



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

LA CORTE “DEL PRECEDENTE”

RIFLESSIONI, SU CONTINUITÀ ED INNOVAZIONE, PER L'APPLICAZIONE
DELL'ART. 360 BIS DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

ANNO 2009

Roma – gennaio 2010

RIFLESSIONI, SU CONTINUITÀ ED INNOVAZIONE, PER L'APPLICAZIONE
DELL'ART. 360 BIS DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

ANNO 2009

Hanno collaborato:

Maria Acierno, Fulvio Baldi, Francesco Buffa, Raffaele Cantone, Pina Carluccio, Aldo Carrato, Francesca Ceroni, Francesco Maria Cirillo, Massimo Ferro, Pasquale Fimiani, Giuseppe Fuochi Tinarelli, Antonio Pietro Lamorgese, Rossana Mancino, Loredana Nazzicone, Gianluigi Pratola, Marco Rossetti, Antonietta Scrima, Alberto Tilocca, Enzo Vincenti

Coordinatori: *Luigi Macioce – Guido Mercolino*
Aldo Carrato (cap. I), Maria Acierno (cap.II),
Massimo Ferro (cap.II), Rossana Mancino (cap.II)

Organizzazione: *segreteria dell'Ufficio*
direttore dr. Renato Delfini

La ragione del nostro lavoro

di Mario Rosario Morelli e Luigi Macioce

Anche nel 2009 la Cassazione, pur ad organico largamente incompleto, ha pronunciato un numero elevatissimo di provvedimenti, civili e penali, in correlazione al numero dei ricorsi, nell'anno pervenuti, come sempre *abnorme* rispetto al carico gestibile da una Corte Suprema.

La presente Rassegna – la cui compilazione si deve all'encomiabile impegno ed al rigore professionale dei colleghi del Massimario – si propone, come da tradizione, di selezionare, all'interno di questa copiosa giurisprudenza, gli arresti più significativamente espressivi della funzione nomofilattica, assolta dalla Corte di legittimità, nelle materie sensibili dei diritti, e dei doveri, fondamentali della persona, nei settori chiave della economia e del mercato, e nel quadro, in generale, dei rapporti interpersonali e di quelli tra cittadino e pubbliche amministrazioni, portandone nel contempo ad emersione le sottese *rationes*, i corollari applicativi e le ricadute di sistema.

Con riguardo, in particolare, alla giurisprudenza civile i redattori hanno avuto, per altro quest'anno, di mira, come obiettivo ulteriore, quello di rendere la Rassegna *funzionale* alla gestione del “filtro”, per l'accesso in cassazione, introdotto dal legislatore del 2009, a tal fine enucleando, dalle sentenze prese in esame, dati di possibile rilevanza paradigmatica per la perimetrazione della linea di confine tra i ricorsi suscettibili d'esame ed i ricorsi non ammissibili, ai sensi del nuovo art. 360 bis, destinati ad essere intercettati dalla apposita Sezione VI, nelle forme di cui ai novellati artt. 375, 376, 380 bis c.p.c..

E ciò allo scopo di predisporre uno strumento che possa risultare, all'un tempo, utile sia, a valle, per la messa a regime di quel filtro – cui è chiamata, in prima linea, la Sezione di nuova istituzione – sia, a monte, per rendere maggiormente avvertite le parti delle condizioni, cui è subordinato l'accesso all'ultima istanza, con effetti, si auspica, *dissuasivi* della proposizione di impugnazioni “improprie” e, in prospettiva, *deflattivi*, e fisiologicamente conformativi, del volume del contenzioso in questa sede di legittimità.

In coerenza con il dettato dell'art. 111 Costituzione – che non contempla il ricorso in cassazione come proiezione indefettibile dello *ius litigatoris* ma, nel bilanciamento di tal diritto con le esigenze di tutela dello *ius constitutionis*, ammette a tal rimedio la sola parte che lamenti operata, in suo danno, nelle pregresse fasi di merito, una violazione di norma sostanziale o di regole del “giusto processo” – il riferito art. 360 bis, e i connessi novellati artt. 375, 376, 380 bis c.p.c., hanno

introdotto, infatti, un meccanismo di *intercettazione*, risolvendosi in una dichiarazione di inammissibilità *ante portas*, dei ricorsi, rispettivamente;

- 1) proposti avverso “provvedimenti che abbiamo deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte”, senza che si prospettino ragioni per mutarne l’indirizzo;
- 2) che denunciino violazioni di regole manifestamente non riferibili a quelle del “giusto processo”.

Ora appunto, in relazione al profilo di inammissibilità sub n. 2 – sulla premessa che la lettura sistematica della citata disposizione in connessione con quella di cui al n. 4 dell’art. 360 c.p.c. autorizzi a ritenere che non ogni violazione di norma processuale comporti la cassazione della sentenza (e, quindi, l’ammissibilità del ricorso che la denunci) ma solo la violazione di quelle regole che traducano in disciplina positiva i principi di rilevanza costituzionale sul giusto processo – è parso opportuno censire nella più recente ed avvertita giurisprudenza di legittimità, con allargamento del raggio di indagine anche alle decisioni della Corte costituzionale ed alle pronunzie della Corte europea, quel nucleo forte di garanzie, irrinunciabili e coesenziali ad un *processo giusto* (garanzie condensabili nei temi del contraddittorio e della difesa, del diritto alla prova, della terzietà del giudice e della pronunzia di una decisione motivata), in relazione alle quali par quindi destinata a misurarsi l’idoneità dei *vitia in procedendo* agli effetti della ammissibilità dei ricorsi che ne facciano denuncia.

Al fine poi di offrire un contributo all’inquadramento a messa a fuoco della condizione (sub n. 1 art. 360 bis) di inammissibilità di ricorsi avverso “decisioni conformi” a principi di diritto enunciati dal Giudice della nomofilachia, rispetto ai quali non si configurino, e prospettino, ragioni di modifica o superamento, è parso parimenti opportuno evidenziare nelle sentenze esaminate, i profili di *discontinuità* (e, specularmente, di *continuità*) rispetto ad indirizzi precedenti ed enucleare, al riguardo, le categorie di *rationes* del mutamento.

Le quali – salvi i casi eccezionali di *revirement* determinati da una mera rilettura *in vitro* della norma di legge – sono parse così:

- riconducibili ad una ricaduta di sistema di disposizioni sopravvenute interagenti con quelle oggetto di pregressa diversa interpretazione (come nel caso, ad esempio, deciso dalla sentenza n. 18236 del 2009, che ha escluso la consecuzione, in precedenza ammessa, del fallimento all’omesso deposito delle somme necessarie allo svolgimento della procedura di concordato, e ciò in considerazione del valore di norma programmatica attribuito al novellato art. 6 L.F. che ha escluso la sopravvivenza dell’iniziativa d’ufficio per l’apertura del fallimento);

- ovvero determinate dalla sempre più incisiva diretta penetrazione, nel tessuto civilistico, di valori costituzionali (come per il *valore della solidarietà*, rilevante, in positivo, per l'introduzione di obblighi di protezione anche nei rapporti da *contatto*, come nel caso della sentenza n. 16382 e, in negativo, per vietare, in via generale, l'esercizio dei diritti, non solo reali, in forme egoistiche trasmodanti in "abuso" dello stesso: cfr. n. 20106, per tutte);

- ovvero ancora indotte dalla influenza conformatrice del diritto internazionale pattizio (come nella sentenza n. 10228, che ha superato i limiti all'autonoma rappresentanza del minore in giudizi di adozione ex art. 17 l. 184/1983, con interpretazione adeguata ai principi espressi dall'art. 12 della Convenzione di New York e dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti del fanciullo, che riconoscono al minore, dotato di capacità di discernimento, il diritto di esprimere la propria opinione in ogni questione che lo interessi).

Dal che, conclusivamente, è dato, quindi, evincere che i mutamenti della giurisprudenza sono, non imprevedibilmente, governati dalle logiche del cd. diritto vivente, seguono cioè, le dinamiche, fisiologiche, della vivenza della *regula iuris*.

Nel senso che – in relazione ed entro i limiti dei *significati* (ove) resi possibili dal *significante* testuale – la norma è suscettibile di assumere nel tempo una molteplicità cangiante di contenuti in relazione, appunto, sia alle nuove valenze e dimensioni, che venga in prosieguo ad assumere l'interesse da essa protetto, sia per effetto di interrelazioni attivate da nuove o modificate disposizioni di settore. Con ciò impedendosi che il *valore* della stabilità del precedente uniforme (volto, sul piano sincronico, a dare concreta attuazione nel processo al precetto dell'art. 3 Costituzione) trasmodi, sul piano diacronico, in un *disvalore*, per cristallizzazione di regole non più adeguate od addirittura ostative alle mutate esigenze di tutela degli interessi di riferimento.

Nell'assolvimento del compito di portare, con la propria giurisprudenza, formalmente ad emersione queste sottese dinamiche sostanziali, ai Giudici di legittimità non mancherà, come sempre, il contributo del Massimario, nel rendere quella giurisprudenza trasparente a se stessa.

Introduzione

di Paolo Vittoria

1. – La Corte, a pochi anni di distanza, si è riproposta alla attenzione del legislatore.

Perché il filtro al ricorso, che dopo molto parlare della sua necessità era stato alla fine introdotto, accettato come principio, è stato in pratica rifiutato.

La ragione profonda di tale rifiuto, sotto molti aspetti, è stata di ordine culturale.

A metterne in crisi non l'efficacia, ma la sopravvivenza credo abbiano contribuito in non diversa misura, la dottrina, per aver scelto, con delle eccezioni, una posizione di attesa, rinunciando a chiarire del *filtro a quesito* origini, ragioni, rapporto con il motivo, inerenti modi d'applicazione; la Corte, per aver imboccato la strada di spiegare la funzione che gli attribuiva ed i modi in cui essa intendeva che il quesito dovesse essere formulato, senza però aver poi la possibilità di lasciare che quei suggerimenti fossero gradualmente assorbiti; il Foro, infine, perché abituato a confrontarsi con una corte culturalmente proclive alla supplenza nel cogliere il fondo della questione controversa, al di là dell'assenza, nel ricorso, di requisiti pur già richiesti a pena di inammissibilità e per aver rifiutato di accettare del filtro il significato di uno strumento di autocontrollo e l'invito, che vi era insito, a non battere la via del ricorso, se la difficoltà di ridurre a sintesi la critica si faceva spia di una sua manifesta infondatezza.

2. – La riforma del processo di cassazione attuata dal legislatore del 2006 non va però considerata una riforma fallita e il suo apprezzamento non va confinato e condizionato dall'insuccesso cui è andato incontro il filtro al ricorso per cassazione basato sul quesito.

Essa ha intanto avuto il merito di passare dalle parole ai fatti, quando da tempo era avvertita la necessità di un diverso rapporto tra diritto delle parti al processo, di cui è essenziale componente, per l'art. 111 Cost., il sindacato di legittimità, e correlata esigenza, perché nel concreto siano rispettati i principi del giusto processo, che il sindacato di legittimità sia anch'esso esercitato in un tempo giusto.

Ma la riforma del 2006 – intervenendo sui procedimenti di decisione, dotando la cassazione di nuovi poteri ed ampliando lo spazio di applicazione dei preesistenti poteri – ha reso possibile alla Corte sia di avviare una profonda rilettura del processo sia d'intervenire, meditatamente, ma con prontezza su delicati temi di diritto sostanziale.

3. – L'applicazione della disciplina del 2006 ne ha mostrato però dei limiti.

In prevalenza il filtro al ricorso per cassazione ha assolto una funzione di accelerazione della decisione di ricorsi di più agevole soluzione, non quella di incanalare il ricorso verso una pronta decisione, se veicolo di questioni nuove o controverse.

Né ha prodotto effetti significativi sul volume dei ricorsi che di anno in anno venivano e seguitano ad essere proposti.

4. – La nuova disciplina del filtro al ricorso sembra nascere, rispetto alla precedente, sotto una diversa stella.

Gli arride, da parte della dottrina, la diffusa e penetrante attenzione di cui si dà conto nelle pagine iniziali della Rassegna curata dall'Ufficio del Massimario per questo anno.

E' il segno che, acquisita infine la consapevolezza della sua necessità, al *filtro* ci si avvicina partendo da una riflessione sul ruolo attuale del giudice di legittimità di ultima istanza.

Ruolo che è disegnato e gli è imposto dal collocarsi la giurisdizione nell'ambito di uno spazio giuridico che è connotato dalla presenza di più testi di sostanziale ordine costituzionale, di più Corti di questo rango, di una pluralità di fonti interne, e, non ultima per importanza, dalla possibilità delle parti di evadere dal territorio nazionale e scegliere per i propri traffici le regole di diritto sostanziale e del processo, che più di altre appaiono idonee a misurare il costo economico della necessità del ricorso al giudice.

Dove quindi alla funzione del giudice di legittimità di ultima istanza, che va messo in grado di esprimersi ponderatamente, divengono intrinseci valori che contribuiscono a rendere effettiva la tutela giurisdizionale: la tempestività della decisione, la tendenziale stabilità della sua giurisprudenza, la prevedibilità delle decisioni successive.

La nuova disciplina del ricorso per cassazione appare dunque essere come il tassello sinora mancante della tendenza ad un riorientamento della Corte verso i modi dell'operare di altre Corti supreme continentali.

5. – La nuova disciplina di filtro pone naturalmente problemi di interpretazione, che sono emersi dalla prima analisi dottrinale e di cui più avanti si dà conto.

6. – Essa pone la Corte, in primo luogo ed al di là della scelta compiuta d'affidare la gestione del filtro ad un'apposita sezione, di fronte a scelte operative sulle quali è necessario riflettere.

La cassazione civile è al momento seriamente depauperata nel suo organico e d'altro canto gravata da un arretrato solo marginalmente scalfito.

Per converso, dal punto di vista del procedimento preparatorio della decisione, il nuovo filtro al ricorso richiede un esame che è in concreto un vaglio di manifesta infondatezza, che non potrà esaurirsi nel rilievo della mancanza di requisiti di contenuto-forma, ma ben spesso richiederà il confronto tra contenuti e stato della giurisprudenza.

Si deve avere allora la rappresentazione che una cassazione al passo con le necessità del tempo potrà scaturire non tanto, e certo non ora, da una gestione del filtro confinata al rispondere rapidamente ai ricorsi di semplice decisione, ma da scelte che coinvolgano l'intera Corte, in modo

che attraverso la immediata risposta al contenzioso di nuovo formazione, siano determinate le condizioni per un sempre più efficace funzionamento del filtro e della Corte nel suo complesso.

Insomma, la diminuzione del contenzioso – che il filtro a quesito non è stata in grado di produrre – va nelle speranze affidata alla formazione di giurisprudenze **persuasive** e perché persuasive **stabili** e perché stabili tali da giustificare che la Corte **non sia tenuta** a scendere alla decisione sul fondo del ricorso, i cui motivi non offrono elementi per un rovesciamento della precedente giurisprudenza.

Ed è questo che il filtro dovrebbe valere ad attestare.

In conclusione, lo sbarramento opposto all'esame del fondo di ricorsi, i cui motivi non sfuggono al vaglio della manifesta infondatezza, non va considerato come il risultato che oggi bisognerebbe aspettarsi dalla riforma, ma, in prospettiva, uno dei poteri di cui il legislatore ha dotato la Corte perché possa attendere alla funzione che le è propria.

Se invece il filtro al ricorso sarà sin da oggi impiegato per assolvere alla stessa funzione svolta dalla struttura unificata nella gestione del filtro a quesiti, ovverosia intercettare i soli ricorsi a decisione manifesta nel senso della inammissibilità; e se la apposita sezione di nuova costituzione assolverà alla sola residua funzione della decisione dei ricorsi per difformi verso inammissibili o manifestamente fondati; una sua potenzialità, in prospettiva la più rilevante, andrà persa.

7. - E' però vero che le sezioni della Corte hanno competenze diverse e gestiscono un contenzioso in diverso modo caratterizzato dalla sopravvenienza di modificazioni normative.

La funzione di intercettare i problemi nuovi assume dunque una funzione diversa da sezione a sezione e da materia a materia, sicché l'organizzazione del funzionamento del filtro si presta ad esservi adeguata.

Tuttavia, mai dovrebbe non essere colta l'occasione di intervenire sulle questioni controverse o rispetto alle quali il ricorso offra argomenti per riflettere di nuovo su precedenti orientamenti giurisprudenziali.

8. – Conviene da ultimo soffermarsi su alcuni aspetti della strutturazione del filtro e quindi del suo possibile futuro metodo di applicazione.

Il primo aspetto, rilevato da più parti, è che il filtro al ricorso, è costruito secondo lo schema per cui una formula terminativa di inammissibilità del ricorso è posta a valle di un giudizio che nella realtà è di manifesta infondatezza dei suoi motivi.

Si tratta però di uno schema non inusuale, nel processo civile.

L'esame del fondo della domanda di responsabilità – nella legge 13 aprile 1988, n. 117 sulla responsabilità civile dei magistrati – è impedito dalla pronuncia di inammissibilità prevista dall'art. 5.3. della legge, nel caso che la domanda sia dichiarata manifestamente infondata; lo stesso è

previsto dall'art. 140-bis, comma 6, del codice del consumo (sub art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99) a proposito dell'azione di classe, che può essere dichiarata inammissibile dal tribunale nel caso di manifesta infondatezza.

Il secondo è che la condizione di inammissibilità descritta dal n. 1) dell'art. 360-bis) traduce in regola di decisione quello che nella realtà dei fatti è da un lato l'usuale modo di attacco alla decisione che si impugna, dall'altro il modo in cui la giurisprudenza si forma.

Una giurisprudenza si forma, per accumulo ad un precedente, di decisioni successive che lo assumono a regola del caso, perché i giudici successivi ne riconoscono la persuasività e d'altro canto è la resistenza alle critiche che vengono mosse alle ragioni poste a fondamento del precedente, che vale a renderlo persuasivo.

E però il precedente giurisprudenziale esprime una regola che è stata giudicata idonea a sostenere la decisione assunta in quel caso concreto, sicché non dovrebbe potersi dire che la decisione del giudice di merito ha fatto applicazione di un precedente di legittimità, quando il caso ancora controverso non è identico.

Il caso non identico varrà se del caso come occasione per verificare la tenuta del principio e per formare in base ad esso la regola per il caso nuovo.

Ciò detto ci si deve chiedere se, assumendo ad altro termine dialettico, rispetto al motivo di ricorso, la <giurisprudenza> della cassazione seguita dal giudice di merito, la norma richieda la esistenza di più precedenti, per far sorgere l'onere critico del ricorrente o se basti che rispetto al precedente assunto a base del proprio decidere dal giudice di merito non se ne incontrino nella giurisprudenza della corte di contrari.

Concettualmente un precedente non è una giurisprudenza, ma di fatto, concludere nel primo senso parrebbe congruente alla dinamica del mezzo di impugnazione, che deve risolversi in una critica di quanto è stato deciso, idonea a costituire termine di confronto per valutare la resistenza del deciso od invece della critica.

E del resto è proprio con l'assenza della critica, ovvero con la riproposizione della tesi confutata, che il ricorrente si sottrae al confronto con il precedente della Corte ed al processo con cui una giurisprudenza si forma.

Piuttosto, appartiene al livello di applicazione del filtro, quindi della eventuale infondatezza del ricorso e non a quello della inammissibilità la valutazione del fondamento della critica, cioè della sua capacità di incrinare la persuasività della argomentazione che ha sorretto la precedente decisione.

9. – L'esperienza maturata in questi anni di applicazione del filtro a quesito ha certo creato nel foro un'attitudine a valutare la utilità della sua presenza, per fissare i termini della questione e l'oggetto della critica.

L'abbandono di questa tecnica sarebbe cosa improvvida.

Corredare il motivo e la risposta al motivo di una sintesi accompagnata dai riferimenti giurisprudenziali e dottrinali di cui ci si è avvalsi per sostenere o confutare la critica mossa alla decisione agevolerebbe la Corte nell'esame del ricorso e quindi nel darvi risposta.

