativo del genitore, nella specie presso una pizzeria di proprietà della moglie, possa contribuire ad una migliore organizzazione familiare a beneficio del minore. Sulla *ratio* del congedo parentale, si richiamano peraltro le decisioni della Corte costituzionale n. 104 del 2003, n. 371 del 2003 e n. 385 del 2005 con le quali i giudici costituzionali hanno sottolineato come la tutela della paternità si risolva in misure volte a garantire il rapporto paterno con la prole, in modo da soddisfare bisogni affettivi e relazionali del bambino, al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità e del suo inserimento nella famiglia.

5. Il pubblico impiego (*Carmelo Celentano*)

La S.C., in tema di pubblico impiego, ha proseguito il proprio percorso interpretativo delle norme dettate in tema di riparto della giurisdizione, delineando un sistema ormai definibile come "diritto vivente", con riferimento alla rilevanza in astratto dell'atto amministrativo emanato anteriormente al 30 giugno 1998.

Quanto alle questioni attinenti alla cd. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, la Corte consolida gli indirizzi giurisprudenziali secondo linee di tendenza già per larga parte tracciate e ribadite nel corso degli ultimi anni.

Si tratta, a ben vedere, di posizioni che prendono le mosse dalla diffusa contrattualizzazione dei rapporti di pubblico impiego e tengono nel debito conto la consolidata propensione legislativa a ricondurre la giurisdizione in materia di rapporto di lavoro con la P.A., da sindacato sull'atto amministrativo a giudizio sul rapporto.

In questo senso, la giurisprudenza ha sempre più inquadrato la scelta del legislatore nell'ambito di una tendenza al rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale, in modo da

raggiungere un risultato più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze e delle attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle materie prese in esame. La considerazione secondo cui la legislazione in materia ha voluto modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti della amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo "il regime di diritto privato del rapporto di lavoro", è portatrice di conseguenze ben rilevanti anche sul piano del riparto della giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti. D'altra parte, è chiaro che l'assetto normativo vigente, sia pure tenendo conto della specialità del rapporto e dei pubblici interessi generali, riconduce le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, quanto alla tutela giudiziaria, nell'ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod.civ. come intesa, appunto, dalla prima giurisprudenza di legittimità (si rammenta la sentenza S.U. n. 41 del 2000). La consolidata consapevolezza secondo cui la cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali e procedurali, conduce sempre più irreversibilmente verso una pienezza di tutela di quel giudice, estesa a tutte le garanzie procedimentali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali. E ciò anche quando il vizio formale si traduca nell'inesistenza di un atto amministrativo necessario, come nel caso dell'interpretazione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, operata dalla sentenza n. 6986 del 2008 (Rv. 602415), secondo cui nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni vige il principio per il quale la qualifica dirigenziale presuppone atti formali di inquadramento e non può, quindi, desumersi dalla natura dei compiti assegnati.

Neppure l'esistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, potrebbe costituire limitazione alla cognizione del giudice ordinario, potendo questi conoscerlo in via incidentale. E' questo il caso della decisione delle S.U. n. 16540 del 2008 (Rv. 603710), nella quale, in relazione al conferimento delle posizioni organizzative al personale non dirigente, la cui definizione sia stata demandata dalla legge alla contrattazione collettiva, l'attività dell'Amministrazione nella fase applicativa della disposizione contrattuale non si configura come esercizio di un potere di organizzazione, ma come adempimento di un obbligo di ricognizione e di individuazione degli aventi diritto. Ciò anche laddove gli atti amministrativi presupposti rientrino nella sfera assegnata alla giurisdizione amministrativa. La decisione in esame, ha, infatti, statuito che il conferimento delle posizioni organizzative al personale non dirigente delle pubbliche amministrazioni inquadrato nelle aree, la cui definizione è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva, esula dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi e si iscrive nella