INDICE

La ragione del nostro lavoro (a cura della Direzione)

Introduzione (a cura di Paolo Vittoria)

Le prime riflessioni della dottrina (di Pina Carluccio) – pag. 1

CAP. I

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLE VIOLAZIONI PROCESSUALI ED I PRINCIPI REGOLATORI DEL GIUSTO PROCESSO

1 . Il contraddittorio ed il diritto alla difesa nel sistema delle impugnazioni civili.

di Aldo Carrato – pag. 21

2 . Il contraddittorio ed il diritto alla difesa nel giudizio di primo grado.

di Maria Acierno – pag. 28

3 . Il diritto alla prova ed il ruolo del giudice.

di Antonio Lamorgese – pag. 37

4 . L'imparzialità e la terzietà del giudice.

di Raffaele Cantone – pag. 52

5. L'obbligo di motivazione della decisione.

di Enzo Vincenti – pag. 59

CAP. II

IL PRECEDENTE COME VALORE “DI SISTEMA” IN ALCUNI SIGNIFICATIVI PRONUNZIATI

1 . Il giudice civile e l'economia

1.1. Contratti e consumatore. (di Marco Rossetti) – pag. 67

1.2. Privilegio del promissario acquirente ed ipoteca. (di Antonietta Scrima) – pag. 74

1.3. Società. (di Loredana Nazzicone) – pag. 81

1.4. Procedure concorsuali riformate (di Massimo Ferro) – pag. 83

1.5. Processo esecutivo: i creditori titolati; la tutela del terzo acquirente. (di Antonietta Scrima)
- pag. 93

1.6. Mercato e pubblica amministrazione. (di Pasquale Fimiani) – pag. 98

1.7. Mercati finanziari e borsa. (di Loredana Nazzicone) – pag. 102

1.8. Impresa e potestà impositiva. (di Pasquale Fimiani) – pag. 110

2 . I diritti della persona e delle formazioni sociali .

2.1. I diritti della persona straniera. (di Maria Acierno) – pag. 113

2.2. I diritti fondamentali nel nucleo familiare. (di Francesca Ceroni) – pag. 117

2.3. Diritto di uguaglianza e regime patrimoniale familiare. (di Francesca Ceroni) – pag. 120

2.4. Il diritto all'autodeterminazione. (di Francesco Cirillo) – pag. 122

2.5. Le formazioni sociali. (di Alberto Tilocca) – pag. 126

2.6. Le soggettività deboli. (di Alberto Tilocca) – pag. 127

2.7. I criteri di giurisdizione nelle controversie internazionali. (di Pierluigi Pratola) – pag. 129

3 . Nomofilachia e lavoro, contrattazione collettiva, previdenza.

3.1. Il sindacato giurisdizionale nel licenziamento collettivo. (di Giuseppe Fuochi Tinarelli) – pag. 133

3.2. Il trasferimento di azienda. (di Fulvio Baldi) – pag. 136

3.3. La contrattazione collettiva nel giudizio di legittimità. (di Francesco Buffa) – pag. 138

3.4. Il diritto alla promozione automatica del lavoratore temporaneamente assegnato a mansioni superiori e gli oneri probatori. (di Rossana Mancino) – pag. 142

3.5. Il comportamento delle parti del rapporto previdenziale ed il decorso del termine decadenziale. (di Francesco Buffa) – pag. 145

Le prime riflessioni della dottrina

di Pina Carluccio

1. L'oggetto e il metodo

Di fronte al proliferare di prese di posizione, da parte degli studiosi di diritto processuale, in ordine al cosiddetto “filtro” per l'accesso alla Corte di cassazione, introdotto dalla riforma del 2009, si pone un'esigenza, innanzitutto, ricognitiva. La visuale d'insieme può aiutare a focalizzare le opinioni comuni e discordanti e, con esse, i possibili problemi applicativi cui la Corte è chiamata a far fronte. L'obiettivo è ricostruire, obiettivamente e sinteticamente, le opinioni intorno ai profili contenutistici dell'art. 360 bis c.p.c., con particolare attenzione al n. 2, del quale costituiscono asse portante i principi regolatori del giusto processo. Non si potrà fare a meno di considerare il n. 1 dello stesso articolo, stante, quantomeno, la comune finalità deflazionistica, nonché l'intrecciarsi delle argomentazioni.

Restano, pertanto, fuori dall'indagine le norme relative al procedimento.

Invece, al fine di fornire ulteriori spunti di riflessione e dibattito, si inseriranno gli approdi frutto delle recenti opinioni sulla riforma nel contesto più ampio dell'elaborazione dottrina intorno al nuovo art. 111 Cost..

2. Uno sguardo d'insieme alle prese di posizione della dottrina

La riflessione dottrina non poteva non prendere le mosse dalla unanime consapevolezza dello stato allarmante del carico di lavoro della Corte di cassazione e della sua incidenza sullo svolgimento della funzione nomofilattica ad essa assegnata dall'ordinamento, nonché sulla effettività della tutela giudiziaria dei diritti¹. D'altra parte, chiaro è stato da subito l'obiettivo acceleratorio e deflazionistico del legislatore.

Nessuno ha mancato di mettere in evidenza la formulazione non felice, se non addirittura ambigua della norma. Il dibattito si è fondamentalmente sviluppato intorno a due assi, intrecciati tra di loro: da un lato il rapporto del filtro con l'articolo 360 c.p.c., che costituisce la norma fondamentale del ricorso per cassazione attraverso l'elencazione dei motivi di ricorso; dall'altro la sua compatibilità costituzionale in riferimento all'art. 111 Cost., nella parte in cui prevede (settimo comma) il ricorso in cassazione per violazione di legge. Naturalmente, per la parte in cui il filtro richiama i principi

¹ Per ampie citazioni sin dal sorgere del problema, Reali, *Art. 360 bis*, in Cipriani (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione, Commentario al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, capo I e alla legge 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Cedam, 2009, 117 ss.

regolatori del giusto processo era inevitabile fare i conti con il secondo comma dello stesso articolo. Mentre, rispetto al rapporto tra filtro e vizio di difetto della motivazione della decisione impugnata (art. 360, primo comma, n. 5) era inevitabile prendere in esame il sesto comma dello stesso art. 111 Cost., che impone l'obbligo di motivazione.

In estrema sintesi, può affermarsi, quanto al primo profilo, che molti commentatori si sono posti nell'ottica prevalente di verificare se l'art. 360 bis c.p.c. avesse introdotto un filtro attraverso la limitazione dei motivi deducibili con il ricorso. La gran parte degli autori ha, comunque, cercato di cogliere la concreta capacità operativa del filtro analizzando l'impatto delle condizioni di inammissibilità sui tradizionali motivi di ricorso.

Quanto al secondo profilo, salvo un'isolata conclusione nel senso della radicale incostituzionalità², gli autori si sono sforzati di pervenire - pur nel contesto di distinguo a seconda che oggetto di indagine fosse il n. 1 o il n. 2 dell'art. 360 bis c.p.c. - a interpretazioni costituzionalmente compatibili, non poche volte approdando a esiti applicativi definiti come riduttivi rispetto alle intenzioni del legislatore.

3. Il contenuto dei parametri previsti dall'art. 360 bis c.p.c.: la questione di diritto e la giurisprudenza della Corte

Quando la questione di diritto affrontata nel provvedimento impugnato è stata decisa in modo conforme alla giurisprudenza della Corte? I commentatori hanno dedicato attenzione al profilo e il dibattito si è snodato intorno a cosa debba intendersi per "giurisprudenza consolidata"; categoria sulla quale i giuristi da tempo riflettono³, ma che, per gli insiti ampi margini di opinabilità, suggerisce l'opportunità dell'enucleazione di criteri-guida preventivi e trasparenti, in modo da assicurare la prevedibilità delle decisioni della "sezione filtro" chiamata a farne applicazione⁴.

Se tutti concordano nel rilievo delle decisioni delle Sezioni Unite, diffusa è l'opinione che "giurisprudenza consolidata" sia quella ricavabile da una pluralità di decisioni di ugual segno emesse dalle sezioni singole⁵; non manca, poi, chi sottolinea la necessità di una perfetta sovrapposibilità del caso deciso con quello da decidere, in diretta connessione con la fattispecie concreta⁶; qualcuno ipotizza la sufficienza di un solo precedente, anche a sezione semplice, quando non ve ne siano altri

² Carratta, *Il "filtro" al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 6, 2009, 1563.

³ Di recente Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 710.

⁴ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione (l. n. 69 del 2009)*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009.

⁵ Rordorf, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, relazione a incontri di studio per la formazione decentrata a Milano e Torino, 18 e 29 maggio 2009.

⁶ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

di segno contrario⁷. C'è chi valorizza, in assenza della certezza giurisprudenziale data dalle Sezioni unite, l'elaborazione di criteri prevalentemente statistici, in base ai quali stabilire quando possa ragionevolmente ritenersi esistere uno stabile orientamento giurisprudenziale. Verrebbero in considerazione i rapporti percentuali tra le pronunce di un dato segno, rispetto alle altre, in combinazione con la distanza cronologica che separa un orientamento pur consolidato del passato, in relazione al nuovo, difforme⁸. Ci si sofferma sulla valenza del fattore temporale, ritenendolo non dirimente, in assenza di successivi orientamenti contrari, e, invece, rilevante ai fini della rilevabilità della esistenza o meno di un contrasto. Non potendosi considerare tale un contrasto diacronico, oramai superato da consolidata giurisprudenza successiva, ma solo quello sincronico⁹. Certamente, il rilievo assunto dalla giurisprudenza precedente dovrebbe responsabilizzare la stessa Corte di cassazione, spingendola a formulare precedenti autorevoli, credibili, ed il meno possibile oscillanti¹⁰.

3.1.... i principi regolatori del giusto processo

La dottrina, che si è trovata a fare i conti con una categoria senza diretto riscontro normativo, li ha comunemente individuati in quelli elencati nel secondo comma del nuovo art. 111 Cost.: garanzia del contraddittorio, parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice. Non si è mancato di collegarli con la giurisprudenza costituzionale elaborata, prima dell'introduzione della categoria del giusto processo nell'ordinamento nazionale, in riferimento al diritto di azione e di difesa (artt. 24 e 113 Cost.), all'uguaglianza formale e sostanziale delle parti (art. 3 Cost.), alla precostituzione per legge di un giudice "naturale" (art. 25 Cost.), all'autonomia e all'indipendenza della magistratura e del singolo giudice (artt. 101 e segg. Cost.)¹¹. Talvolta sono stati richiamati espressamente i principi della Convenzione sui diritti dell'uomo, elaborati ed applicati dalla CEDU in relazione all'art. 6 della stessa Convenzione¹².

Generalmente, non è stato ricompreso il principio della ragionevole durata, pure previsto dal secondo comma dell'art. 111 Cost.; il quale è stato esplicitamente escluso, in un caso, per non poter

⁷ Soldi, in *Le nuove riforme del processo civile: processo di esecuzione, processo di cognizione, procedimenti sommari di cognizione, ricorso per cassazione: Commento alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*, (a cura di Bucci, Soldi), Padova, 2009, 145; De Marchi, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 85, Rordorf, *Nuove norme in tema...*, cit.; contra Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile, (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 2009; Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

⁸ Raiti, *Note esegetiche a prima lettura sul "filtro" in Cassazione secondo la legge di riforma al codice di rito civile n. 69 del 18 giugno 2009*, in www.judicium.it, §4.

⁹ Rordorf, *Nuove norme in tema di...*, cit.

¹⁰ Rordorf, *Nuove norme in tema di...*, cit.

¹¹ Costantino, *Il nuovo processo in Cassazione*, in *F.I.*, 9, 2009.

¹² Carpi, *Il tormentato filtro al ricorso in cassazione*, rel. al convegno "La riforma del codice di procedura civile", Bologna 14 settembre 2009; Costantino, *Il nuovo processo in ...*, cit.; Salmè, *Il nuovo giudizio di cassazione*, rel. al convegno "Processo civile veloce, processo civile giusto. La riforma dei tempi della giustizia civile", Agrigento, 19 settembre 2009, in corso di pubblicazione in *F.I.*, 2009.

essere la sua violazione inclusa tra i motivi del ricorso per cassazione¹³; in altri, incluso in via dubitativa¹⁴, rivolgendosi il precetto essenzialmente al legislatore¹⁵.

Nessuno ha mancato di mettere in evidenza i problemi nascenti dal rinvio a “principi”, definiti addirittura come “concetti evanescenti”¹⁶, in un precetto volto a individuare i casi di inammissibilità del ricorso per cassazione e il rischio di discrezionalità della Corte nell’individuazione in concreto delle regole processuali la cui inosservanza determini la violazione dei suddetti principi¹⁷.

4. Il filtro tra motivi del ricorso....

Gran parte della dottrina che si è occupata dell’art. 360 bis c.p.c. si è posta nella prospettiva di rispondere alla domanda se la funzione di filtro perseguita dal legislatore con il nuovo articolo fosse stata realizzata incidendo sui motivi di ricorso previsti dall’art. 360 c.p.c. .

Le soluzioni, ipotizzate rispetto ad entrambe le previsioni di cui ai nn. 1 e 2 dell’art. 360 bis, sono state nel senso che, riconoscere una tale incidenza, porterebbe a dubbi di compatibilità costituzionale in riferimento all’art. 111, settimo comma, Cost., nella parte in cui prevede il ricorso in cassazione per violazione di legge. Questo profilo è stato sviluppato particolarmente rispetto al n. 2, in relazione all’incidenza sul n. 4, del comma 1, dell’art. 360; ma non sono mancate analisi relative anche al n. 1. Radicale appare la posizione di chi¹⁸ prospetta l’incostituzionalità dell’art. 360 bis perché la vaghezza della formulazione legislativa renderebbe possibili interpretazioni volte a restringere il controllo di legittimità, mentre dal settimo comma dell’art. 111 Cost. deriva al legislatore ordinario l’impossibilità di percorrere la strada della limitazione all’accesso.

Convergenza di opinioni si registra sulla tesi secondo cui l’art. 360 bis non può essere interpretato in modo da restringere l’area dei motivi di cui all’art. 360, pena la violazione dell’art. 111 Cost.; di conseguenza il n. 1 dell’art. 360 bis è riferito a tutti i vizi di cui all’art. 360, che possono implicare una questione di diritto¹⁹.

Qualcuno fa anche l’ipotesi che il n. 2 possa essere letto come ampliamento dei motivi di cui all’art. 360, ai quali si aggiungerebbe quello per violazione dei principi regolatori del giusto processo;

¹³ Reali, *Art. 360 bis...*, cit., 140.

¹⁴ Rordorf, *Nuove norme in tema di...*, cit.

¹⁵ Salmè, *Il nuovo giudizio ...*, cit.

¹⁶ Ricci, *La riforma del processo civile: Legge 18 giugno 2009, n. 69, disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, Torino, Giappichelli, 2009, 70.

¹⁷ Damiani, *Art. 375*, in Cipriani (a cura di), *La riforma del giudizio di cassazione, Commentario al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, capo I e alla legge 18 giugno 2009, n. 69, capo IV*, Cedam, 2009, 279.

¹⁸ Carratta, *Il “filtro” al ricorso...*, cit., 1565.

¹⁹ Esemplicativamente Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit.

censura non così irragionevole, come potrebbe sembrare, visto che oramai molti ricorsi la evocano²⁰. C'è chi ritiene la compatibilità costituzionale²¹, chi l'incostituzionalità²².

Sempre con riferimento al n. 2, alcuni autori avanzano l'ipotesi interpretativa della scelta di una limitazione del motivo di ricorso per nullità della sentenza o del procedimento (360, n. 4), escludendola in quanto incostituzionale. Non si potrebbe ritenere che abbia ristretto le nullità processuali di cui al n. 4 dell'art. 360, lasciando alla Corte il potere discrezionale di stabilire quali di queste ultime sono riconducibili ai principi, perché contrasterebbe con il settimo comma dell'art. 111 Cost.²³. Sulla stessa lunghezza d'onda si ritiene semanticamente plausibile che, tra le innumerevoli possibili censure di legittimità fondate sulla violazione di norme processuali, siano ammesse solo quelle che denuncino la violazione di disposizioni direttamente riconducibili ai principi regolatori del giusto processo, e che appaiano *ictu oculi* non manifestamente infondate. Tuttavia, questa lettura sarebbe estremamente restrittiva, poiché solo una minima parte delle norme processuali vigenti possono considerarsi diretta espressione dei principi regolatori del giusto processo²⁴.

Non manca, peraltro, chi, invece, sembra accogliere tale prospettiva interpretativa, senza avanzare dubbi di costituzionalità. Il riferimento del legislatore ai principi rimanderebbe a un nucleo essenziale, non essendo affatto scontato che tutti i vizi del processo o della sentenza si traducano in violazioni del giusto processo, quali ad esempio, la mancata sottoscrizione della sentenza o la mancata lettura del dispositivo. Conseguentemente, gli *errores in procedendo* di cui al n. 4 dell'art. 360 sarebbero solo quelli che denuncino la violazione dei principi di terzietà e imparzialità, di diritto di difesa, del contraddittorio. Altrimenti non si capirebbe perché il filtro ci sarebbe per le censure più gravi e non opererebbe per le altre²⁵.

Infine, c'è chi ritiene che ogni interpretazione letterale del n. 2 conduce a risultati aberranti²⁶.

4.1....e parametri per la decisione

Molti autori hanno affrontato la novità, derivante dall'introduzione dell'art. 360 bis c.p.c. nell'ordinamento, in un'ottica diversa volta all'analisi dei parametri posti dal legislatore come criteri

²⁰ Sassani, A.D. 2009; *ennesima riforma al salvataggio del rito civile. Quadro sommario delle novità riguardanti il processo di cognizione*, in www.judicium.it.

²¹ Farina, *Note minime sul "filtro" in cassazione*, in www.judicium.it.

²² Ricci, *La riforma del processo civile ...*, cit.; Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit.

²³ Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit.

²⁴ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.; nello stesso senso, più sinteticamente, Bove – Santi, *Il nuovo processo civile*, Matelica, 2009, 67; Raiti, *Note esegetiche a prima lettura...*, cit.; Lombardi, *Il nuovo processo civile: commento organico alla legge di riforma del processo civile*, (Giordano, Lombardi, a cura di) Roma, Nel Diritto Editore, 2009, 428, il quale sottolinea che, ad anettere al n. 2 un'efficacia realmente riduttiva dei vizi denunciabili ai sensi ai sensi del n. 4 dell'art. 360, si avrebbe il risultato paradossale che una delle garanzie del giusto processo, costituita dal ricorso per cassazione per violazione di legge, risulterebbe fortemente compromessa.

²⁵ Rordorf, *Nuove norme in tema di...*, cit.

²⁶ Costantino, *Il nuovo processo in ...*, cit.

per la decisione (sui singoli motivi) del ricorso. Spesso questa prospettiva si è congiunta a quella del raffronto con i motivi del ricorso e si è sviluppata nella direzione di escludere la limitazione dei motivi, quale modalità operativa del filtro, per le ragioni di incompatibilità costituzionale di cui si è detto.

La gran parte degli studiosi ha analizzato distintamente i parametri posti dai nn. 1 e 2 dell'articolo in argomento, pervenendo a diverse conclusioni; non poche volte di inutilità o di ristretta portata applicativa, soprattutto in riferimento al n. 2.

Non mancano, peraltro, posizioni volte a mettere in risalto la forte innovazione introdotta, anche in una visione d'insieme dei due parametri.

4.2. Il parametro della giurisprudenza conforme

Comune è l'opinione che lo stesso parametro vada riferito a tutti i vizi di cui all'art. 360, che possono implicare una questione di diritto esplicitamente o implicitamente risolta dal provvedimento impugnato; quindi con l'esclusione del n. 5²⁷. C'è chi esplicitamente lo riferisce anche al regolamento di competenza e ad ogni altro ricorso impugnatorio, escluso, quindi, il regolamento preventivo²⁸.

Generalizzato²⁹ è pure il riconoscimento che il parametro che rende inammissibile il ricorso (in relazione ai suoi motivi), stante la conformità del provvedimento impugnato alla giurisprudenza della Corte, è di manifesta infondatezza.

Non pochi autori³⁰ hanno messo in risalto il nesso stretto tra questo parametro e il rafforzamento della funzione uniformatrice e nomofilattica della Corte di cassazione, in linea di continuità con l'intervento riformatore del 2006³¹, superando i dubbi di legittimità costituzionale.

Si è specificato che il parametro è perfettamente plausibile in un sistema che assegna alla Corte la funzione nomofilattica, da esplicarsi anch'essa alla luce del principio di ragionevole durata; sicché a quella Corte è opportunamente riferibile il potere-dovere di non ripetersi inutilmente. Si è ritenuta la compatibilità costituzionale con l'art. 111, settimo comma, Cost., dal quale deriva solo che contro tutte le sentenze è possibile ricorrere, ma non l'obbligo della Corte di occuparsi nel merito di tutti i

²⁷ Esemplificativamente, Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit.

²⁸ Briguglio, *sub art. 360 bis*, in Briguglio e Capponi, (a cura di), *Commentario alla riforma del processo civile*, vol. III, tomo 1, cedam, 2009, 60; in tal senso, pur nell'ambito di analisi riferita al testo precedente a quello poi approvato dal Parlamento, Frasca, Osservazioni (critiche) sul c.d. filtro in cassazione in discussione in Parlamento, in www.judicium.it.

²⁹ Con l'eccezione di Poli, Intervento al convegno *Il "filtro" in Cassazione*, Roma 28 ottobre 2009, Aula Magna S.C. di Cassazione.

³⁰ Carpi, *Il tormentato filtro...* cit.; Sassani, *A.D. 2009...* cit.; Raiti, *Note esegetiche a prima lettura...* cit.

³¹ Con la novella dell'art. 374, terzo comma, c.p.c.

ricorsi, bensì solo di quelli ammissibili secondo criteri stabiliti dal legislatore ordinario, nell'ambito del rispetto della ragionevolezza e del diritto di difesa³².

Un autore³³ ha dedicato particolare attenzione al profilo, mettendone in evidenza il carattere fortemente innovativo e di impatto sul sistema, per il significato che esso assume rispetto alla giurisprudenza come fonte del diritto. In particolare, si è precisato che l'art. 360 bis n.1 c.p.c non impedisce l'accesso al controllo di legittimità del provvedimento impugnato, ma introduce la possibilità che esso sia effettuato in maniera "sommatoria", e con esclusivo riferimento alla giurisprudenza della Corte - salvo il potere di determinarne il mutamento o la conferma a determinate condizioni - derubricandolo a mero controllo di ammissibilità. Si è sostenuta l'assenza di compromissione dello *ius litigatoris* garantito dall'art. 111 settimo comma, Cost., quanto alle forme procedurali, perché alle parti di ogni processo non è sottratta la facoltà di ottenere il controllo sulla legittimità del provvedimento definitivo. Quanto ai contenuti del giudizio, di merito, richiesto dall'art. 360 bis n. 1 c.p.c. per poter pervenire alla declinatoria di inammissibilità, si è posta al centro dell'attenzione la circostanza che il parametro di valutazione della legittimità di una sentenza non è la legge, ma la giurisprudenza della Corte. La compatibilità costituzionale di tale scelta normativa è fondata sulla presa d'atto che, ormai, quando l'art. 111, settimo comma Cost. richiama la "legge", si riferisce a qualcosa di più articolato e complesso, che non è soltanto il precetto normativo estrapolabile dal diritto positivo. Ciò perché, da tempo, è acquisita la consapevolezza che anche negli ordinamenti di *civil law*, nelle società avanzate, alla formazione del diritto vivente, cioè della legge nel senso più pregnante del termine, concorrono una molteplicità di fattori, tra i quali, oltre alle norme, va certamente inclusa anche l'interpretazione che delle stesse forniscono i tribunali e le corti; più la giurisprudenza è uniforme e proveniente da corti di alto livello, più il suo ruolo è determinante nel processo formativo del diritto vivente. Allora, secondo l'autore, l'aver immesso nel sistema una norma che formalizza il ricorso alla giurisprudenza di legittimità come parametro su cui vagliare la fondatezza delle decisioni su "questioni di diritto", non è altro che l'ultimo tassello di un fenomeno molto più vasto, che tende a valorizzare sempre più, anche nel nostro ordinamento, l'importanza del precedente. Infine, viene sottolineata la portata innovativa della norma nel sistema, derivante dal fatto che nel giudicare sulla "violazione di legge" la Corte è formalmente vincolata ai propri precedenti da una norma processuale. Anche se è fatta salva la necessaria flessibilità, consentendo la possibilità di modificare il proprio "orientamento", si stabilisce una "relazione normativa (quasi definitoria)" tra il concetto di legge espresso dall'art. 111 Cost. ed i precedenti della Suprema Corte. Ne risultano rimodulati i contenuti del giudizio di legittimità, che ora si deve fondare, anche formalmente, su un'interpolazione tra norma di diritto

³² Briguglio, *sub art. 360 bis* ..., cit., 61.

³³ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso*..., cit.

positivo e pregressa giurisprudenza di legittimità. Il ch  non accade quando la Corte definisca cosa debba intendersi per “violazione di legge” *ex art. 111 Cost.* con riguardo ad una determinata norma, e quando a tale interpretazione si attenga nelle successive pronunce per ragioni di nomofilachia, come ha fatto sino ad ora.

Altri autori, invece, evidentemente non cogliendo la portata innovativa del richiamo alla giurisprudenza come diritto vivente, hanno devitalizzato la norma in argomento, affermando che la Corte avrebbe gi  ben potuto, sulla base delle norme esistenti (art. 375, primo comma, n. 5, c.p.c.), dichiarare la manifesta infondatezza³⁴. La portata del n. 1 si riduce, allora, a sottrarre alle sezioni semplici il potere di provocare il mutamento di giurisprudenza mediante la rimessione alle S.U., essendo ora possibile tale rimessione solo da parte dell’<<apposita>> sezione, cos  risultandone rafforzata la funzione nomofilattica della Corte³⁵.

4.2.1.e le ulteriori condizioni affin  il ricorso sia dichiarato inammissibile

L’art. 360 bis c.p.c. richiede, oltre alla conformit  del provvedimento impugnato alla giurisprudenza della Corte, che <<l’esame dei motivi non offr[a]e elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa>>.

Il richiamo dei motivi idonei a mutare l’orientamento giurisprudenziale non ha dato luogo a problemi interpretativi, anzi   stato esaltato come idoneo a scongiurare la cristallizzazione e a garantire la complessiva tenuta costituzionale del parametro di cui al n. 1³⁶. Nello stesso tempo si   messo in evidenza che l’esame di questi opera sul piano della ammissibilit , al fine di consentire la decisione del ricorso *funditus* in udienza pubblica, e certo non preclude che all’esito si pervenga ad un giudizio di infondatezza nel merito³⁷.

Invece, non poche perplessit  ha destato il richiamo ai motivi che offrono elementi per confermare un precedente orientamento. Tutti d’accordo nell’escludere che la norma possa riferirsi ad un ricorso “suicida”, di chi chiede la conferma del provvedimento impugnato (naturalmente sfavorevole), ma con argomenti diversi da quelli contenuti nel provvedimento che si uniforma alla giurisprudenza consolidata. Ci si   chiesto, allora, quale potesse essere il significato possibile. C’  chi ha ipotizzato un errore lessicale del legislatore³⁸; i pi  sostengono che, al di l  della lettera, ragioni di conferma possono ricavarsi dalle ragioni di contestazione prospettate, a conferma del provvedimento, nelle

³⁴ Costantino, *Il nuovo processo in ...*, cit.; Ricci, *La riforma del processo civile ...*, cit., 66.

³⁵ Costantino, *Il nuovo processo in ...*, cit.

³⁶ Raiti, *Note esegetiche a prima lettura...cit.*; Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...cit.*

³⁷ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...cit.*

³⁸ Ricci, *La riforma del processo civile ...*, cit., 68, secondo cui il termine va riferito all’ipotesi in cui la questione di diritto sia stata decisa in modo difforme dall’orientamento della corte, e per essere ammissibile il motivo dovrebbe dimostrare che la censura intende riportare la questione di diritto nell’alveo dell’orientamento della cassazione.

difese del controricorrente³⁹. Si è anche detto che non ricorrono elementi per confermare, evidentemente con nuove argomentazioni, la giurisprudenza consolidata, quando la critica al provvedimento svolta nel ricorso non sia neppure idonea ad offrire ulteriori argomenti di conferma del suddetto orientamento⁴⁰.

4.3. Il parametro dei principi regolatori del giusto processo

Il dato che caratterizza la lettura del secondo parametro posto dall'art. 360 bis c.p.c., da parte di non pochi autori, è la separatezza dell'analisi rispetto al primo parametro dello stesso articolo. Inoltre, dall'esclusione di ipotesi ricostruttive incostituzionali, di cui si è detto⁴¹, in riferimento alla possibilità dell'interazione con i motivi di ricorso, ne hanno fatto derivare letture fortemente limitative della portata applicativa.

Su alcuni punti tutti sono d'accordo: il parametro riguarda i motivi con cui viene denunciata la violazione di norme processuali; principalmente, quelli proposti *ex art. 360 n. 4 c.p.c.*, ma anche quelli *ex art. 360 nn. 1, 2, 5 c.p.c.* I principi regolatori del giusto processo, comunque identificati, riguardano le norme processuali e non quelle sostanziali⁴². E' difficile l'identificazione di quali norme processuali attengono ai suddetti principi⁴³; molti autori evidenziano che i principi del giusto processo non sembrano suscettibili di estensione al punto da ricomprendere tutti gli *errores* di cui al n. 4⁴⁴. Qualcuno sottolinea la valutazione discrezionale della Corte in tale individuazione e il contrasto di questa con la "quasi certezza", che dovrebbe essere alla base della sanzione di "inammissibilità"⁴⁵.

Alcuni precisano che da tutti i vizi dell'art. 360 c.p.c. che si traducano in *errores in procedendo*, compresi i vizi di motivazione, vanno esclusi quelli che implicano questioni di diritto⁴⁶.

Non manca chi mette espressamente in risalto il valore assunto dall'interesse ad impugnare, da valutare in termini puntuali⁴⁷, di utilità derivante alla parte dall'eventuale accoglimento⁴⁸.

Come detto molti autori sono pervenuti a una lettura limitativa del parametro in argomento, prevalentemente facendo rientrare l'ipotesi ivi prevista nella generale valutazione di manifesta infondatezza ai sensi dell'art. 375, primo comma, n. 5 c.p.c.⁴⁹.

³⁹ Tra gli altri, Raiti, *Note esegetiche a prima lettura...*cit.

⁴⁰ Carpi, *Il tormentato filtro...*cit.

⁴¹ Nel paragrafo dedicato alla ricognizione della dottrina rispetto al rapporto tra parametro e motivi di ricorso.

⁴² Tra gli altri, Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

⁴³ Tra gli altri, Raiti, *Note esegetiche a prima lettura...*cit.

⁴⁴ Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, Il Processo di primo grado e le impugnazioni*, tomo III, Cedam, 2009, 516.

⁴⁵ Carpi, *Il tormentato filtro...*cit.

⁴⁶ Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit., Briguglio, *sub art. 360 bis ...*, cit., 62.

⁴⁷ Salmè, *Il nuovo giudizio ...*, cit.

⁴⁸ Costantino, *Il nuovo processo in ...*, cit.

⁴⁹ Tra i molti, Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

In un caso, una qualche utilità è riconosciuta nella possibilità di dichiarare inammissibili (con i vantaggi che ne possono conseguire in termini di sinteticità della motivazione) quella gran quantità di ricorsi nei quali si invoca genericamente, e spesso inappropriatamente, la violazione di principi e garanzie fondamentali del processo. Ed inoltre, nella possibilità di passare sotto la scure dell'inammissibilità *ex art. 360 bis n. 2 c.p.c.*, per manifesta infondatezza, anche i molti ricorsi nei quali si tenta di forzare le maglie del motivo di cui all'*art. 360 n. 5 c.p.c.* per dedurre in cassazione questioni di merito e non di legittimità, data la rilevanza costituzionale dell'obbligo di motivazione (*art. 111, sesto comma, Cost.*)⁵⁰.

In un altro caso, si riconosce alla previsione del n. 2 portata di chiusura per le ipotesi non riconducibili o scomodamente riconducibili nel n. 1⁵¹.

Altri autori approdano alla affermazione della totale inutilità della previsione in argomento. L'individuazione dei principi regolatori del giusto processo, <<che costituisce un rompicapo>>, serve solo alla dichiarazione della inammissibilità, per aver riscontrato la manifesta infondatezza nel caso di violazione degli stessi, per applicare la nuova disciplina camerale dell'*art. 376 c.p.c.*; alla fine, serve solo alla instaurazione di un procedimento decisorio non diverso dalla manifesta infondatezza di cui all'*art. 375 c.p.c.*⁵².

Nella stessa direzione si pone chi ritiene che la Corte non aveva bisogno di farsi autorizzare dal legislatore per la manifesta infondatezza di cui al n. 2, che rientra nei casi di rigetto con la procedura di camera di consiglio, non aggiungendo granché il nuovo articolo mediante la trasformazione della manifesta infondatezza in un caso di inammissibilità⁵³.

D'interesse è, infine, una presa di posizione⁵⁴ che mette in relazione la nuova disposizione con la giurisprudenza della Corte in materia processuale, concludendo nel senso che la deflazione sperata rischia di essere più apparente che reale. Secondo l'autore, l'introduzione del filtro dovrebbe garantire un sostanziale ridimensionamento del numero dei ricorsi avanzati in relazione a censure *ex n. 4*, dovendosi dichiarare l'inammissibilità di ricorsi con censure di nullità del provvedimento impugnato o del procedimento in cui è stato reso, che non costituiscono violazione dei principi del giusto processo, sempre che dai ricorsi risulti evidenziata una diretta relazione tra vizi e principi e che le doglianze siano manifestamente infondate. La portata deflazionistica apparente è ricondotta all'esistenza di una giurisprudenza che da tempo riconduce le nullità procedurali alla effettiva

⁵⁰ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

⁵¹ Si ipotizzano censure *in procedendo* che non investono, né coinvolgono soluzioni di questioni di diritto. Si fa l'esempio dell'omessa pronuncia, della pretermissione del litisconsorte necessario, della nullità formale del processo o della sentenza, della sentenza resa *a non iudice*, sempre che l'errore non dipenda dalla errata interpretazione delle norme e sia apparentemente inconsapevole, Briguglio, *sub art. 360 bis ...*, cit., 62.

⁵² Ricci, *La riforma del processo civile ...*, cit., 72.

⁵³ Sassani, *A.D. 2009...* cit; nello stesso senso, Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit., Raiti, *Note esegetiche a prima lettura...* cit.

⁵⁴ Lombardi, *Il nuovo processo civile...*, cit. 429.

lesione del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice, cioè dei principi che informano la nozione di giusto processo. Quindi, già secondo la giurisprudenza, non tutti i vizi endoprocessuali sono passibili di dar luogo a nullità⁵⁵. Conseguentemente, non comportando il n. 2 del 360 bis c.p.c. una riduzione della tipologia delle censure avanzabili ai sensi del n. 4 del 360, la portata deflattiva sarebbe demandata al vaglio preliminare di manifesta infondatezza⁵⁶.

4.4. La congiunta operatività dei parametri

Nelle riflessioni di due autori⁵⁷, entrambi i parametri previsti dall'art. 360 bis sono letti in un'ottica unitaria, la cui base comune è costituita dalla giurisprudenza consolidata, come "formante" del diritto.

Il diritto vivente è la materia viva alla luce della quale articolare la critica al provvedimento impugnato per le norme di diritto sostanziale e, nello stesso tempo, la materia viva da cui trarre i principi regolatori del giusto processo per la dedotta violazione di norme processuali. Il riconoscimento, a livello normativo⁵⁸, dello stretto legame tra giurisprudenza consolidata e criterio di decisione della controversia è stato reso possibile dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte negli ultimi anni, anche per opera delle innovazioni processuali del 2006, volte a favorire la nomofilachia. La giurisprudenza della Corte ha perseguito, in generale, la stabilità del diritto vivente e, rispetto alla violazione delle norme processuali, ne ha condotto una rilettura intesa a restringerne la portata invalidante quando non siano stati violati i principi regolatori del giusto processo. D'altra parte, l'espressione "principi" non rimanda a "norme", ma a "regole" che, in forza di interpretazione, debbano essere ritenute vigenti in funzione dello svolgimento del processo che rispetti quei principi. Così, rileva che la violazione di norme abbia determinato nel caso concreto la violazione dei principi regolatori del giusto processo, coerentemente con la natura strumentale delle norme processuali, che le rende cedevoli di fronte al valore della effettività della tutela giurisdizionale quando non ne abbiano concretamente condizionato i risultati⁵⁹.

⁵⁵ E' richiamata come emblematica la giurisprudenza in tema di nullità della notificazione di atti processuali e si ipotizza che possa essere dichiarata inammissibile per manifesta infondatezza la denuncia di nullità di sentenza ex art. 281 sexies, nella quale il dispositivo non sia stato letto in udienza.

⁵⁶ Si ipotizza che il n. 2 varrebbe in casi numericamente circoscritti, in relazione alla violazione del precetto della ragionevole durata in riferimento al procedimento dedotto a base della pretesa risarcitoria di cui alla legge n. 89 del 2001.

⁵⁷ Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione nella legge 69 del 2009: controriforma o completamento di una riforma?* Relazione al convegno sul Filtro in cassazione, Roma, 28 ottobre 2009; Consolo, *Intervento* al convegno Il "filtro" in Cassazione, Roma 28 ottobre 2009.

⁵⁸ Consolo, *Intervento...*, cit.

⁵⁹ Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione...* cit.

Il ruolo innovativo nell'ordinamento del riconoscimento normativo di tale legame emerge nell'analisi di chi⁶⁰ evidenzia che quanto richiesto dal 360 bis c.p.c. opera – non sul piano dei motivi deducibili nel ricorso, che rimangono inalterati, ma – come condizione per escludere che la Corte abbia il dovere di esaminare il <<fondo del ricorso>>, con ciò intendendosi il dovere di esaminare *funditus* il ricorso in pubblica udienza, emettendo sentenza, essendo sufficiente l'esame del ricorso alla luce della propria giurisprudenza, con la procedura semplificata della camera di consiglio e l'emissione di un'ordinanza di inammissibilità.

Ne riduce la portata, nell'ottica delle potenzialità deflazionistiche della norma introduttiva del filtro, chi⁶¹ ricorda che, rispetto alle questioni di diritto, la valutazione della manifesta infondatezza era già ben possibile ai sensi dell'art. 375 c.p.c. Invece, per le violazioni processuali il n. 2 può servire a sfrondare i ricorsi viziati da *errores in procedendo*, atteso che non ogni denuncia di violazione del contraddittorio (per esempio) può aprire la strada ad un esame; ma solo quella violazione che si mostri in concreto capace di alterare la garanzia del giusto processo, non rilevando il processo formalmente corretto⁶².

Una simile lettura sarebbe anche costituzionalmente compatibile con il settimo comma dell'art. 111 Cost. in relazione al bilanciamento tra questo, che garantisce il ricorso per cassazione per violazione di legge, e il diritto di azione tutelato dall'art. 24 Cost. . Se la giurisprudenza concorre alla costruzione dell'ordinamento, assicurandone l'effettività e a questa dà sostanza la prevedibilità - fattore quest'ultimo, insieme alla tempestività, fondamentale per l'esercizio della funzione giurisdizionale come servizio pubblico - allora è razionalmente giustificato un bilanciamento tra l'aspettativa del litigante ad una decisione del suo caso e il dovere di esame *funditus* del ricorso da parte del giudice di legittimità, a condizione che il ricorrente si faccia veicolo di una critica argomentata. In questo bilanciamento di valori si giustifica che il diritto della parte ad una decisione sul fondamento del ricorso trovi soddisfazione nei limiti in cui sono rispettate le condizioni richieste dalla clausola di filtro⁶³.

Un fondamento costituzionale dello stesso tenore è individuato sostenendo che, se il controllo di legalità e l'uniforme interpretazione del diritto ha una dimensione costituzionale, non si potrà disconoscere che il settimo comma dell'art. 111 Cost. garantisca il diritto del singolo al ricorso in cassazione, ma non ne impedisca il condizionamento ad esigenze, parimenti meritevoli di tutela,

⁶⁰ Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione...*cit.