categoria degli atti negoziali, assunti dall'Amministrazione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, a norma dell'art. 5, comma secondo, del d.lgs. n. 165 del 2001; pertanto, nell'applicazione della disposizione contrattuale, l'attività dell'Amministrazione non si configura come esercizio di un potere di organizzazione, ma come adempimento di un obbligo di ricognizione e di individuazione degli aventi diritto, con conseguente devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle relative controversie, non ostandovi l'esistenza di atti amministrativi presupposti e potendo al riguardo operare la disapplicazione dell'atto ai sensi dell'art. 63, comma 1 del citato decreto.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha, inoltre, proceduto ad un progressivo ampliamento dell'ambito delle attività pubbliche nelle quali la P.A. agisce negozialmente, quale privato datore di lavoro. In particolare, ha confermato che gli atti e procedimenti posti in essere dall'amministrazione ai fini della gestione dei rapporti di lavoro vanno valutati secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i privati datori di lavoro, secondo una scelta legislativa che la Corte costituzionale ha ritenuto conforme al principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). Conseguenza ne è una più ampia esclusione della presenza di procedimenti ed atti amministrativi, governati da principi e le regole proprie e la trasformazione del potere amministrativo autoritativo in potere privato esercitato mediante atti di natura negoziale (come... gli atti di "autotutela" incidenti sulla durata degli incarichi di svolgimento di mansioni superiori), versandosi fuori delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'art. 2, comma 1, lett. c), della legge n. 421 del 1992, conservate al diritto pubblico in forza dell'art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 (ed ora dell'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001)(sentenza n. 23741 del 2008 - Rv. 604805).

In tale ambito vanno annoverate le decisioni che, in fattispecie particolari, si sono occupate degli atti amministrativi di inquadramento, anche plurimo, dei lavoratori dipendenti. E' stata, pertanto, affermata la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ad una controversia relativa all'inquadramento di lavoratori, già dipendenti di Poste Italiane s.p.a., trasferiti in seguito all'INPDAP in forza di un d.P.C.m., escludendosi la sussistenza di atti organizzativi di cui all'art. 2, comma primo, del d.lgs. n. 165 del 2001. Per la Corte, "la controversia avente ad oggetto gli inquadramenti dei lavoratori, già dipendenti di Poste Italiane s.p.a., trasferiti all'INPDAP in forza del d.P.C.m. 18 ottobre 1999, quale ente presso il quale già operavano in posizione di comando, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, giacché essa non è suscettibile di essere ricondotta nell'ambito di quelle relative ad atti organizzativi di cui all'art. 2, comma primo, del citato d.lgs.

n. 165 del 2001, ma risulta invece inerente alla gestione del rapporto di lavoro in base ad una attività non autoritativa, espletata con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, ai sensi dell'art. 5, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 165”.

L'azione della P.A. è stata, quindi, ricondotta alla gestione del rapporto di lavoro in base ad un'attività non autoritativa, espletata con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, ai sensi dell'art. 5, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 165 (Sez. U, n. 5921 del 2008 - Rv. 602251).

Analogamente, nella sentenza S.U. 28057 del 2008 è stata esclusa la natura di atto organizzatorio all'atto di inquadramento, anche plurisoggettivo, piuttosto riconducibile alla categoria degli atti negoziali, adottati con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato. In tale pronuncia, la Corte ha ritenuto che il decreto di inquadramento, nonostante avesse riguardato una pluralità di soggetti, non fosse diverso dall'atto di gestione del rapporto, “ben distinto dagli atti di organizzazione, di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001”, giungendo quindi a riconoscere la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, sulla controversia riguardante l'accertamento del diritto del dipendente ad una determinata qualifica.

Sempre nell'alveo del citato ampliamento dell'ambito degli atti di autonomia privata, come espressione della potestà organizzativa della P.A., trova collocazione (in fattispecie riguardante l'inquadramento dei segretari comunali) la sentenza n. 25761 del 2008 (Rv. 605198), secondo cui i provvedimenti di conferimento e di revoca dell'inquadramento, ai sensi del d.P.R. n. 465 del 1997, sono atti di autonomia privata espressione della potestà organizzativa e gestionale dei rapporti di lavoro già costituiti, propria del pubblico impiego contrattualizzato; conseguentemente, ne viene ancora una volta riconosciuto l'assoggettamento ai principi fondamentali del diritto privato e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi.

Tale orientamento riconosce, pertanto, che laddove l'amministrazione abbia ritenuto, *re melius perpensa*, di ritirare l'illegittima iscrizione nella fascia superiore, il relativo atto non costituisce esercizio di un potere amministrativo di autotutela, inconcepibile rispetto ad atti di diritto privato, ma atto avente mera natura conformativa rispetto all'ordinamento dei pubblici dipendenti contrattualizzati, nel quale vige - ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 29 del 1993 e successive modifiche, poi sostituito dall'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001 - il divieto di assegnazione di mansioni superiori al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge, con nullità degli atti di conferimento illegittimi.