⁶¹ Consolo, *Intervento...*, cit.

⁶² Consolo, *Intervento...*, cit., che, in riferimento al caso di prove testimoniali dichiarate inammissibili, afferma che deve essere cura del ricorrente dimostrare che cosa davvero l'ammissibilità di quella prova avrebbe potuto comportare, se fosse stata ammessa, secondo una ragionevole prognosi.

⁶³ Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione...*cit.

atteso che lo stesso diritto di azione, sancito dall'art. 24 Cost., può essere sottoposto a condizioni, purché non irragionevoli e rispondenti a prescrizioni costituzionali⁶⁴.

Indiretta conferma della costituzionalità dell'interpretazione qui esposta si trova nelle riflessioni di un altro autore, che sostiene la compatibilità costituzionale di un'ipotesi ben più radicale di filtro, *de iure condendo*, in base alla quale la Corte dovrebbe pronunciarsi solo quando la violazione di legge denunciata involgesse una questione di rilievo generale o fosse stata risolta in contrasto con orientamenti costanti⁶⁵.

5. Il filtro e la censura per vizio di motivazione

Molti degli autori esaminati si sono espressamente interrogati sul se e come debba essere verificata in fase di filtro la censura per vizio di motivazione.

Dalla comune considerazione che il filtro non può aver inciso sui motivi di ricorso di cui all'art. 360 c.p.c., nel senso che non può ritenersi espunto dai motivi quanto non trova esplicita corrispondenza nell'art. 360 bis c.p.c., si fa discendere la ricomprensione, talvolta dubitativa⁶⁶, del sindacato sul vizio di motivazione nel n. 2 dell'art. 360 bis, non potendo essere ricompreso nel precedente n. 1 in mancanza di una *quaestio iuris*⁶⁷.

Si aggiunge che ritenerlo escluso dal n. 2 significherebbe ammettere che tale motivo di censura non è soggetto ad alcun filtro, in contrasto con la *ratio* della nuova norma, con la conseguenza che basterebbe introdurre un tale motivo di censura per far passare indenne il ricorso dal filtro⁶⁸.

Da più parti, poi, si stabilisce un nesso stretto tra il vizio di motivazione e i principi regolatori del giusto processo in virtù dell'art. 111, sesto comma⁶⁹.

Le opinioni divergono a proposito dei termini di sindacabilità del suddetto vizio. Isolata è la posizione più radicale che, muovendosi nell'ottica della limitazione dei vizi deducibili attraverso

⁶⁴ Carpi, *Il tormentato filtro...* cit.

⁶⁵ Nella ricostruzione di questo autore, se il principio di uguaglianza è gravemente leso da difformi interpretazioni della stessa norma, se per assicurare la tendenziale uniforme interpretazione gli Stati costituzionali contemporanei hanno creato nelle corti supreme il vertice del sistema delle impugnazioni, se - affinché le corti supreme possano svolgere il loro ruolo - il numero dei ricorsi deve essere ridotto, altrimenti la stessa giurisprudenza della Corte diviene fonte di disorientamento, la costituzionalizzazione del ricorso per cassazione per violazione di legge è stato ritenuto dal costituente proprio funzionale all'attuazione del principio di uguaglianza, che può essere assicurato solo introducendo un idoneo filtro. Proto Pisani, *Sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione sistematicamente interpretata*, in F.I., 10, V, 2009, 380

⁶⁶ Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit.

⁶⁷ Briguglio, *sub art. 360 bis ...*, cit., 63.

⁶⁸ Briguglio, *sub art. 360 bis ...*, cit.

⁶⁹ Espressamente Carpi, *Il tormentato filtro...* cit., Settimg, *Considerazioni sull'art. 360 bis c.p.c. in relazione a giusto processo e vizi di motivazione*; indirettamente Briguglio, *sub art. 360 bis ...*, cit., 63, Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit.

l'introduzione del filtro, ritiene rientrante nel n. 2 solo la deduzione della radicale assenza di motivazione⁷⁰.

Contrapposta è l'opinione che ritiene sindacabile non sola la presenza grafica e sostanziale, ma anche la sufficienza e non contraddittorietà della motivazione⁷¹.

Talvolta la si fa derivare dalla mancata ricomprensione del difetto di motivazione nel catalogo del secondo comma dell'art. 111 Cost, in una con il suo fondamento nel sesto comma dello stesso articolo, che sarebbe strettamente legato al 360 n. 5⁷².

Talaltra, si mette in evidenza che, altrimenti, si avrebbe la surrettizia soppressione del n. 5 del 360; infatti, poiché l'inammissibilità per manifesta infondatezza riguarda i singoli motivi, il motivo per insufficienza e contraddittorietà sarebbe dichiarato inammissibile se presentato isolatamente; sarebbe invece scrutinato, ex art. 360 n. 5, se risultasse abbinato ad altro involgente una *quaestio iuris* in grado di superare il filtro del n. 1. Allora, il motivo del difetto di motivazione dovrà essere inammissibile perché manifestamente infondato se non denunci nessuno dei profili di cui al n. 5 del 360, o li denunci in modo astratto e inconferente, quando non si percepisca il fatto controverso⁷³.

Nel mezzo, l'opinione secondo cui, alla luce del filtro della non manifesta infondatezza, dovrà essere verificata l'inesistenza, la mera apparenza, la palese contraddittorietà della motivazione, mentre esorbita dai limiti dell'impugnazione di legittimità la verifica della sufficienza e della razionalità in ordine alle questioni di fatto⁷⁴.

Non manca chi, collocando la tecnica di esame del vizio sulla stessa linea su cui si è imposta la nuova disciplina del filtro al ricorso, ritiene che l'ottica deve essere volta a un sindacato stringente⁷⁵.

Da ultimo, c'è anche chi ritiene incostituzionale la norma, per violazione del 111, settimo comma, proprio perché impedirebbe il sindacato della motivazione insufficiente o contraddittoria⁷⁶.

6. Il filtro come requisito di contenuto-forma del motivo

Qualche autore si è soffermato sugli ulteriori requisiti formali che il ricorso deve ora avere per superare il filtro di inammissibilità.

In sostanza, quanto richiesto dall'art. 360 bis c.p.c. incide sulla forma del ricorso determinando la sanzione dell'inammissibilità per la mancata chiara indicazione degli elementi previsti dallo stesso.

⁷⁰ Rordorf, *Nuove norme in tema di...*, cit.

⁷¹ Carpi, *Il tormentato filtro...* cit.

⁷² Salmè, *Il nuovo giudizio ...*, cit.

⁷³ Briguglio, *sub art. 360 bis ...*, cit., 64.

⁷⁴ Settimj, *Considerazioni ...*, cit., Consolo, *Spiegazioni...*, cit., 516.

⁷⁵ Affinché un motivo di difetto di motivazione superi il vaglio di non manifesta infondatezza occorre che sia indicato il fatto controverso decisivo il cui accertamento presenti il vizio e ci sia l'argomentazione - ancorata agli atti del processo da cui risultano i fatti che avrebbero dovuto essere presi in esame, perché tali da imporre logicamente un diverso accertamento - che ne dimostri l'esistenza. Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione...* cit.

⁷⁶ Carratta, *Il "filtro" al...* cit., 1566.

Così, l'esposizione del motivo di ricorso, dovrà espressamente: dire che la questione sollevata è nuova; o indicare l'orientamento di cui si chiede il mutamento e le ragioni per le quali lo si invoca; indicare il contrasto tra la decisione impugnata e l'orientamento della Corte⁷⁷.

Questa esigenza è ricondotta alla funzione stessa del filtro⁷⁸ o al generale principio di autosufficienza⁷⁹.

In generale, si è anche proposto di recuperare nella prassi il quesito, come momento di sintesi della *quaestio iuris*, con indicazione dei precedenti arresti della Corte, quale esempio di dialogo tra la Corte e le parti⁸⁰.

7. Il giudizio di infondatezza sui singoli motivi e la decisione di inammissibilità sull'intero ricorso

Un filo comune che unisce tutti i primi commentatori della riforma è dato dalla consapevolezza che il giudizio richiesto è *sul merito* della controversia. Si parla generalmente di formulazione non felice e qualcuno⁸¹ è scettico sulla possibilità di qualificare infondatezza quel che la legge qualifica come inammissibilità; qualcun'altro ne trae conferma proprio dall'espresso rinvio alla manifesta infondatezza presente nel secondo parametro previsto dal legislatore.

Si afferma⁸² che nel nuovo art. 360 bis c.p.c. si ricorre alla categoria dell'inammissibilità in modo del tutto improprio e fuorviante, giacché essa, nella dogmatica processuale, e nell'uso normativo che da sempre ne viene fatto, sta ad indicare la carenza di un requisito processuale, di ordine formale o extraformale, che impedisce al giudice di pronunciarsi sul merito della controversia.

Una spiegazione dell'utilizzo della categoria della inammissibilità è individuata nella finalità di rendere più semplice la motivazione, potendo la Corte limitarsi a dare atto: che le questioni dedotte nel ricorso sono state risolte dal giudice *a quo* in modo conforme alla giurisprudenza della Corte; che nel ricorso non sono indicati argomenti nuovi⁸³.

Si ipotizza, pure, una rilevanza agli effetti della valutazione dell'eventuale responsabilità professionale dell'avvocato che ha proposto il ricorso, poi dichiarato inammissibile, molto più che se quel medesimo ricorso fosse stato respinto nel merito⁸⁴.

⁷⁷ Nella stessa direzione sembra andare Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione...*cit., quando afferma che compito delle parti è dar conto delle ragioni per cui la <<dottrina giurisprudenziale della Corte>> non si attaglia al caso concreto o debba essere modificata.

⁷⁸ Frasca, *Intervento al convegno Il "filtro" in Cassazione*, Roma 28 ottobre 2009, Aula Magna S.C. di Cassazione.

⁷⁹ Salmè, *Il nuovo giudizio ...*, cit.

⁸⁰ Consolo, *Intervento...*, cit.

⁸¹ Poli, *Intervento...*cit.

⁸² Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

⁸³ Balena, *La nuova pseudo-riforma...*, cit., Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

⁸⁴ Graziosi, *Riflessioni in ordine sparso...*, cit.

Pacifico è pure che la decisione di inammissibilità riguarda l'intero ricorso e va pronunciata quando sussistono le condizioni di manifesta infondatezza rispetto a tutti i motivi di ricorso.

8. La dottrina e l'art. 111 Cost.: qualche profilo di interesse rispetto ai problemi aperti dall'art. 360 bis c.p.c.

La presente indagine, limitata, senza alcuna pretesa di completezza e, naturalmente, con forti margini di opinabilità soggettiva, si pone l'obiettivo di isolare, nel contesto quasi senza confini delle pubblicazioni in materia, alcuni profili che appaiono di interesse in considerazione degli interrogativi che l'introduzione del filtro al giudizio di cassazione ha provocato tra gli studiosi e gli operatori del diritto, allo scopo di fornire ulteriori elementi di riflessione e dibattito.

8.1. Il ricorso in cassazione per violazione di legge

Preso atto che molti degli autori esaminati nutrono forti dubbi di compatibilità costituzionale, legati alle ipotizzate limitazioni all'accesso al giudizio di legittimità, è sembrato opportuno verificare la portata della previsione di cui al comma settimo dell'art. 111 Cost. .

Tra gli studiosi dell'argomento, si è scelto di dare risalto ad una interpretazione⁸⁵ che esalta l'originaria funzione nomofilattica assegnata dal costituente al ricorso in cassazione per violazione di legge.

Tale opinione svolge una serrata critica all'interpretazione garantista, fatta propria dalla stessa Corte di cassazione a partire da tempi lontani. Mette in luce che la stessa ha creato (attraverso l'aumento del carico di lavoro) il risultato paradossale di mettere in discussione la possibilità di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge che il costituente⁸⁶ perseguiva. In sostanza, la funzione di controllo posta a difesa del diritto obiettivo è stata oscurata dalle esigenze di tutela del diritto soggettivo, a presidio della quale si è eretta un'interpretazione del secondo comma (attuale settimo) dell'art. 111 Cost., che ha trasformato la cassazione in giudice di terza istanza.

L'autore si sofferma, inoltre, sull'obbligo di motivazione previsto dal primo comma (attuale sesto) dallo stesso art. 111 Cost. Rileva che, alla cassazione spetterebbe l'attuazione del principio di subordinazione del giudice alla legge e la motivazione costituirebbe il tramite per il controllo dell'autorità centrale sul giudice. Pertanto, l'obbligo sarebbe ristretto alla esposizione delle ragioni di diritto e avrebbe portata più limitata rispetto alle previsioni processuali ordinarie.

⁸⁵ Denti, *Art. 111 Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli 1987.

⁸⁶ Secondo la ricostruzione di questo autore, dal dibattito, sia in sede di commissione che di assemblea, si ricava che il ricorso per cassazione contro le sentenze è basato sul valore della <<unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale>>, per usare le parole del progetto Calamandrei, mentre il ricorso avverso i provvedimenti sulla libertà personale tende alla realizzazione di una sorta di versione continentale dell'*habeas corpus*, come garanzia individuale.

8.2. La riforma dell'art. 111 Cost. e le garanzie costituzionali preesistenti alla riforma

Dato il ruolo che giocano i principi regolatori del giusto processo nel parametro di giudizio individuato dall'art. 360 bis c.p.c., è parso opportuno dare sinteticamente conto delle riflessioni della dottrina intorno all'art. 111 Cost., nel rapporto con le garanzie costituzionali preesistenti alla riforma del 1999.

A fronte dell'introduzione nell'ordinamento italiano della categoria del giusto processo e dell'elencazione di alcuni principi che lo rendono tale, quali, oltre alla riserva di legge, quello del contraddittorio, della condizione di parità, della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata del processo, è stato naturale chiedersi in che rapporto essi fossero con le garanzie costituzionali garantite dagli artt. 3, 24, 25, 101 Cost.

Da subito si sono affermate tesi diversificate: così, a fronte di una posizione riduttiva di chi ha ritenuto i primi due nuovi commi dell'art. 111 Cost. meramente riassuntivi delle garanzie processuali già costituzionalizzate da altre norme della nostra Carta fondamentale, si è contrapposta la tesi di chi ha riscontrato una fondamentale indicazione di metodo, consistente nella necessità di porre le varie garanzie costituzionali in relazione le une con le altre, e, ciascuna, in rapporto di interdipendenza con le insopprimibili esigenze di efficienza dell'apparato giudiziario⁸⁷.

Il filo comune a tutte le riflessioni, sia che riguardino gli istituti del processo civile ordinario, o i suoi vari modelli procedimentali speciali, ovvero il processo fallimentare o tributario, è dato dall'approccio dal punto di vista costituzionale; per verificare la percorribilità di interpretazioni costituzionalmente orientate o per prospettare questioni di illegittimità costituzionale⁸⁸.

8.2.1. Portata innovativa del riformato art. 111 Cost., principi regolatori del giusto processo e istituti con cui interferiscono

Considerato che, ai fini dell'applicazione del filtro, rileva l'individuazione (sulla base della giurisprudenza), dei principi del giusto processo rispetto ai quali valutare se la violazione delle singole norme processuali li intacchi o meno, può essere d'interesse la prospettiva relazionale tra i principi approfondita da alcuni autori, nonché la ricognizione da questi compiuta di quegli istituti che con i principi interferiscono.

⁸⁷ Per una recente sintesi, Vignera, *Giusto processo e riti speciali*, (AA.VV.), Giuffrè, 2009, 5 ss.

⁸⁸ Bodrito-Marcheselli, *Giusto processo e riti speciali*, (AA.VV.), Giuffrè, 2009, per una dettagliata analisi del processo tributario e Vignera, *ibidem*, per il procedimento monitorio, nonché Bove, *Art. 111 Cost. e <<Giusto processo civile>>*, in Riv dir. proc, 2002, 479 ss., su molti istituti e procedimenti.

Se è vera la distinzione⁸⁹ tra principi e regole, nel senso che i primi sono disposizioni normative ad elevato grado di genericità applicabili nella forma del <<più o meno>>, quindi con la massima espansione o restrizione, e le seconde sono, invece, ad elevata specificità applicabili nella forma del <<tutto o niente>>, quindi destinate ad essere o no attuate, senza possibilità intermedie, costituendo principi quelli fissati dal secondo comma dell'art. 111 Cost., può tornare utile la prospettiva di chi li analizza relazionalmente perché questo percorso – che è normalmente il compito del legislatore ordinario in sede di attuazione – potrà essere utilizzato dalla Corte nel momento della valutazione dell'impatto di tali principi con le singole norme di cui il ricorrente assume la violazione.

Diffusa è la tesi che qualunque processo (modello o tipo) è giusto solo se la legge abbia dato adeguata attuazione a tutte le condizioni minime coesenziali che in base al secondo comma dell'art. 111 Cost. si intendono, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti⁹⁰.

La prospettiva scelta da molti autori è quella secondo cui i principi, prima ricavabili da altre norme in chiave di diritti soggettivi delle parti, diventano con il nuovo art. 111 Cost. canoni oggettivi della funzione giurisdizionale, garanzie del processo da interpretare in modo da coglierne il significato relazionale, con la conseguenza che è più pregnante la possibilità della combinazione ai fini del contemperamento dei valori costituzionali.

In questo contesto sono esaminati⁹¹, secondo quanto sinteticamente si riferirà in seguito, il contraddittorio come garanzia di ordine oggettivo, il contraddittorio e la prova, il contraddittorio e la norma giuridica, la terzietà e imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo.

Il contraddittorio come garanzia di ordine oggettivo, inserita fra le garanzie oggettive e strutturali concernenti la giurisdizione, viene collocata in una dimensione di contemporaneità bilaterale bilanciata. In tale prospettiva, il procedimento per ingiunzione, al pari di ogni altro giudizio in cui siano regolate dalla legge la configurabilità di un contraddittorio eventuale e differito, viene ritenuto giusto, in conformità ai principi da tempo consolidati: difesa differita come effettiva possibilità tecnica di difesa; differimento della difesa e del contraddittorio entro i limiti di fasi diverse dello stesso grado di giudizio. Le stesse considerazioni valgono per altri modelli processuali la cui prima fase si svolga o si possa svolgere, inaudita altera parte, ma ad iniziativa dell'interessato possa essere seguita da un giudizio a cognizione piena e contraddittorio integro.

Il contraddittorio e la prova. Dalla valenza sistematica, quantomeno rafforzativa di principi già affermati, sono fatti derivare corollari quali la necessità di adeguato contraddittorio in ordine alle risultanze di tutte le prove. Le prove che non si siano formate in giudizio nel contraddittorio fra le

⁸⁹ Ferrua, *Legge Cost. n. 2 del 1999*, in Branca, Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli 2006, 87.

⁹⁰ Parla, invece, di catalogo aperto di principi, Vignera, *Giusto processo e riti ...*, cit., 12.

⁹¹ Comoglio, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in NGCC, 2001; Comoglio, *Etica e tecnica del giusto processo*, Giappichelli, 2004.

parti in esso costituite sono ritenute ammissibili, ma – se si eccettuano le prove documentali tipiche, nei limiti in cui esplicano efficacia di prova legale – sono utilizzabili solo con efficacia probatoria attenuata o secondaria⁹². Possono essere contrastate con ogni mezzo di prova diversa e contraria che sia a disposizione delle parti o del giudice. La sanzione di nullità assoluta e insanabile, derivante dal mancato rispetto del contraddittorio preventivo, che rappresenta lo scopo fondamentale tipico della maggior parte degli atti processuali, trova in tal modo copertura costituzionale nel nuovo 111 Cost.. Rispetto alla garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa tecnica, dopo il riconoscimento del rilievo all'evento interruttivo della morte del difensore nel processo di cassazione⁹³, sono individuate altre ipotesi in cui, in applicazione dello stesso principio e mediante lo stesso rimedio dell'intervento officioso della Corte, l'interruzione dovrebbe operare con riferimento al difensore⁹⁴.

Il contraddittorio e la norma giuridica. Sulla base del nuovo art. 111 Cost., risulta rafforzato l'obbligo del giudice di un preventivo contraddittorio delle parti in ordine a ogni questione, di rito o di merito, di fatto o diritto, pregiudiziale o preliminare che sia dotata di incidenza decisoria. Si impone il dovere costituzionale di provocare il preventivo contraddittorio. Quello disciplinato dagli art. 183-184 c.p.c. non sarebbe un potere discrezionale, ma un potere-dovere, il cui mancato esercizio implica un vizio *in procedendo*, sempre che, oltre al vizio di attività, ricorra il pregiudizio concretamente subito dalla parte⁹⁵.

La terzietà e imparzialità del giudice, è affrontata come rilevante novità, anticipata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, dalla quale deriverebbero notevoli ricadute nell'ambito del processo civile. Alla stregua del rafforzamento delle garanzie soggettive e individuali previste dall'art. 25 Cost., in sinergia con le garanzie di tipo strutturale consacrate nei commi primo e secondo del nuovo art. 111 Cost. e dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, si sostiene l'ampliamento delle incompatibilità del giudice e delle ipotesi di obbligatorietà della sua astensione⁹⁶.

La ragionevole durata del processo, riconosciuto che il precetto – nella sua valenza interna ed esterna – è prevalentemente rivolto al legislatore, oltre che al giudice come parametro di orientamento nell'esercizio dei poteri di direzione del processo, è analizzata nell'ottica della compatibilità costituzionale di alcune norme processuali. In particolare, in riferimento agli istituti che, nel disciplinare forme, cadenze, tempi, rendono possibili eventuali abusi ad opera di una parte a danno dell'altra, nonché un irrazionale allungamento della sua durata ed un aggravamento dei suoi costi,

⁹² Indizi o fatti noti ex art. 2727 cc. o argomenti di prova, 111, secondo comma e 310, terzo comma c.p.c.

⁹³ Cass. s.u. n. 477 del 2006.

⁹⁴ Pofi, *L'interruzione nel processo di Cassazione: prospettive evolutive*, in Giust. cv., 2007, 7-8, 1755

⁹⁵ Su queste tematiche, quale nucleo forte del diritto di azione e difesa, Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo*, in F.I., 2000; Giordano, *La sentenza della "terza via" e le "vie" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice civile*, in Giur. it., 2009, 4, 910.

⁹⁶ Molte delle ipotesi ipotizzate sono state poi modificate dal legislatore.

senza consentire al giudice l'esercizio di adeguati poteri direttivi, controllo e stimolo⁹⁷. Si mette, infine, in risalto che dall'art. 111 Cost. deriva all'interprete l'obbligo di scegliere, nella ricostruzione degli istituti, quella più adeguata all'esigenza della ragionevole durata e si fanno gli esempi della sospensione necessaria e della decisione nel merito da parte della cassazione⁹⁸.

⁹⁷ Comoglio, *Le garanzie fondamentali*...., cit., 28.

⁹⁸ Bove, *Art. 111 Cost.*, cit.

CAP. I

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLE VIOLAZIONI PROCESSUALI ED I PRINCIPI REGOLATORI DEL GIUSTO PROCESSO

1. Il contraddittorio ed il diritto alla difesa nel sistema delle impugnazioni civili.*(Aldo Carrato)*

E' indubbio che il nuovo art. 360 bis n. 2 cod. proc. civ., nel sanzionare con l'inammissibilità il ricorso che presenti censure manifestamente infondate relative alla violazione dei "principi regolatori" del giusto processo, intenda rivolgersi a quei vizi che incidano su tali principi essenziali che si manifestino in ogni stato e grado del processo e, quindi, anche nell'ambito delle impugnazioni.

Posto che l'art. 360 bis, senza influire sul disposto generale dell'art. 360 cod. proc. civ. inerente l'individuazione dei singoli motivi di ricorso per cassazione (che, perciò, non hanno subito alcun ampliamento), investe essenzialmente la categoria degli "errores in procedendo" riconducibili al n. 4 dello stesso art. 360 (pur occupandone, inevitabilmente, uno spazio minore), ci si è chiesto quale sia, però, il suo raggio di operatività in funzione dell'esplicazione della funzione selettiva dei ricorsi a cui si è ispirata l'introduzione della medesima disposizione normativa a salvaguardia dell'esigenza, ormai indifferibile, di garantire un controllo preventivo sull'accesso al giudizio di legittimità. La scelta è chiaramente quella di limitare tale accesso, sul piano dell'ammissibilità, ai ricorsi realmente in grado di comportare un mutamento effettivo dei precedenti indirizzi giurisprudenziali (come è palesato dal nuovo requisito di ammissibilità previsto nel n. 1) dello stesso art. 360 bis, nell'ottica di conferire un rinnovato ruolo di "fonte" del diritto alla produzione giurisprudenziale e di favorire la propensione alla tendenziale stabilità giurisprudenziale come fattore di tutela del principio di effettività della garanzia giurisdizionale) ed ai ricorsi le cui doglianze non si presentino manifestamente infondate avuto, appunto, riguardo ai principi essenziali che connotano il "giusto processo" e che non possono sfuggire al sindacato pieno di legittimità con la garanzia della trattazione ordinaria, quando le censure dedotte con il ricorso evidenziano che la norma processuale violata sia idonea ad incidere sulla base fattuale della decisione impugnata.

Si è ricordato nel dibattito scientifico che è intervenuto all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo art. 360 bis cod. proc. civ. che l'espressione "giusto processo", valorizzata da detta norma ponendo appunto riferimento alla rilevanza della violazione degli inerenti "principi regolatori" allo scopo

della valutazione di ammissibilità del ricorso in sede di legittimità, può essere ricondotta a tre modelli: quello conforme ai principi costituzionali, quali desumibili dalla Costituzione e soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale anteriormente alla novellazione dell'art. 111 Cost.; quello conforme ai principi della Convenzione sui diritti dell'uomo, elaborati ed applicati dalla CEDU in relazione all'art. 6 della Convenzione stessa (secondo cui il disposto di tale articolo è suscettibile di violazione non soltanto laddove siano irragionevoli le modalità tecniche di esercizio dei poteri processuali, ma anche nei casi in cui la configurazione delle posizioni giuridiche sostanziali, nella sua incidenza sulla possibilità di dedurre l'esistenza in giudizio, sia tale da pregiudicarne la tutela), nonché dalla giurisprudenza nazionale in applicazione della L. 24 marzo 2001, n. 89; quello, infine, conforme al modello deducibile dal nuovo art. 111, e, segnatamente, dal comma 2, come introdotto per effetto della legge costituzionale n. 2 del 1999. Da tale inquadramento si desume che fino al 31 dicembre 1999, la disciplina processuale doveva garantire: il diritto di azione e di difesa, anche nei confronti della P.A., ai sensi degli artt. 24, commi 1 e 2, e 113 Cost.; l'uguaglianza formale e sostanziale delle parti, in virtù dell'art. 3, commi 1 e 2, Cost.; la precostituzione per legge di un giudice "naturale" ai sensi dell'art. 25 Cost.; l'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del singolo giudice, ai sensi degli artt. 101 e segg. Cost.; la ricorribilità per cassazione per effetto della precedente versione del comma 2 dell'art. 111 Cost.. In dipendenza di questo sistema normativo di rango costituzionale, il giudice delle leggi, in una delle sue ultime pronunzie (Corte Cost. 11 febbraio 1999, n. 26) antecedenti all'intervento normativo costituzionale che ha inciso sull'art. 111 Cost., aveva individuato "le garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute" nella "possibilità del contraddittorio", nella "stabilità del decisione" e nella "impugnabilità con ricorso per cassazione". Dal 1° gennaio 2000, ovvero dall'entrata in vigore del nuovo art. 111 Cost., alla stregua del suo secondo comma, il processo, affinché possa qualificarsi "giusto", deve essere "regolato dalla legge", deve svolgersi "nel contraddittorio tra le parti", "in condizioni di parità", "davanti a un giudice terzo e imparziale", sottolineandosi, altresì, che "la legge ne assicura la ragionevole durata", così esaltandosi, sul piano costituzionale, anche il valore della efficienza della disciplina del processo. In recenti decisioni della Corte costituzionale (ordd. n. 221 del 2008 e n. 170 del 2009), che hanno cercato di individuare il modello processuale rispettoso della "regola del giusto processo", si è posto in risalto che non viola tale regola il sistema processuale che: assicuri il rispetto del principio del contraddittorio; lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria; la possibilità di avvalersi della difesa tecnica; la facoltà dell'impugnazione – sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità – della decisione assunta; l'attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità (quanto meno "allo stato degli atti").

In questo rinnovato contesto costituzionale conseguito alla novellazione dell'art. 111 Cost. il diritto di difesa e il diritto delle parti al contraddittorio in una condizione di parità continuano, pertanto, a conservare un ruolo centrale ed ineludibile nelle garanzie da tutelare nella dinamica processuale (cfr., da ultimo, Corte Cost. sent. n. 56 del 2009).

La garanzia del diritto di difesa (che si coniuga con quello di azione), tutelato dall'art. 24 Cost., opera attribuendo la piena tutela processuale delle situazioni giuridiche soggettive nei termini e nelle configurazioni che queste derivano dalle norme del diritto sostanziale e trova, quindi, i propri confini nel contenuto del diritto al quale è strumentale, modellandosi sui concreti lineamenti che questo riceve dall'ordinamento (ord. Corte Cost. n. 84 del 2007). In questa prospettiva la tutela di tale diritto, in funzione del soddisfacimento dell'esigenza di dar vita ad un processo giusto, deve essere indirizzata a sfociare, per quanto possibile, in una pronuncia di merito e la sua violazione può evincersi soltanto da un suo "sostanziale impedimento" (cfr. sent. Corte Cost. n. 237 del 2007). Tale diritto è da intendersi assicurato anche dalla sostanziale parità di efficacia degli strumenti processuali predisposti, a seconda delle posizioni, con riguardo alla consistenza dei diversi interessi dedotti in giudizio e tra i fondamentali poteri in esso insiti si annoverano quelli relativi all'allegazione e contestazione delle difese avverse, alla deduzione di prove e alla modificazione delle proprie domande in conseguenza delle difese di controparte, che bisogna garantire anche nei gradi successivi a quello di prima istanza. Si ricorda, altresì, che, in un'ottica generale, il principio costituzionale della giusta durata del processo (nel senso della sua "ragionevolezza"), sancito dal nuovo art. 111 Cost., che può essere attuato mediante la previsione di termini processuali di decadenza, va sempre coordinato, dal legislatore come dall'interprete, con la garanzia costituzionale del diritto di difesa, che deve trovare effettiva attuazione perché si realizzi, nella ragionevole durata, il "giusto processo" garantito dallo stesso art. 111. In tale contesto va rilevato che, quando il legislatore statuisce che un termine processuale di decadenza decorra dal verificarsi di un determinato atto o fatto, l'interprete non può sostituirne la decorrenza con altro fatto o atto diverso, ancorché ad effetti in qualche misura analoghi o equivalenti, senza compromettere l'esatta osservanza del criterio interpretativo stabilito dall'art. 12 disp. gen. (prel. cod. civ.), in connessione con il principio costituzionale di effettività del diritto di difesa, il quale ammette che tale diritto possa essere sottoposto a termini di decadenza, ma impone, affinché non ne risulti svuotato, non solo che essi siano congrui nella durata, ma anche rapportati - quanto al "dies a quo" - ad un fatto o atto specifico, predeterminato dalla legge, che il soggetto onerato, a quel momento, conosce o, secondo legge, avrebbe dovuto conoscere.

Il principio correlato della tutela del diritto al contraddittorio viene classificato come garanzia minima ed indefettibile di ogni processo giurisdizionale (sia nel momento della sua instaurazione

che del suo sviluppo successivo) da inquadarsi in un contesto non puramente astratto ed ipotetico bensì effettivo (sent. Corte Cost. n. 321 del 2007), che deve trovare modo di dispiegarsi in virtù di una necessaria conoscenza ed ufficialità del giudizio, le cui eventuali preclusioni non violano il “giusto processo” a condizione, appunto, che sia salvaguardato il principio di parità e di contraddittorio tra le parti, e quindi, il diritto di tutte le parti coinvolte nel rapporto giuridico sostanziale dedotto in controversia di avere la possibilità di svolgere un ruolo attivo nel processo di cui dovranno subire gli effetti.

Con specifico riguardo alla disciplina delle impugnazioni si deve ricordare, sul piano generale ed in virtù della univoca interpretazione della giurisprudenza costituzionale (cfr., tra le tante, Corte Cost. sent. n. 228 del 1997; ord. n. 585 del 2000; ord. n. 84 del 2003; ord. n. 107 del 2007; sent. n. 144 del 2008), che la previsione della necessità di un “doppio grado di giurisdizione” (di merito) non forma oggetto di un’autonoma garanzia costituzionale (all’infuori del processo amministrativo), né il nuovo art. 111 Cost. lo ha preso in considerazione come tale, ragion per cui il relativo principio non può considerarsi rientrante tra i principi regolatori del “giusto processo”.

Malgrado l’imprescindibilità dell’osservanza dei suddetti diritti fondamentali della difesa e del contraddittorio tra le parti (in una condizione di effettiva parità nell’esplicazione dei reciproci poteri processuali), l’evoluzione della giurisprudenza della Corte di legittimità successiva all’entrata in vigore del nuovo secondo comma dell’art. 111 Cost., in cui è stato valorizzato come principio orientativo della valutazione di costituzionalità delle norme processuali quello della “ragionevole durata del processo”, ha portato a riparametrare i confini di effettiva rilevanza patologica delle violazioni ricollegabili alla violazione dei due diritti in discorso.

Muovendosi in tale ottica la più recente giurisprudenza di legittimità ha sottolineato che l’esigenza del soddisfacimento del suddetto principio costituzionale della ragionevole durata del processo impedisce al giudice di adottare decisioni che, senza utilità per il diritto di difesa o per il rispetto del contraddittorio, comportino l’inutile allungamento dei tempi del giudizio (v., ad es., Cass., sez. 3, n. 15895 del 2009). In altri termini, pur rimarcandosi la necessità essenziale del rispetto del principio del contraddittorio nel corso e nei vari gradi del processo in cui si discute e si debba decidere in ordine a diritti sostanziali o a posizioni comunque giuridicamente protette anche in funzione della piena esplicazione del correlato diritto di difesa, la giurisprudenza della S.C. (cfr., per tutte, Cass., sez. un., n. 26373 del 2008), proprio nell’ottica della valorizzazione del principio del giusto processo (inquadrate sotto un profilo sostanziale e non meramente formalistico) in rapporto a quella della sua ragionevole durata, tende ad esigere la prospettazione di una lesione effettiva e comprovata del

contraddittorio, che cioè consenta - in caso di suo positivo accertamento - l'utile recupero di poteri processuali spettanti alle parti, e, nel contempo, privilegia un'interpretazione del nuovo art. 111, comma 2, Cost. (anche in rapporto agli artt. 6 e 13 della CEDU) tale da imporre al giudice di evitare e 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 attività processuali e formalità superflue perché, appunto, non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal **rispetto effettivo** del principio del contraddittorio (oltre che – come già evidenziato - da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità dei soggetti nella cui sfera giuridica il provvedimento finale è destinato a produrre la sua efficacia).

Una chiave di lettura che consente un appropriato coordinamento tra l'art. 360 e il nuovo art. 360 bis n. 2 cod. proc. civ. induce a considerare che il nuovo requisito di ammissibilità riconducibile all'apprezzamento della sussistenza della violazione dei principi regolatori del giusto processo identificanti con la tutela del diritto di difesa e del diritto del contraddittorio debba implicare una rigorosa e selettiva valutazione della sussistenza, in concreto, della principale condizione dell'impugnazione, ovvero dell'interesse ad impugnare (che si affianca - assumendo, però, oggi un valore prevalente - a quelli tradizionali dell'esistenza del provvedimento obiettivamente impugnabile e a quello della legittimazione ad impugnare), con la conseguenza che (cfr. Cass., sez. 3, sent. n. 12122 del 2003 e, da ultimo, sent. n. 24532 del 2009) non tutti gli "errores in procedendo" incidenti sui suddetti diritti sono idonei a condurre alla cassazione della sentenza del provvedimento impugnato, ma solo quelli che sono suscettibili di arrecare un concreto pregiudizio ai diritti di azione e di difesa delle parti e, quindi, alla piena ed indefettibile esplicazione del contraddittorio (che, perciò, dovrebbero essere – come già implicato dalle osservazioni precedenti - i soli ad avere l'attitudine a superare il vaglio di ammissibilità imposto dal citato art. 360 bis n. 2).

In questa ottica deve, pertanto, essere valorizzato (ferma rimanendo l'applicabilità, in via pregiudiziale, del quadro delle categorie sanzionatorie riconducibili alle conseguenze dell'inammissibilità e improcedibilità del ricorso per cassazione, nelle ipotesi previste dalla legge, per difetto dell'osservanza di adempimenti procedurali che non possono considerarsi in contrasto con le regole che devono improntare il "giusto processo" e non ostacolano apprezzabilmente l'esercizio del diritto di difesa: cfr., ad es., Cass., ord., n. 22108 del 2006 e, più recentemente, Cass., sez. un., ordd. nn. 9004-9005 e 9006 del 2009) il nuovo corso della giurisprudenza di legittimità volto ad una rilettura delle norme sul processo. Con essa è venuto ad assumere un significato pregnante l'orientamento inteso a restringere la portata invalidante della violazione di queste norme ai casi in cui risulti che una soluzione della causa, in sé conforme a diritto per quanto attiene alla

materia controversa, sia stata raggiunta in virtù della violazione dei principi regolatori del giusto processo e, segnatamente, per quanto rileva in questa sede, dei principi riconducibili al diritto di difesa ed al diritto al contraddittorio, sulla scorta dell'assorbente ragione che solo una decisione attinta in violazione di tali principi comporta la caducazione della base legale di acquisizione al processo degli elementi di fatto su cui il giudice deve fondare la decisione medesima.

Prendendo le mosse da questa impostazione di fondo, ad esempio, assumeranno rilievo, ai fini della possibile declaratoria di ammissibilità del ricorso di legittimità per difetto della manifesta infondatezza delle censure siccome incidenti, secondo la precisata necessità della concreta violazione dei principi regolatori, sull'effettività del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, le doglianze relative:

- nella fase di instaurazione del giudizio di impugnazione, alla nullità assoluta od inesistenza dell'atto di radicamento del contraddittorio (quando la controparte non si sia costituita volontariamente, provocando la sanatoria del vizio, se del caso previa rimessione in termini), in relazione anche alle relative modalità di notificazione, o alla necessità dell'integrazione del contraddittorio nei confronti delle parti pretermesse, qualora emerga dagli atti processuali tale loro qualità e non siano state poste nelle condizioni di conoscere l'avvenuta introduzione del gravame (v. Cass., sez. 2, sent. n. 25305 del 2008), sul presupposto che la loro partecipazione abbia l'attitudine ad incidere sul possibile diverso esito sostanziale della causa (che non sia stata risolta con una diversa pronuncia processuale, di natura pregiudiziale, assorbente dell'indispensabilità di garantire la suddetta estensione del contraddittorio);

- nella fase di trattazione dell'appello, quando il giudice ritenga, ai sensi del nuovo ultimo comma dell'art. 101 cod. proc. civ. (applicabile in sede di gravame in virtù del richiamo operato nell'art. 359 cod. proc. civ.), di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, senza assegnare alle parti i prescritti termini per lo svolgimento delle rispettive difese scritte (v., in tal senso, già Cass., sez. 3, sent. n. 21108 del 2005 e Cass., sez. 2, sent. n. 15194 del 2008), oppure quando acquisita la cognizione, dopo l'avvenuta costituzione dell'appellante (o del ricorrente in cassazione) e prima dell'udienza di discussione, dell'intervenuta morte dell'unico difensore dell'impugnante (mediante l'attestazione della relata di notifica di un avviso endoprocessuale), la causa venga ugualmente decisa senza mettere il suddetto impugnante personalmente nelle condizioni di sostituire il precedente difensore (v. Cass., sez. un., sent. n. 477 del 2006), oppure, ancora, quando, malgrado la dimostrata non imputabilità della formazione di decadenze processuali a svantaggio di una parte, questa, dopo averne fatto legittima richiesta, non sia stata rimessa in termini

per recuperare l'esercizio dei diritti-poteri processuali alla stessa spettanti per legge (alla stregua del nuovo ultimo comma dell'art. 153 cod. proc. civ., alla cui introduzione ha corrisposto l'abrogazione della più ristretta previsione del precedente art. 184 bis del medesimo codice di rito);

- nella fase decisoria in appello (art. 352 cod. proc. civ.), quando il giudice impedisce la piena esplicazione dei diritti in discorso (di difesa e del contraddittorio), non consentendo, ad esempio, il rituale deposito delle comparse conclusionali e delle rispettive memorie di replica, decidendo direttamente la causa, non assegnando detti termini o provvedendo, anticipatamente rispetto alla loro scadenza, all'emanazione della sentenza (cfr. Cass., sez. 3, n. 4805 del 2006 e Cass., sez. 2, sent. n. 14657 del 2008).