Ancora, medesima tendenza è dato riscontrare con riguardo alla tutela giurisdizionale del rapporto di lavoro dei dirigenti, nell'ambito della quale sono stati portati ad ulteriori

conseguenze i mutamenti della disciplina sostanziale, per effetto del combinato disposto degli art. 11, comma 4, lettere a) b) e d), nonché comma 6, della legge n. 59 del 1997, delle modifiche subite dall'art. 2 della legge, n. 421 del 1992 (richiamato tra i criteri direttivi dall'art. 11, comma 4, della citata legge n. 59 del 1997 e contestualmente modificato dal comma 6 dello stesso art. 11 sempre nel testo vigente) ed infine dell'art. 2, comma 4, del decreto legislativo, n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 2, comma 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998.

La disciplina del rapporto di lavoro dirigenziale, viene valutata nei suoi aspetti qualificanti - in particolare con riguardo al conferimento degli incarichi e alla loro eventuale revoca (per responsabilità dirigenziale), nonché alla procedimentalizzazione dell'accertamento di tale responsabilità (artt. 19 e 21 del d.lgs. n. 29 del 1993, ed ora artt. 19, 21 e 22 del d.lgs. n. 165 del 2001) – rafforzando le specifiche garanzie, mirate a presidiare il rapporto di impiego dei dirigenti generali, la cui stabilità non implica per ciò stesso la stabilità dell'incarico, che, proprio al fine di assicurare il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione pubblica, può essere soggetto alla verifica dell'azione svolta e dei risultati perseguiti. Di notevole importanza, sul tema, la decisione n. 9814 del 2008 (Rv. 602753), nella quale si ripercorre in maniera sistematica l'evoluzione giurisprudenziale sinora seguita dalla Corte. Vengono, infatti, richiamati i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte in tema di limiti interni dei poteri attribuiti dalle norme al privato datore di lavoro: questi limiti si configurano in presenza di disposizioni, contrattuali o normative, che dettano le regole di esercizio del potere discrezionale, sul piano sostanziale o su quello del procedimento da seguire, regole suscettibili di essere integrate e precisate dalle clausole generali che obbligano ad applicarle secondo correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Le Sezioni unite della Corte, del resto, enunciano il principio secondo il quale, nell'ambito del rapporto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il giudice (ordinario) sottopone a sindacato l'esercizio dei poteri, esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. In questo contesto, le Sezioni Unite hanno esaminato con attenzione le norme contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001, art. 19, comma 1, secondo cui per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministro. Tutte queste

disposizioni normative, “obbligano, dunque, l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto degli indicati criteri di massima e, necessariamente, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede, "procedimentalizzano" l'esercizio del potere di conferimento degli incarichi (obbligando a valutazioni anche comparative, a consentire forme adeguate di partecipazione ai processi decisionali, ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte)”. In questa prospettiva, la sentenza richiamata afferma che laddove l'amministrazione non abbia offerto alcuna prova circa i criteri seguiti e le motivazioni delle scelte, “e ciò non tanto con riferimento alla revoca dell'incarico, ma al momento successivo del conferimento dei nuovi incarichi, nel quale era stato esercitato il potere di scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei, deve essere ravvisato un inadempimento contrattuale, produttivo di danno risarcibile”.

6. Il Contratto Collettivo (Enzo Vincenti ed Alberto Tilocca)

Il tema relativo alla diretta interpretazione, in sede di legittimità, del contratto o dell'accordo collettivo di lavoro, non solo sotto il pur relevantissimo profilo della decisione sulla pregiudiziale (ai sensi dell'art. 420-bis cod. proc. civ. e dell'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, quale archetipo della disposizione per prima citata) in tema di efficacia, validità e interpretazione dei contratti o accordi collettivi nazionali, ha assunto, anche quest'anno, un ruolo centrale nella giurisprudenza lavoristica della Corte, potendosi così cogliere taluni orientamenti di tendenza che si vanno progressivamente consolidando.