Inoltre, con riguardo, in generale, all'individuazione del potere di controllo delle nullità (non sanabili o non sanate), esercitabile in sede di legittimità, mediante proposizione della questione per la prima volta in tale sede, ovvero mediante il rilievo officioso da parte della Corte di cassazione, va ricordato che esso è stato ritenuto (cfr., per tutte, Cass., sez. un., sent. n. 26019 del 2008) compatibile con il sistema delineato dall'art. 111 della Costituzione, allorché si tratti di ipotesi concernenti la violazione del contraddittorio - in quanto tale ammissibilità consente di evitare che la vicenda si protragga oltre il giudicato, attraverso la successiva proposizione dell'*actio nullitatis* o del rimedio impugnatorio straordinario ex art. 404 cod. proc. civ. da parte del litisconsorte pretermesso - ovvero di ipotesi riconducibili a carenza assoluta di "potestas iudicandi" - come il difetto di *legitimatio ad causam* o dei presupposti dell'azione, la decadenza sostanziale dall'azione per il decorso di termini previsti dalla legge od il divieto di frazionamento delle domande (per il quale la legge prevede la declaratoria di improcedibilità in ogni stato e grado del procedimento) -; in tutte queste ipotesi, infatti, si prescinde da un vizio di individuazione del giudice, poiché si tratta non già di provvedimenti emanati da un giudice privo di competenza giurisdizionale, bensì di atti che nessun giudice avrebbe potuto pronunciare, difettando i presupposti o le condizioni per il giudizio. Tale compatibilità con il principio costituzionale della durata ragionevole del processo va, invece, esclusa in tutte quelle ipotesi in cui la nullità sia connessa al difetto di giurisdizione del giudice ordinario e sul punto si sia formato un giudicato implicito, per effetto della pronuncia sul merito in primo grado e della mancata impugnazione, al riguardo, dinanzi al giudice di appello (v., sul punto, la fondamentale e innovativa Cass., sez. un., sent. n. 24883 del 2008).

In definitiva, l'interesse ad impugnare in sede di legittimità deve essere apprezzato, anche in funzione della valutazione selettiva codificata nell'art. 360 bis n. 2) cod. proc. civ., in relazione all'utilità concreta derivabile alla parte dall'eventuale accoglimento dell'impugnazione, cosicché

essa dovrà considerarsi inammissibile ogni qualvolta sia diretta all'emanazione di una pronuncia priva di rilievo pratico, in cui, cioè, la lesione dei diritti di difesa e di contraddittorio – deducibile sotto forma di “errores in procedendo” - non abbia comportato la violazione della garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, con la conseguenza che il riconoscimento del loro recupero non sia in grado di incidere diversamente sulla soluzione sostanziale della controversia.

2. Il contraddittorio ed il diritto alla difesa nel giudizio di primo grado. (Maria Acierno)

Il principio del contraddittorio nelle fonti costituzionali e nell'art. 6 CEDU; caratteristiche essenziali: effettività e concretezza.

L'inclusione incontestabile del principio del contraddittorio e del diritto di difesa che ne costituisce un profilo insopprimibile, nell'alveo dei principi regolatori del processo, non solo civile, si desume sul piano delle fonti costituzionali dagli articoli 24, secondo comma (“la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”), e 111, primo e secondo comma (“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” // “ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità...”). Lo sviluppo e l'articolazione del principio si rinviene non solo nell'impianto del sistema processuale interno (art. 101 cod. proc. civ., recentemente integrato dal principio secondo il quale il giudice non può porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio se non l'ha sottoposta al vaglio del contraddittorio), ma anche in discipline normative relative a settori, quali il diritto di famiglia e dei minori, caratterizzate dalla diretta incidenza dell'intervento giudiziale sui più rilevanti diritti fondamentali. Ci si riferisce in particolare all'audizione del minore, prevista nell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo (ratificata in Italia con la l. n. 77 del 2003) e ribadita nell'art. 155 *sexies* cod. civ., introdotto mediante la legge n. 54 del 2006 (legge sull'affido condiviso), che in una recentissima sentenza delle S.U. (n. 22238 del 2009) è stata ritenuta una scansione necessaria ed ineliminabile dei procedimenti riguardanti l'affidamento dei minori proprio in funzione dell'effettività e concretezza del principio del contraddittorio. Il minore, secondo la Corte, pur non essendo parte in senso formale, deve essere ascoltato a meno che ciò non contrasti col suo superiore interesse o non sia sconsigliabile per l'assenza del discernimento ma, anche in tal caso, il giudice è tenuto a motivare le ragioni dell'omesso adempimento. Questa decisione può essere un ottimo punto di partenza per l'indagine oggetto della nostra disamina, perché accoglie ed elabora una concezione del contraddittorio ampia ma strettamente finalizzata al risultato del procedimento, in conformità con le prescrizioni della Convenzione di Strasburgo che impone, nei procedimenti relativi ai minori, non l'astratta e generale previsione della loro audizione ma la necessità che ogni provvedimento ad essi relativo debba indicare le fonti delle informazioni

dalle quali viene tratta la deliberazione finale. La centralità della concreta funzione dell'attuazione del contraddittorio si ritrova anche nelle altre fonti sovranazionali ed in particolare, nell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (attesa l'attuale rafforzata incisività di tali fonti nel nostro ordinamento interno dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), nell'elaborazione delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo. L'art. 6 CEDU che sancisce il diritto ad un processo equo, si riferisce al processo civile esclusivamente al primo comma, mentre il diritto al contraddittorio inteso, in particolare, come parità delle armi e effettività del diritto di difesa riguarda formalmente il processo penale ed è regolato nel successivo terzo comma. Nonostante questa apparente limitazione normativa, non è in discussione l'applicazione del principio anche al processo civile sia pure con ampio margine d'intervento per gli Stati nel predisporre gli strumenti processuali adeguati. (F. Matscher, L'equo processo nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, in Riv. trim. dir. e proc., 2006, 1155). Pertanto è utile evidenziare come la Corte abbia riempito di contenuto i due principali strumenti di attuazione del contraddittorio. La parità delle armi significa, nell'elaborazione giurisprudenziale della CEDU, che ad ognuna delle parti deve essere offerta una sufficiente occasione di esporre il suo punto di vista sulle questioni di fatto e di diritto, di proporre mezzi di prova e di esprimersi sugli argomenti dell'avversario (Dombo Beheer B.V contro NL, 27 ottobre 1993, causa A/274, così il testo ufficiale inglese "Equality of arms implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent). Questo nucleo essenziale dell'esercizio concreto del diritto al contraddittorio può efficacemente essere assunto come elemento interpretativo concorrente ad individuare una linea di demarcazione, utilizzabile ex art. 360 bis n. 2 cod. proc. civ., tra le violazioni inessenziali in quanto non incidenti sull'effettiva possibilità di partecipare in condizioni di effettiva parità a tutto il corso del procedimento e di poter esprimere su ogni questione di fatto e di diritto rilevante la propria posizione, e quelle, invece, idonee a comprimere effettivamente questo diritto in modo da condizionare la decisione finale. (Una definizione completa ma essenziale dell'attuazione della garanzia del contraddittorio come "un'organizzazione della dialettica processuale che consenta alle parti di far valere le proprie ragioni, di dedurre prove, di discutere presupposti o quanto meno i risultati dell'attività istruttoria" si può rinvenire in S. Chiarloni, Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, in Riv. trim. dir. e proc., 2008, 129).

Il principio del contraddittorio e della parità delle armi riguarda anche il giudice il quale se non è tenuto ad informare le parti degli argomenti di fatto e di diritto sui quali intende costruire la propria decisione se questi argomenti sono stati trattati e discussi, non può però agire di sorpresa. Come si può agevolmente rilevare, si tratta di principi ampiamente elaborati all'interno del nostro sistema

processuale e che godono della copertura costituzionale fornita dall'art. 24 e dall'art. 111 Cost. ma la prospettiva di massima effettività e concretezza che ne dà la giurisprudenza della CEDU può costituire uno strumento interpretativo utile per verificare se ed entro quali limiti possano configurarsi, nelle diverse scansioni del processo, violazioni formali del diritto al contraddittorio che non incidano sull'effettiva parità delle armi e sull'esercizio concreto del diritto di difendersi e prendere posizione all'interno del singolo procedimento (N. Trocker, Dal "giusto processo" all'efficacia dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte Europea dei diritti dell'Uomo in Riv. trim. dir. e proc., 2007, prima e seconda parte, 35, 439.)

Questa indagine, volta a riempire di contenuto la nozione di manifesta infondatezza delle violazioni dei principi regolatori del processo (con esclusivo riferimento al principio del contraddittorio nel giudizio di primo grado), contenuta nell'art. 360 bis n. 2 cod. proc. civ., seguirà il percorso interpretativo già imboccato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione nella definizione del contenuto e del significato di questi principi, al fine di sottolinearne la coerenza rispetto all'obiettivo dell'effettività delle garanzie processuali e, ove riscontrabile, qualche profilo di criticità.

- L'applicazione del principio nel giudizio di primo grado nelle diverse fasi del procedimento: a) instaurazione del giudizio; b) trattazione ed istruzione probatoria; c) deliberazione.

La centralità del principio del contraddittorio è stata variamente rilevata in dottrina ed ha dato luogo a definizioni che, seppur partendo da opzioni teoriche diverse, ne hanno sottolineato la trasversalità in ogni stato e grado del giudizio. La nozione più onnicomprensiva è quella che definisce il processo come "l'organizzazione del contraddittorio" (Monteleone, Diritto processuale civile, Padova, 1994, 19). Nella stessa linea di pensiero si collocano le concezioni "procedurali" della giustizia che assegnano un ruolo essenziale al contraddittorio. A queste si contrappone l'idea speculare che il ruolo del contraddittorio sia casuale in quanto l'importante è pervenire ad una soluzione giusta a prescindere dal metodo. In una linea mediana si collocano le concezioni che attribuiscono al principio del contraddittorio un ruolo ausiliare, una funzione metodologica mediante la quale pervenire (secondo una valutazione relativistica e probabilistica) alla soluzione giusta che preesiste al processo. (per una sintesi di queste opzioni v. A. Gentili, Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile in Riv. trim. dir. e proc., 2009, 745). Quest'ultima può ritenersi la più prossima alle forme di tutela del principio del contraddittorio che si possono rinvenire nella giurisprudenza della Corte di cassazione, in quanto tendenzialmente ispirate a collegare l'applicazione del principio all'esame delle conseguenze della sua violazione sull'esito del conflitto giudiziale e sull'effettiva possibilità per le parti d'incidere sulla soluzione finale. Dall'esame delle singole fasi del procedimento emergerà, da un lato, l'oggetto della tutela del diritto al contraddittorio così come enucleato dalla Corte di cassazione e, dall'altro, tutto ciò che, pur rivestendo astrattamente la forma

di una violazione del principio, non attiene al contenuto finalistico e, conseguentemente, può rivelarsi una “censura manifestamente infondata” secondo il parametro indicato nell’art. 360 bis. n. 2 cod. proc. civ.

a) instaurazione del giudizio.

Nella fase d’instaurazione del giudizio il principio del contraddittorio si può sintetizzare nell’espressione secondo la quale “le parti devono essere chiamate nel processo”. Così definita, si tratta di una regola pragmatica di comunicazione che impone la partecipazione al rapporto processuale di tutti coloro che hanno interesse ad agire ed a contraddire. La partecipazione deve, in funzione del correlato diritto di difesa, essere idonea a sostenere e a replicare a tutte le questioni rilevanti per la decisione. In questo ambito verranno esaminati gli orientamenti relativi alle conseguenze delle violazioni dei termini di costituzione delle parti; quelli riguardanti i processi litisconsortili e contumaciali.

L’incidenza del diritto al contraddittorio nella fase d’instaurazione del giudizio, caratterizzato dal rispetto dei termini e dei modi di costituzione delle parti, è limitata alla concreta possibilità per il convenuto di conoscere, nel termine di costituzione tempestiva ad esso assegnato, dell’esistenza di un procedimento validamente instaurato ed iscritto a ruolo, in modo da poter modulare il proprio comportamento processuale sulla base di tutti gli elementi di valutazione (contenuto delle difese e procedimento iscritto) necessari. Si comprende, pertanto, come l’applicazione del principio sia modesta rispetto alla corretta instaurazione del rapporto processuale tra tutte le parti che hanno diritto a partecipare al giudizio.

Si possono, pertanto, escludere dai principi regolatori del contraddittorio le violazioni esclusivamente relative al rispetto formale dei termini di costituzione o alle modalità d’iscrizione a ruolo. Ci si riferisce, in particolare, agli orientamenti, non recenti, relativi all’obbligo di cancellazione della causa dal ruolo (cui segue, all’esito della recente riforma del processo civile di cui alla legge n. 69 del 2009, l’immediata estinzione) in caso di costituzione tardiva di entrambe le parti, trattandosi di “sanzioni” che tendenzialmente consentono la riproposizione della domanda ed hanno la funzione di imporre al comportamento delle parti una maggiore diligenza tecnica. E’ stata, invece, lamentata la compressione del diritto al contraddittorio nella recente sentenza della Corte di cassazione (n. 18203 del 2008, rv. 605011) nella quale, alla stregua della precedente pronuncia della Corte costituzionale n. 18 del 2008, è stata ritenuta la costituzionalità del doppio dimezzamento (uno previsto dall’art. 645 c.p.c. l’altro dipendente dall’applicazione a richiesta di parte del secondo comma dell’art. 163 bis cod. proc. civ.) dei termini di costituzione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo e della decorrenza del *dies a quo* dalla consegna dell’atto di opposizione all’ufficiale giudiziario e non dal momento della sua ricezione da parte del destinatario. La Corte di

legittimità ha sottolineato nella motivazione che la soluzione non si pone in contrasto né con gli artt. 24 e 111 Cost. né con l'art. 6 CEDU perché la celerità della fase introduttiva è stata frutto di una scelta processuale della parte. Nella medesima prospettiva di rigoroso rispetto delle disposizioni processuali sui termini perentori di costituzione delle parti si pongono le pronunce n. 17958 del 2007, rv. 600507, e n. 13163 del 2007, rv. 599762, che confermano l'orientamento secondo il quale in caso di pluralità di convenuti il termine di costituzione per l'attore decorre non dall'ultima ma dalla prima notificazione dell'atto introduttivo. La Corte impone all'attore (anche in senso formale come nel caso dell'opponente a decreto ingiuntivo) una linea di condotta processuale rigorosa in funzione di un avvio celere e regolare del procedimento che non richieda sanatorie ed allungamenti successivi dovuti ad inerzia negligente. Nell'affermazione forte del principio di autoresponsabilità, scandito dai termini perentori di costituzione non si ravvisa alcuna limitazione del diritto al contraddittorio che, invece, in questa fase, riguarda la posizione del convenuto. Ed, infatti, se si rivolge l'attenzione al diritto del convenuto di conoscere dell'avvenuta iscrizione a ruolo di un procedimento che lo riguarda, l'orientamento della Corte di cassazione è caratterizzato dal pieno rispetto del contraddittorio, valutato, però, in stretta correlazione con l'effettiva possibilità od impossibilità di assumere le informazioni necessarie. Il principio è stato recentemente affermato con la sentenza n. 13258 del 2009 (rv. 608502) ma con la precisazione che gli errori materiali relativi all'iscrizione a ruolo non determinano normalmente nullità processuali salvo che non precludano alla parte destinataria della citazione di individuare, nonostante un diligente esame dei registri, l'avvenuta iscrizione.

Un peso notevolmente maggiore assume il rispetto del principio nel momento della instaurazione del rapporto processuale ma anche in questo ambito i più recenti orientamenti della Corte di legittimità sui procedimenti in contumacia e su quelli litisconsortili hanno fondato l'incidenza della violazione sulla rilevanza, in concreto, dell'omessa esplicitazione del contraddittorio e del diritto di difesa. Un'applicazione puntuale del rilievo dell'effettività sulla valutazione della violazione del diritto al contraddittorio si riscontra nella sentenza n. 13425 del 2008, rv. 603802 (preceduta dalla n. 16978 del 2006, rv. 591179), in tema di delibazione delle sentenze straniere ai sensi dell'art. 34 del Reg. CE n. 44/2001, emesse in contumacia della parte convenuta. Secondo l'orientamento della Corte, per verificare se il contumace sia stato messo in grado di esercitare in concreto ed in tempo utile i propri diritti difensivi è necessaria la duplice verifica del rispetto della legge processuale sulle notificazioni del luogo dove si svolge il processo e che in concreto siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento "primo fra tutti il contraddittorio". La stessa *ratio* di rigoroso rispetto del principio in esame quando la sua violazione possa compromettere l'effettiva partecipazione al giudizio di una delle parti si riscontra nella recente sentenza n. 11317 del 2009 (rv. 608269) nella

quale la Corte stabilisce che il vizio della *vocatio in jus* che ha determinato la contumacia in primo grado non determina la rimessione al primo giudice ma l'obbligo di decidere nel merito da parte del giudice d'appello, dal momento che la nullità dell'atto introduttivo del precedente grado risulta sanata dalla validità ed efficacia dell'impugnazione. Questa pronuncia ha una rilevante funzione conformativa all'interno dei principi regolatori del contraddittorio, in quanto, escludendo la rimessione al primo giudice, presuppone che il diritto alla rinnovazione degli atti nulli in capo al contumace incolpevole non vada inteso come superflua duplicazione di attività irrilevanti ma solo come rinnovazione di quelle concretamente finalizzate alla definizione del *thema probandum* e del *thema decidendum*. Un'ulteriore definizione del perimetro dei principi regolatori del diritto al contraddittorio si riscontra nella recente sentenza n. 18410 del 2009 (rv. 609119), nella quale viene creata una diretta correlazione tra rispetto del contraddittorio e ragionevole durata del processo, stabilendo che la violazione del diritto di tutte le parti a partecipare al giudizio deve essere valutata sulla base dell'effettiva struttura dialettica del processo e, in particolare, sulla base del diritto alla partecipazione, in condizione di parità, dei soggetti "nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato ad esplicare i suoi effetti". Da queste premesse la Corte fa discendere l'irrelevanza della partecipazione di un litisconsorte la cui posizione processuale giunti al giudizio di legittimità non è più quella di "parte necessaria". (Per una valutazione in termini di rigorosa effettività del principio di parità delle armi si richiama anche S.U. n. 1820 del 2007, rv. 593982, in tema di disconoscimento della scrittura privata in caso di costituzione tardiva del contumace).

In sostanza gli orientamenti illustrati consentono di porre in evidenza l'inscindibile complementarietà tra diritto alla partecipazione al processo e l'esercizio del diritto di difesa fin dagli atti introduttivi del giudizio. Nella valutazione imposta dall'art. 360 bis n. 2 cod. proc. civ., questo nesso può costituire un valido indice selettivo delle violazioni "manifestamente infondate" dei principi regolatori del contraddittorio, nel senso che la omessa indebita partecipazione al processo non si risolve in una tutela demolitoria ma ragionevolmente in una tutela restitutoria ed allo stesso modo la nullità conseguente alla violazione del diritto di difesa deve essere commisurata all'effettivo grado di partecipazione al giudizio.

b) trattazione del giudizio: definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*.

La scelta normativa interna di articolare secondo preclusioni predefinite il corso del processo non è in contrasto, in linea generale, con il "giusto processo" previsto dall'art. 6 CEDU e fa parte degli strumenti di tecnica processuale rimessi ai singoli Stati. Può, pertanto, concludersi, coerentemente con la dottrina prevalente, che il regime delle preclusioni non sia da comprendere nei principi regolatori del giusto processo, attenendo alla funzione pubblicistica del processo stesso. Ma l'esame di questo profilo non può essere trascurato perché il regime delle decadenze processuali incide

direttamente sulla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, ovvero su una fase del procedimento di primo grado in cui il principio del contraddittorio opera in tutte le sue estrinsecazioni, come diritto di difesa (sulle domande ed eccezioni), come diritto alla parità delle armi e come diritto a estromettere dal giudizio tutto ciò che non si è svolto secondo una paritetica dialettica processuale. In quest'ultima accezione il contraddittorio funziona come regola di comunicazione semantica tra le parti e il giudice che impone la definizione del confronto giudiziario nei confini dell'effettiva allegazione e prova dei fatti e dei diritti. Il principio, rispetto alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, ha una forza preclusiva (principio dispositivo) che condiziona anche il giudice sia perché la decisione può fondarsi esclusivamente sui fatti allegati sia perché non può porsi a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio senza la preventiva sottoposizione al vaglio del contraddittorio delle parti (alla stregua dell'attuale formulazione dell'art. 101, secondo comma, cod. proc. civ., preceduta dall'art. 384, terzo comma, cod. proc. civ.; si vedano anche le pronunce n. 21108 del 2005, rv. 585265, e la recente n. 15194 del 2008, rv. 603862). Il rilievo del principio è stato sottolineato dai più recenti orientamenti della Corte di cassazione aventi ad oggetto il superamento, in funzione di garanzia del diritto di difesa, del precedente costituito da Cass. n. 1651 del 2002, rv. 558689. Secondo questo orientamento (con riferimento alla formulazione degli artt. 183 e 184 anteriore all'entrata in vigore della L. n. 80 del 2005) all'esito dell'udienza ex art. 183 cod. proc. civ. se una delle parti non richiedeva la fissazione dei termini per la formulazione delle istanze istruttorie il giudice poteva ammettere direttamente i mezzi di prova già indicati negli atti introduttivi o passare alla fase deliberativa, risultando definitivamente preclusa alle parti la possibilità di ottenere un'udienza per la formulazione delle istanze istruttorie. Nelle più recenti sentenze n. 28219 del 2008, rv. 605874, e 13733 del 2009, rv. 608621, questo orientamento fondato sull'anticipazione delle preclusioni istruttorie nella fase di trattazione, è stato modificato nel senso di ritenere che all'esito della fase della trattazione (udienza ex art. 183 cod. proc. civ. con appendice scritta) scattano solo le preclusioni assertive mentre quelle istruttorie si consumano all'udienza ex art. 184 cod. proc. civ. Il rilievo di queste più recenti pronunce, ancorché riferite ad un'articolazione delle scansioni processuali attualmente non vigente, consiste nel ritenere che un'interpretazione sistematica dell'operatività delle preclusioni non possa condurre ad una contrazione del diritto alla piena esplicazione dei poteri difensivi, in particolare caratterizzati dall'esigenza, normativamente regolata, di poter differire la "discovery" ad una fase seguente a quella dell'allegazione dei fatti. Può, pertanto, ritenersi direttamente incidente sui principi regolatori del diritto al contraddittorio una interpretazione del sistema delle preclusioni che sia in contrasto con la suddivisione del procedimento di primo grado in fasi tendenzialmente distinte, dotate al proprio interno di un autonomo regime delle decadenze in quanto l'eventuale anticipazione

della consumazione delle preclusioni colpisce proprio il nucleo del diritto al contraddittorio ed alla difesa. Questa attenzione allo sviluppo endoprocessuale del contraddittorio non ha impedito, tuttavia, alla Corte di cassazione di ritenere del tutto compatibile con il rispetto del diritto costituzionale di difesa la rimessione della causa in decisione alla prima udienza quando non sia necessaria l'assunzione di mezzi di prova (Cass. n. 7559 del 2009, rv. 607886), essendo il giudice tenuto a garantire l'esplicazione paritaria del diritto di difesa ma non di prolungare l'esito del procedimento seguendo obbligatoriamente l'ordinaria sequenza delle fasi del giudizio a cognizione piena quando la decisione della causa (perché di solo diritto) non lo richieda. Nella stessa linea interpretativa tendente a contemperare il diritto alla piena attuazione delle facoltà difensive in ogni scansione processuale con l'esigenza costituzionalmente protetta di evitare il dispendio inutile dei tempi del giudizio si collocano gli orientamenti volti a limitare l'operatività della rilevanza illimitata delle eccezioni in senso lato mediante le preclusioni operanti sui poteri di allegazione dei fatti. (Cass. n. 13783 del 2007, rv. 597670, che distingue tra eccezioni incidenti sulla funzione pubblicistica del processo, come il giudicato, non assoggettate ad alcuna preclusione, ed eccezioni che incidono sui diritti delle parti, rilevabili nei limiti dei fatti allegati).

In conclusione, nella fase della definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, caratterizzata da una maggiore complessità della dialettica processuale e dal più incisivo coinvolgimento del giudice, le violazioni relative all'inosservanza o alla compressione delle preclusioni processuali riguardano il nucleo dei principi regolatori del diritto al contraddittorio, salvo che non siano dirette ad imporre per ogni tipologia di controversia, indipendentemente dalla complessità dell'accertamento da svolgere, l'automatica applicazione della ordinaria sequenza procedimentale del giudizio di primo grado. In questo caso la manifesta infondatezza delle censure si fonda sul rilievo dell'uso distorto del sistema delle preclusioni che deriva da tale interpretazione, in quanto volta esclusivamente a dilatare ingiustificatamente i tempi del processo ed a sottrarre al giudice il potere-dovere di modularne la durata alle effettive esigenze della dialettica difensiva.

c) fase deliberativa.

Il diritto alla completa articolazione delle difese finali, anche sotto il profilo del diritto di replica alle ragioni della controparte, costituisce un profilo essenziale del diritto al contraddittorio. La giurisprudenza della CEDU lo ha efficacemente definito come diritto a conoscere ed a porre osservazioni su ogni documento potenzialmente idoneo a decidere la lite (compresi gli atti difensivi di parte, sentenza 20 febbraio 1996, Vermeulen contro Belgio n° 58/1994/505/587, 1996-I.) e la giurisprudenza della Corte di Giustizia ne ha ribadito il rilievo come principio cardine per gli amministrati e gli Stati membri, applicabile in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona che possa sfociare in un atto per essa lesivo. L'applicazione del principio, nel diritto

processuale comunitario, impone che nessuna decisione giurisdizionale possa essere assunta sulla base di fatti o documenti che le parti non abbiano potuto preventivamente esaminare e sulle quali non abbiano avuto la possibilità di esprimersi (Sentenza Corus UK 2 ottobre 2003, C-199/99).

Nella stessa linea interpretativa, caratterizzata dal binomio essenzialità-effettività, è opportuno condurre l'indagine sulla giurisprudenza della Corte di cassazione. L'esame degli orientamenti più recenti in ordine al procedimento di deliberazione e pubblicazione della sentenza di primo grado ai sensi dell'art. 281 *sexies* cod. proc. civ., evidenzia una rilevante tendenza alla devalorizzazione di alcuni passaggi meramente obbligati, in precedenza sanzionati con la nullità della sentenza. Ma la tendenza alla *deformalizzazione* della fase deliberativa nei procedimenti che si chiudono con la lettura pubblica del dispositivo e della motivazione, che si possono cogliere nelle decisioni assunte ex art. 281 *sexies* cod. proc. civ., non trovano integrale riscontro negli orientamenti relativi alla fase deliberativa propria dei procedimenti assoggettati al rito del lavoro. Nel procedimento a formazione progressiva che conduce alla pubblicazione della sentenza ai sensi dell'art. 281 *sexies* cod. proc. civ., la Corte ha ritenuto che la pronuncia non sia affetta da nullità anche quando sia stata omessa la lettura della motivazione in udienza purché il deposito in cancelleria sia stato tempestivo. (in quanto immediatamente successivo all'udienza - cfr. Cass. 17028 del 2008, rv. 604046 - o intervenuto il giorno successivo - Cass. n. 4883 del 2007, rv. 596233), precisando, inoltre, che non sono requisiti di validità della sentenza l'indicazione del giudice e delle parti in quanto già contenuti nel verbale che contiene la pronuncia stessa. Ma tale orientamento non trova diretto riscontro nelle controversie assoggettate al rito del lavoro, ove anche in un recentissimo precedente (Cass. n. 13165 del 2009, rv. 608736) viene ribadita la radicale nullità della sentenza in caso di omessa lettura del dispositivo. Deve, però, essere osservato che quest'ultimo orientamento dovrà tenere conto della nuova formulazione del primo comma dell'art. 429 cod. proc. civ. (così sostituito dall'art. 53 del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modifiche, nella l. n. 133 del 2008) che ha introdotto anche nelle controversie assoggettate al rito del lavoro la possibilità di leggere il dispositivo e la motivazione contestuale, avvicinando così i due modelli di discussione, contestuale deliberazione e motivazione della sentenza di primo grado. Peraltro, si deve rilevare che la previsione della nullità della sentenza in caso di omessa lettura del dispositivo non si fonda sulla lesione del diritto al contraddittorio ma sul principio della concentrazione della decisione (non scalfito da un differimento *ad horas*) e dell'immutabilità della decisione, ovvero su due ragioni non attinenti alla fase della discussione orale e della precisazione delle conclusioni all'interno della quale si consuma la tutela del diritto di difesa. La Corte ha puntualmente applicato quest'ultimo principio con riferimento però al modello deliberativo a trattazione scritta. E', pertanto, vietato emettere la sentenza prima dello spirare dei termini per le comparse conclusionali e le repliche, non potendo essere sottratti alle parti termini

determinati dalla legge o concessi dal giudice per l'esplicazione dei poteri difensivi (Cass. n. 6293 del 2008, rv. 601904, e 14657 del 2008, rv. 603533). Per la medesima ragione non è stato ritenuto applicabile in un procedimento d'appello davanti al giudice monocratico il modello di deliberazione semplificata ex art. 281 *sexies* cod. proc. civ. proprio perché lesivo della concreta articolazione del diritto di difesa nella fase deliberativa del secondo grado di giudizio (Cass. n. 7556 del 2009 rv. 607886).

In conclusione, la lesione dei principi regolatori del contraddittorio tendenzialmente non può riguardare la fase successiva alla chiusura della discussione ma solo la fase di rappresentazione finale delle ragioni difensive. Le violazioni che riguardano, in tutti i modelli di decisione, la "forma" del provvedimento finale (ed, in particolare, i dati afferenti l'epigrafe ovvero l'identificazione delle parti e del giudice) e la sua pubblicazione possono assumere eccezionalmente rilievo anche rispetto al parametro della lesione del contraddittorio o del diritto di difesa quando si determini una reale indeterminatezza in ordine alla riferibilità del provvedimento alle parti e all'organo giudiziario, in quanto tali informazioni sono indispensabili ai fini dell'esercizio del potere di controllo sulla decisione che costituisce parte integrante del diritto di difesa o, con riferimento alla fase di pubblicazione e comunicazione alle parti, quando dalle omissioni derivi una compressione ingiustificata del termine per impugnare. Fuori da queste ipotesi, il mancato rispetto della rigida prefigurazione normativa della fase di redazione del provvedimento e della successiva (o contestuale nel modello ex art. 281 *sexies* cod. proc. civ.) pubblicazione e conoscenza esterna della decisione, può essere del tutto ininfluenza ai fini dell'esercizio successivo dei poteri delle parti o rilevare a fini diversi da quelli del rispetto del contraddittorio.

3. Il diritto alla prova ed il ruolo del giudice. (Antonio Lamorgese)

1. Il *diritto alla prova* viene comunemente riconosciuto come una delle manifestazioni più importanti delle garanzie fondamentali relative al diritto di agire e di difendersi in giudizio (art. 24 Cost.) e corollario essenziale del principio cardine del contraddittorio (art. 111, commi 1 e 2, Cost.). Se ne ha conferma in numerose decisioni della Corte costituzionale, tra le quali si possono segnalare: la n. 170/2009, che ha ritenuto che non violi la regola del giusto processo il modello processuale che assicura, tra l'altro, il rispetto del principio del contraddittorio e lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria; la n. 144 del 2008, che ha ritenuto il principio di reclamabilità dei provvedimenti decisori (nella specie, di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova) inerente al contenuto del diritto alla prova; la n. 321/2007, che ha incluso tra i fondamentali poteri insiti nel diritto di difesa l'allegazione, la contestazione delle allegazioni altrui e la deduzione di prove; la n. 237/2007, che ha ribadito la necessità del « *rispetto di alcuni valori processuali, tra cui, in primo*

luogo, l'integrità del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio ai fini della sentenza da adottare ».

2. Una parte della dottrina ritiene che non si possa estendere al processo civile la nozione *forte* di contraddittorio nella formazione della prova che è espressamente circoscritta dall'art. 111, comma 4, della Costituzione al solo processo penale, essendo sufficiente che negli altri ambiti sia assicurata l'effettiva possibilità *« dell'instaurazione di un adeguato contraddittorio fra le parti, in ordine alle risultanze di tutte le prove che siano state a qualunque titolo acquisite, formate od assunte, prima che vengano apprezzate e valutate dal giudice »* (L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, 2004, 68). In effetti, nella giurisprudenza costituzionale non sono rare le pronunce nelle quali si sottolinea che *« i modelli del processo civile e di quello penale, per la loro intrinseca diversità, non consentono alcuna comparazione e che le soluzioni per garantire un giusto processo non devono seguire linee direttive necessariamente identiche per i due tipi di processo »* (tra le altre, cfr. Corte Cost. n. 317/2004).

Peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), nel riscontrare la violazione dell'art. 6.§1 della Convenzione, a causa del rifiuto ingiustificato, da parte del tribunale civile, di far assumere una prova testimoniale che avrebbe potuto neutralizzare la testimonianza addotta dalla controparte, cosicché l'altra parte si era trovata in una situazione di netto svantaggio, ha precisato che l'esigenza di parità delle armi, nel senso di *« giusto equilibrio tra le parti »*, vale sia in materia civile sia in materia penale: *« nelle liti che oppongono interessi privati l'uguaglianza delle armi implica l'obbligazione di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare le proprie allegazioni e le proprie prove in condizioni che non la pongano in una netta situazione di svantaggio rispetto alla controparte »* (Dombo Beheer c. Paesi Bassi, 27 ottobre 1993; Pellegrini c. Italia, 20 luglio 2001).

La Corte di legittimità si è orientata nel senso che l'esercizio del diritto di difesa e la garanzia del contraddittorio devono essere assicurati *« specialmente nella formazione della prova, in quanto detto principio generale è stato enunciato dall'art. 111 Cost. nella nuova formulazione introdotta con la legge costituzionale n. 2 del 1999, sia pure con espresso riferimento al processo penale»*, attesa *«la natura esemplificativa delle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto [dell'art. 111]»*, potendosi *«affermare che la nuova disciplina costituzionale nel processo ha valore generale e come tale è suscettibile di applicazione anche al processo civile»* (Cass. n. 9084/2002, rv. 557643, con riguardo ai procedimenti in camera di consiglio; Cass. n. 8547/2003, rv. 563704, sulla necessità del pieno e completo contraddittorio delle parti nell'acquisizione dei mezzi di prova documentali nel rito camerale in appello, in tema di determinazione dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge separato; Cass. n. 11319/2005, rv. 581057, nel giudizio di divorzio in appello).

Una certa attenuazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova potrebbe aversi come effetto della introduzione nel nostro processo civile della c.d. testimonianza scritta, ai sensi dell'art. 257 *bis* c.p.c., operata sul modello del sistema francese, con salvezza del potere del giudice di disporre successivamente l'audizione personale dei testimoni (per approfondimenti sul nuovo istituto si fa rinvio alla Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 110 del 2009). Nella giurisprudenza costituzionale è consolidato il principio che la disciplina dell'ammissibilità delle prove è rimessa, seppur nei limiti della ragionevolezza, alla discrezionalità del legislatore (il quale «*può, per determinati rapporti, ammettere solo la prova documentale ed escludere quella testimoniale, ponendo limitazioni che non incidono sul diritto di azione, ma disciplinano il regime delle prove quando l'azione sia esercitata o esprimono profili della disciplina sostanziale*»: Corte Cost. n. 158/2008, n. 455/2000, n. 351/1998).

3. L'art. 24, comma 1, Cost. configura il diritto di agire in giudizio non in sé, come facoltà astratta, ma per il fine di conseguire la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi: ciò consente di ritenere che il fine della giurisdizione non è genericamente la soluzione di una controversia, ma l'accertamento dell'esistenza di una situazione giuridicamente qualificata, la quale costituisce l'oggetto su cui la giurisdizione si esercita. Una sentenza che affermi l'esistenza di un diritto in capo ad un soggetto deve stabilire in modo veritiero che si sono verificate tutte le condizioni di fatto e di diritto occorrenti perché si possa dire che quel soggetto è davvero titolare di quel diritto. Allora, può ben dirsi che la correttezza giuridica della decisione dipende dal fondarsi su un accertamento *veritiero* dei fatti di causa, il quale costituisce una condizione necessaria per la correttezza giuridica della soluzione della controversia, cioè per la legalità della decisione. Di questa impostazione costituisce sviluppo l'idea, autorevolmente sostenuta, secondo cui «*il processo è giusto se è congegnato, oltre che in modo da assicurare l'attuazione delle garanzie, in modo tale da far sì che in esso si conseguano decisioni giuste* », in quanto «*sistematicamente orientato a far sì che si stabilisca la verità dei fatti rilevanti per la decisione*» «*ed è ingiusto nella misura in cui è strutturato in modo da ostacolare o limitare la scoperta della verità, dato che in questo caso ciò che si ostacola o si limita è la giustizia della decisione con cui il processo si conclude*» (M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, 2009, 117 e 119).

Accanto a questa interpretazione del nuovo art. 111 (e, soprattutto, dell'art. 24) della Costituzione si pone quella secondo la quale per « *giusto processo* » deve intendersi (solo) quello nel quale si diano attuazione alle garanzie processuali fondamentali delle parti, delle quali il giudice è garante, così come (è garante) della loro uguaglianza e del leale e rapido svolgimento del giudizio: il processo sarebbe giusto se ed in quanto sia corretto il procedimento in cui esso si articola (M. Taruffo,

Considerazioni su prova e verità, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, 2002, 290-292, osserva criticamente che « *Un processo “giusto”, che cioè si è svolto correttamente in applicazione di opportune regole procedimentali, non mette necessariamente capo ad una decisione giusta. Si potrà dire che questa decisione è “legittima” sotto il profilo formale, poiché è l’esito della corretta applicazione delle “regole del gioco”, ma ciò non implica necessariamente che quella decisione sia anche giusta*»; pertanto, « *la giustizia della decisione non può coincidere con la giustizia della procedura* »).

Non è questa ovviamente la sede per approfondire il difficile tema della verità nel processo.

Ci si limita a considerare che coloro che aderiscono a questo secondo modello interpretativo, non a caso, ritengono che la distinzione tra c.d. verità formale (da intendersi: quella emergente da un processo *formalmente* giusto) e c.d. verità materiale o effettiva «*non appare rigorosamente fondata [...] per noi non si pone neppure la pretesa di conseguire una “verità totale” o “assoluta”, che è fuori dalle reali e concrete possibilità umane e può essere concepita o come realtà divina, oppure come estremo limite tendenziale, astratta creazione dell’intelletto o stimolo operativo (come l’infinito matematico)*» (ad es., S. Pugliatti, voce *Conoscenza*, in *Encicl. del diritto*, 1961, IX, 50; anche M.G. Civinini, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, 2001, 274-276, nt. 16).

Così argomentando, però, essi finiscono per ritenere che la verità giuridica sia ben diversa da altre verità (storica, sociologica, ecc.) rispetto alle quali non è confondibile, con la conclusione che quella formalmente accertata nel processo *possa divergere naturalmente* da quella c.d. materiale o effettiva, essendo ciò giustificato in ragione della (asserita) specificità della c.d. verità giuridica (secondo S. Pugliatti, *op. cit.*, 106: «*Se un ordinamento giuridico storicamente determinato [...] impone dei limiti all’indagine [...] ogni ricerca che superi tali limiti deve ritenersi ultronea e il suo risultato sarà estraneo alle finalità concrete dell’ordinamento giuridico, non avrà valore (di verità) per l’esperienza giuridica concreta, poiché non vale a determinare la (vera) realtà (giuridica), anche se determinerà, occasionalmente, un’altra qualsiasi realtà, storica, sociologica, statistica, ecc.*»).