Non sembra, in realtà, ancora interamente soddisfatta l'esigenza di individuare compiutamente gli approdi innovativi della novella recata dal d.lgs. n. 40 del 2006, al contempo focalizzando e portando a soluzione i punti di maggiore perplessità in essa insiti. E, come è stato precisato con particolare rilievo da talune pronunce (n. 1578 del 2008, rv 601491 e n. 2796 del 2008, rv 601514), l'opera di individuazione e soluzione è espressiva della logica del rafforzamento della funzione nomofilattica, che la citata novella legislativa ha inteso implementare attraverso l'introduzione di un nuovo motivo di impugnazione (art. 360, n. 3, cod. proc. civ.) e, appunto, dello strumento processuale dell'art. 420-bis cod. proc. civ., al fine di operare un “superamento del precedente sistema ordinamentale” (sent. n. 1578 del 2008 cit.).

Di qui l'obiettivo, riferito segnatamente all'interpretazione della contrattazione collettiva, di perseguire “la certezza e la stabilità delle statuizioni giurisprudenziali, che non consentono che

possano darsi di una identica disposizione contrattuale interpretazioni corrette quanto a motivazioni...ed al tempo stesso tra esse contrastanti” (sent. n. 2796, cit.).

Obiettivo che rinviene proprio nella procedura di cui all'art. 420-bis il “motore” con il quale muovere l’interpretazione della contrattazione collettiva in sede di legittimità verso un ruolo di rilievo primario, tanto da consentire alla Corte, “a seguito di una propria scelta autonoma e sulla base di una complessiva e propria lettura dei contratti collettivi nazionali”, di poter pervenire essa stessa “ad una diversa decisione di quella del primo giudice, non solo per quanto attiene alla validità ed efficacia del contratto, ma anche in relazione alla sua interpretazione attraverso una diversa valutazione degli elementi di fatto già vagliati dal giudice di merito” (sent. n. 2796 cit.).

Si è, quindi, con tale decisivo pronunciato voluto puntualizzare come, nella sua opera esegetica, la Corte stessa possa “liberamente” trovare nel contratto collettivo “ciascuna clausola - anche se non oggetto dell'esame delle parti e del primo giudice - comunque ritenuta utile alla interpretazione” (n. 2796, cit.; e n. 24654 del 2008, rv 605107), con il solo limite di non “potere assumere nuove iniziative istruttorie... dovendo decidere sulla base del materiale probatorio acquisito ritualmente in primo grado” (n. 2796, cit.).

Ed è in tal senso, dunque, che risulta particolarmente rafforzata la funzione nomofilattica, assumendo siffatto esito un’importanza ancor più rilevante che in altri settori, in quanto esso va oltre la singola vicenda giudiziaria proprio perché l’interpretazione unificante è direttamente esercitata sui contratti collettivi nazionali che sono “riferibili ad una serie indefinita di destinatari”, sicché, in definitiva, si “persegue il fine di assicurare ai potenziali interessati quella reale parità di trattamento che si fonda sulla certezza e stabilità delle statuizioni giurisprudenziali” (sentenza n.21023 del 2008, rv 604667).

Peraltro, ulteriore ma connesso obiettivo che tramite il descritto impianto procedurale si intende conseguire è anche quello della drastica riduzione del contenzioso, posto che con il predetto autorevole e pregnante intervento si viene ad “evitare il rischio della polverizzazione delle decisioni, che nel concreto potrebbe, con il vanificare l'uniformità dell'applicazione di un contratto collettivo, determinare ricadute, negative sul piano fattuale in termini di incertezza del diritto, di conseguenziale incentivazione del contenzioso” (n. 1578 del 2008 cit.).

In questo contesto, è importante segnalare come la Corte, sul versante della pregiudiziale interpretativa, abbia avuto modo di ribadire la propria giurisprudenza sulla effettiva natura di detta questione e cioè che essa debba rivestire carattere di serietà, ovvero che “la controversia individuale costituisca lo strumento per pervenire ad una definitiva e completa soluzione della

pregiudiziale, nel senso che tutti i dubbi interpretativi sulle diverse questioni scaturenti dall'interpretazione della clausola contrattuale ... debbano trovare una definitiva ed esaustiva composizione nella decisione del giudice”, in modo da “far cessare ogni residuo dubbio sulla intera portata della clausola pattizia” (n. 1578 cit.).

Rilevanti ed in continuità con i pregressi orientamenti risultano le affermazioni riguardanti la sopravvenienza di nuovi contratti collettivi rispetto a quelli oggetto di controversia, i quali non sono *ius superveniens* e non costituiscono, ex art. 1362, secondo comma, cod. civ., “elementi di significativo riferimento nell'interpretazione del contratto oggetto di interpretazione in via pregiudiziale” (cfr. l'art. 146-bis disp. att. cod. proc. civ.) e, quindi, “non possono essere utilizzati per la determinazione della comune volontà delle parti che quest'ultima pattuizione hanno sottoscritto allorquando l'indagine ermeneutica al riguardo richieda indagini su circostanze fattuali..., allorquando i contratti successivi a quello di cui si discute oltre a risultare estranei anche *ratione temporis* al *thema decidendum* non hanno costituito oggetto di esame da parte del giudice di merito” (n. 2796, cit.).

Come si accennava in precedenza, il modello dal quale il legislatore della novella del 2006 ha tratto ispirazione è certamente quello dell'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, per cui non può ignorarsi che la pregressa giurisprudenza su questo istituto ha costituito il quadro di riferimento di quella che, nel corso del 2008, si è direttamente occupata della contrattazione collettiva relativa al rapporto di lavoro privato.

E' certo infatti che anche i contratti integrativi, che non sono sottoscritti dall'ARAN bensì dalle singole Amministrazioni ed “hanno una dimensione sempre di carattere decentrato rispetto al comparto”, non possono essere oggetto della procedura di interpretazione di cui all'art. 64 del suddetto d.lgs. 165 del 2001 (dunque riservata ai contratti di comparto per i quali agisce l'ARAN), così come non possono essere oggetto di quella prevista dall'art.420-bis cod. proc. civ. (sent. n. 4505 del 2008, rv 602072).

Ed ancora, come affermato dalla più recente sentenza n. 16504 del 2008, rv 603867, con riferimento all'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 64 del d.lgs. 165/2001 (che prevede che, ove non sia intervenuto tra le parti rappresentative l'accordo sull'interpretazione o sulla modifica della clausola controversa, come sollecitato dal giudice ai sensi del comma 1 stesso articolo, il giudice giudica la questione pregiudiziale con sentenza impugnabile per Cassazione), l'elemento rilevante e qualificante della fattispecie “è l'intervento di un accordo...sulla clausola controversa”, nel senso che “una volta che il giudice abbia constatato l'inesistenza di un tale accordo, egli deve pronunciare, con sentenza, sulla sola questione di interpretazione”. E si è

dalla stessa sentenza notato che, poiché le parti “possono modificare per il futuro o, eventualmente anche con la tecnica dell'interpretazione autentica, per il passato, il contenuto del contratto ma non possono in alcun modo incidere sulla validità delle relative clausole mediante un accordo che tale validità si limiti semplicemente ad affermare o negare”, deve discernersi se quanto dalle parti sottoscritto “sia o no un effettivo accordo di interpretazione o modifica”. E si è considerato che l'accordo di interpretazione e modifica si ha effettivamente soltanto “se in base ad esso viene fornita al giudice una clausola contrattuale (interpretata o modificata) che permetta la decisione del caso”. Di conseguenza, si è concluso, ove le parti abbiano, a seguito della sollecitazione di cui all'anzidetto comma 1, risposto proponendo al giudice soltanto “una diversa valutazione della sua validità”, e non “una diversa interpretazione della clausola” - abbiano cioè “restituito al giudice non una lettura diversa del testo alla cui stregua riuscirebbe superato il dubbio di validità ma lo stesso testo contrattuale nella stessa lettura fattane dal giudice con l'ordinanza di rimessione, integrato, in sostanza, dalla attestazione che entrambe le parti contrattuali giudicano infondato il dubbio di validità formulato dal rimettente”, ne discende che “nessuna regola di giudizio” avendo in realtà offerto al giudice, questi legittimamente può ritenere “sussistere il presupposto per decidere con sentenza” ai sensi dell'art. 64, comma 3, d.lgs. 165 del 2001 (nello stesso senso, le decisioni n. 16676, rv 603648 e n. 16677, rv 603650 entrambe del 2008).

Roma, gennaio 2009

Il direttore
(Giovanni Canzio)