Nessuno può dubitare che «*la verità alla quale l’uomo può aspirare e della quale vive, come verità umana, appunto, è di necessità parziale e (o) relativa, concretamente (storicamente) condizionata ed implica limitazioni e scelte*» (S. Pugliatti, *op. loc. cit.*). Il problema, allora, riguarda precisamente l’individuazione di codeste limitazioni e scelte, le quali, si sostiene, sono necessariamente operate dal legislatore, come confermato dal nuovo art. 111, comma 1, della Costituzione che considera giusto il processo « *regolato dalla legge*», cioè quello nel quale le parti abbiano potuto esercitare il loro «*diritto alla prova*» in condizioni di parità (M.G. Civinini, *op. loc. cit.*, aggiunge che «*l’imparzialità nella gestione del processo si realizza e si garantisce attraverso un modello*

procedimentale in cui modi, forme, termini, poteri delle parti e del giudice in ordine alla allegazione delle domande e delle eccezioni, ai meccanismi di acquisizione della conoscenza dei fatti, ai termini a difesa sono predeterminati dal legislatore [...] e non rimessi alla discrezionalità del giudice»).

Si è autorevolmente obiettato che « *tutto ciò non ha nulla a che vedere con la scoperta e l'accertamento della verità sui fatti della causa [...] infatti lo scopo che le parti tipicamente perseguono è di conseguire la vittoria nella controversia, servendosi del diritto alla prova e realizzando il loro interesse a dimostrare ciò che hanno l'onere di provare, ma questo scopo viene perseguito indipendentemente dall'eventualità che la decisione si fondi su un accertamento veritiero dei fatti [...]* In ogni caso, si può escludere che le parti abbiano un interesse comune a che la verità venga accertata. » (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 170); inoltre, è ben possibile che le difese delle parti non siano comunque adeguate, per qualsivoglia ragione, a scoprire la verità.

Come chiarito anche da altra dottrina, la finalità dei sistemi processuali fondati essenzialmente sulla dialettica delle parti non è quella di perseguire la scoperta della verità ma solo quella di risolvere i conflitti: « *La decisione nel modello di risoluzione dei conflitti non è tanto una descrizione del vero stato delle cose, quanto una decisione che risolve la discussione delle parti, come un trattato di pace che pone termine ai combattimenti* »; quel modello « *è indifferente a come siano andate effettivamente le cose* » (M. Dàmaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, 2003, 212-213).

Per questa ragione, si può ben ritenere che « *l'attività delle parti non può essere ricondotta nell'ambito della funzione epistemica del processo* », stante il loro coinvolgimento nei fatti della causa, che è una « *situazione tipicamente controindicata rispetto ad una ricerca oggettiva e disinteressata della verità* » (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 171-172).

Naturalmente, di funzione *epistemica* del processo (per usare la terminologia del Prof. Taruffo) in tanto può (e deve) parlarsi in quanto si ritenga che la verità dei fatti sia non solo possibile ma « *necessaria sia in sé, poiché una decisione resa su una versione falsa dei fatti non può considerarsi giusta, sia perché [...] un accertamento veritiero dei fatti costituisce a sua volta una premessa necessaria per l'applicazione corretta della legge che regola il caso*» (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 118-119; secondo il medesimo autore, *Considerazioni su prova e verità*, cit., 300, il carattere relativo della verità che si può conseguire nel processo « *non costituisce una ragione sufficiente per affermare che nel processo si possa solo parlare di verità come "coerenza" della decisione finale rispetto al contesto processuale e alle enunciazioni o narrazioni che in esso hanno luogo*).

Questa seconda accezione appare la più adeguata ed idonea ad emancipare il «*diritto alla prova*» dalla tradizionale sua connotazione in chiave meramente *procedural* della giustizia, onde

valorizzarne la rilevanza in funzione dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi nel contraddittorio delle parti (artt. 24 e 111 Cost.).

Quindi, posto che la «*giustizia del processo*» è necessaria ma non è da sola sufficiente a determinare la giustizia della decisione, questa dipende – secondo autorevole e condivisibile dottrina – dal *contemporaneo* concorso delle tre seguenti condizioni: a) che la decisione sia il risultato di un processo in cui siano state rispettate le garanzie fondamentali; b) che sia stata correttamente interpretata ed applicata la norma richiamata come criterio di decisione; c) che essa si fondi su un accertamento *veritiero* dei fatti della causa (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 117-118; il medesimo autore, in *Considerazioni su prova e verità*, cit., 299, osserva che «*la corretta applicazione della legge nel caso concreto implica [...] che siano stati accertati i fatti “giusti”, ossia che sia stabilita la verità o la falsità dei relativi enunciati sulla base delle prove disponibili*»).

La terza condizione poc'anzi ricordata introduce il tema del ruolo del giudice nel processo e, in particolare, il quesito se la sua necessaria *imparzialità* debba riferirsi alla (e risolversi nella) valutazione oggettiva ed equilibrata delle prove offerte dalle parti, secondo un modello di giudice passivo o garante della (sola) applicazione delle regole procedurali, le quali di per sé «*assicurano indirettamente l'imparzialità nella fase della decisione nella quale il giudice detta la disciplina del caso concreto*»; oppure se, essendo il giudice l'unico soggetto processuale realmente disinteressato nella causa, la sua imparzialità acquisti contenuto e senso proprio nell'essere orientato a ricercare in modo oggettivo la verità dei fatti da porre ad esclusivo fondamento della decisione.

4. Questo rinnovato approccio alla teoria del processo potrebbe giustificare una interpretazione adeguatrice (e, secondo una parte della dottrina, qualche dubbio di costituzionalità) di quelle norme che, ponendo limiti non superabili all'ammissione delle prove, svolgano una funzione *anti-epistemica*, potendo risultare vulnerato il principio (già presente nella legge processuale) di *rilevanza* delle prove, che ne impone l'ammissibilità tutte le volte che siano utili per l'accertamento della verità (salvo eccezioni giustificate e normativamente previste).

Per altro verso, si presuppone che il giudice svolga un ruolo attivo nell'acquisizione delle prove ed utilizzi tutti i poteri istruttori, anche d'ufficio, che la legge (a tal fine interpretata in senso evolutivo) gli attribuisce: la sua imparzialità non ne risulta affatto vulnerata (poiché è la verità dei fatti a determinare l'esito della controversia, non il giudice), né risulta violato il principio dispositivo (il giudice decide *secundum alligata et probata*) il quale non significa (né storicamente ha mai significato) monopolio esclusivo delle parti sulle prove, peraltro non previsto in nessuna norma processuale né a livello costituzionale (del resto, l'ampio potere istruttorio riconosciuto in alcuni paesi, come la Francia - dove il giudice ha il potere di disporre d'ufficio di tutti i mezzi di prova

legalmente ammissibili, *ex art. 10 del code de procédure civile* -, va perfettamente d'accordo con il principio dispositivo di cui agli artt. 1, 4 e 5 del medesimo codice; sui profili comparatistici in tema di prova testimoniale civile, si fa rinvio alla citata Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 110 del 2009).

Se le parti esercitano compiutamente il loro diritto alla prova e deducono tutte le prove disponibili rispetto ai fatti di causa, il giudice non ha occasione alcuna per esercitare i suoi poteri, e quindi rimane legittimamente inerte. « *Solo quando egli scopre (dai materiali del processo, non per sua "scienza privata") che esiste una prova rilevante non dedotta dalle parti, allora egli può (e probabilmente deve) disporre d'ufficio l'assunzione di quella prova, o sollecitare le parti a dedurla* » (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 174). In tal caso, naturalmente, è necessario che l'esercizio del potere istruttorio del giudice sia sindacabile dalle parti, nell'attuazione di un reale ed effettivo contraddittorio, quanto alla valutazione di rilevanza delle prove disposte d'ufficio, alla possibilità di dedurre prove contrarie e di discuterne l'esito e l'efficacia.

Pertanto, « *sotto il profilo epistemico la miglior soluzione possibile [è] quella di massimizzare al contempo sia l'attuazione del diritto delle parti alla prova, in tutte le sue manifestazioni, comprese quelle che attengono al controllo delle parti sull'esercizio dei poteri istruttori del giudice, sia i poteri autonomi di cui il giudice dovrebbe disporre* » (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 177).

5. E' ora possibile valutare, in via solo esemplificativa, se alcuni orientamenti della giurisprudenza siano o meno coerenti o compatibili con la detta funzione del processo di essere non solo idoneo ma anche "orientato" al perseguimento della verità.

5.1 L'esigenza del raggiungimento della verità trova un temperamento con altri valori di pari rilevanza (per ulteriori ipotesi *vedi infra*), quali quello della sua ragionevole durata, che giustificano la previsione di preclusioni nelle allegazioni e nell'introduzione di mezzi di prova (la legittimità costituzionale delle preclusioni è stata affermata da Corte Cost. n. 221/2008, n. 321/2007, n. 215/2005, ove siano assicurati i principi del contraddittorio e della parità delle parti). L'analisi è recepita anche nella giurisprudenza amministrativa, la quale ritiene che « *il sistema di preclusioni alla produzione di nuove prove e documenti, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., costituisce espressione e precipitato del principio del giusto processo, agevolando la sollecita definizione delle controversie* » (Cons. Stato, sez. IV, n. 6446/2002).

Ciò, nella giurisprudenza ordinaria, assume un particolare rilievo al fine di giustificare l'inammissibilità in grado di appello dei mezzi di prova (anche documentali) « *nuovi* », la cui ammissione non sia stata richiesta in precedenza.

Peraltro, l'operatività di tale regola preclusiva trova precisi limiti che segnalano la riemersione della ricordata finalità epistemica del processo, potendo le parti dimostrare di non aver potuto tempestivamente proporre quei mezzi di prova per causa ad esse non imputabile, fermo il potere del giudice di riconoscerne la indispensabilità per la decisione (Cass. S.U. n. 8203/2005, rv. 580936).

Con riguardo al rito del lavoro, il rigoroso sistema di preclusioni previsto per l'indicazione e la produzione dei mezzi di prova (che, estinguendo il diritto alla prova documentale, lo rende insuscettibile di reviviscenza in grado di appello) «*trova un contemperamento - ispirato alla esigenza della ricerca della "verità materiale", cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento - nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ai sensi del citato art. 437, secondo comma, cod. proc. civ., ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse*» (Cass. S.U. n. 8202/2005, rv. 580935; inoltre, Cass. n. 11922/2006, rv. 589231, nel senso che l'operatività delle preclusioni e dei termini decadenziali previsti dalla legge nel rito del lavoro ai fini dell'ammissione delle prove precostituite e costituende trova un limite quando l'ammissibilità dei mezzi di prova sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione, come nei casi, ad es., susseguenti alla proposizione di domanda riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa di terzo, nonché nel potere esercitabile dal giudice anche in appello di ammissione d'ufficio di nuovi mezzi di prova «*ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa*»).

5.2 L'obiettivo del perseguimento di un accertamento *veritiero* dei fatti di causa si ritrova nella valorizzazione del potere istruttorio d'ufficio del giudice del lavoro: si tratta di un potere-dovere, non meramente discrezionale, da esercitare «*pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa*», sicché il giudice «*non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 cod. proc. civ., ed al disposto di cui all'art. 111, primo comma, Cost. sul "giusto processo regolato dalla legge" - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso*» (in tal senso, Cass. S.U. n. 11353/2004, rv. 574225, ove si precisa che, nel rispetto del principio dispositivo, i poteri istruttori non possono in ogni caso essere esercitati sulla base del sapere privato del giudice, con riferimento a fatti non allegati dalle parti o non acquisiti nel processo in modo rituale; Cass. n. 22305/2007, rv. 599575, nel senso che, nel rito del lavoro, va effettuato «*il contemperamento del principio*

dispositivo con le esigenze della ricerca della verità materiale, di guisa che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice ove reputi insufficienti le prove già acquisite non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o di decadenze in danno delle parti»).

Inoltre, la S.C. ritiene che, sebbene nel rito del lavoro l'uso dei poteri istruttori da parte del giudice costituisca un potere-dovere del cui esercizio o mancato esercizio il giudice è tenuto a dar conto, *«tuttavia, per idoneamente censurare in sede di ricorso per cassazione l'inesistenza o la lacunosità della motivazione sul punto della mancata attivazione di tali poteri, occorre dimostrare di averne sollecitato l'esercizio, in quanto diversamente si introdurrebbe per la prima volta in sede di legittimità un tema del contendere totalmente nuovo rispetto a quelli già dibattuti nelle precedenti fasi di merito»* (Cass. n. 14731/2006, rv. 590931; in senso conforme, Cass. n. 6023/2009, rv. 607266; la soluzione è giustificata da Cass. n. 14331/2006, rv. 590281, sulla base del principio della ragionevole durata del processo).

In senso divergente rispetto alle significative aperture delle Sezioni Unite del 2004 (n. 11353 *cit.*), si è recentemente affermato che *«nel rito del lavoro, i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 cod. proc. civ. - il cui esercizio è del tutto discrezionale e come tale sottratto al sindacato di legittimità -, non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti (nella specie, mancata specifica richiesta, nel ricorso, dell'esperimento probatorio in ordine a fatti e accadimenti dedotti come indici della subordinazione e, correlativamente, della formulazione in capitoli separati e dei testi da escutere su di essi), così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e da tradurre i poteri officiosi anzidetti in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale»* (Cass. n. 17102/2009, rv. 609551; conforme, Cass. n. 11847/2009, rv. 608407).

Va detto che limiti all'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio sono riscontrabili anche in settori processuali, come quello amministrativo, dove il principio dell'onere della prova subisce una generale attenuazione, *«stante la presenza anche del metodo acquisitivo (reso necessario per assicurare la piena garanzia dei principi costituzionali di cui agli art. 24 e 113 Cost.) con il relativo potere-dovere del giudice amministrativo di disporre l'acquisizione d'ufficio di atti e provvedimenti necessari ai fini di causa che non sono nella disponibilità del ricorrente»*, potere che *«presuppone [...] che quest'ultimo abbia fornito almeno l'indizio della ragionevole fondatezza delle proprie censure e dell'impossibilità di reperire altrimenti la documentazione necessaria, non potendo*

ammetersi che attraverso il potere acquisitivo del giudice amministrativo la parte possa sottrarsi all'onere probatorio in senso stretto (C.d.S., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5228)» (così anche Cons. Stato, sez. IV, n. 3381/2008).

5.3 In funzione epistemica va letto il principio di acquisizione probatoria, il quale risulta idoneo a derogare alla regola generale di riparto dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ. .

Tale principio viene fatto derivare dal *«riconoscimento costituzionale del giusto processo [...] in forza del quale un elemento probatorio, una volta introdotto nel processo, è definitivamente acquisito alla causa e non può più esserle sottratto, dovendo il giudice utilizzare le prove raccolte indipendentemente dalla provenienza delle stesse dalla parte gravata dell'onere probatorio. Ne consegue che la parte che nel corso del processo chieda il ritiro del proprio fascicolo ha l'onere di depositare copia dei documenti probatori che in esso siano inseriti, onde impedire che qualora essa, in violazione dei principi di lealtà e probità, ometta di restituire il fascicolo con i documenti in precedenza prodotti, risulti impossibile all'altra parte fornire, anche in sede di gravame, le prove che erano desumibili dal fascicolo avversario»* (Cass. S.U. n. 28498/2005, rv. 586372); *«la soccombenza dell'attore consegue alla inottemperanza dell'onere probatorio a suo carico soltanto nell'ipotesi in cui le risultanze istruttorie, comunque acquisite al processo, non siano sufficienti per provare i fatti che costituiscono il fondamento del diritto che si intende far valere in giudizio»* (Cass. n. 15162/2008, rv. 603644; la necessità di temperare il principio dell'onere della prova con il principio di acquisizione probatoria e la diretta derivazione di quest'ultimo dall'art. 111 Cost. sono ribadite da Cass. n. 12131/2009, rv. 608485).

Peraltro, in senso non del tutto convergente rispetto a quest'orientamento, è l'affermazione secondo cui *«il giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza, esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte l'impossibilità di controdedurre e risultando per lo stesso giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione»* (Cass. n. 23976/2004, rv. 578378; in senso conforme, Cass. S.U. n. 2435/2008). In altri termini, perché il giudice di merito possa dai documenti prodotti desumere *«deduzioni o indicazioni»* è necessario non solo (com'è evidente) l'esistenza di una domanda o di una eccezione basata su (o oggettivamente riconducibile a) quei documenti, ma è necessario che sia stata la parte a valorizzare espressamente la rilevanza (ovvero il collegamento) di *quei* documenti rispetto alla domanda o all'eccezione (*cf.* Cass. S.U. n. 2435/2008 *cit.* e n. 15103/2000, in motiv.).

5.4 Rilevante, in funzione epistemica, è il principio della generale rilevabilità d'ufficio, ai fini della decisione, dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito, salvo che la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte (a partire da Cass. S.U. n. 1099/1998, rv. 515986).

5.5 Nel senso di favorire l'accertamento della verità è anche l'orientamento della S.C. che, con riguardo ai poteri del consulente tecnico d'ufficio, ammette la possibilità di derogare al divieto di compiere indagini esplorative *«quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, essendo in questo caso consentito al c.t.u. anche di acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse»* (tra le tante, Cass. n. 3191/2006, rv. 590615; n. 10202/2008, rv. 602999); può essere affidato *«al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente)»* (tra le tante, Cass. n. 6155/2009, rv. 607649); *«nello svolgimento delle indagini affidategli il consulente tecnico può assumere informazioni da terzi ed acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti ed il giudice, purché si tratti di fatti cosiddetti accessori e non di fatti costitutivi della domanda o delle eccezioni, può utilizzarli per il proprio convincimento anche se siano stati desunti da documenti non prodotti dalle parti»* (tra le tante, Cass. n. 13015/2004, rv. 574543); il suddetto potere del c.t.u. è esercitabile *«pur in mancanza di espressa autorizzazione del giudice»* (Cass. n. 1020/2006, rv. 588885).

5.6 Per altro verso, un contemperamento della finalità epistemica del processo con altri principi di pari rilievo (di economia processuale e della ragionevole durata) si ritrova nelle pronunce che riconoscono al giudice il potere di *«revocare la prosecuzione di una prova orale quando ritenga superflua l'ulteriore assunzione e sufficienti gli elementi raccolti, non essendo necessaria l'escussione di tutti i testi già ammessi, purché la mancata escussione sia razionale e giustificata e ne venga data adeguata motivazione nella sentenza di merito»* (Cass. n. 9234/2009, rv. 607813, e n. 9551/2009, rv. 607810) e in quelle che, pur ammettendo la facoltà della parte che interviene volontariamente in un processo già pendente *«di formulare domande nei confronti delle altre parti,*

quand'anche sia ormai spirato il termine di cui all'art. 183 cod. proc. civ. per la fissazione del "thema decidendum"», escludono che «tale interpretazione dell'art. 268 cod. proc. civ. [violi] il principio di ragionevole durata del processo od il diritto di difesa delle parti originarie del giudizio: infatti l'interveniente, dovendo accettare il processo nello stato in cui si trova, non può dedurre - ove sia già intervenuta la relativa preclusione - nuove prove e, di conseguenza, non vi è né il rischio di riapertura dell'istruzione, né quello che la causa possa essere decisa sulla base di fonti di prova che le parti originarie non abbiano potuto debitamente contrastare» (Cass. n. 25264/2008, rv. 605243).

Inoltre, particolare importanza assume il principio di non contestazione, secondo il quale *«l'onere di contestazione tempestiva non è desumibile solo dagli artt. 166 e 416, cod. proc. civ., ma deriva da tutto il sistema processuale come risulta: dal carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo, avuto riguardo al novellato art. 111 Cost.. Conseguentemente, ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto [...]» (Cass. n. 12636/2005, rv. 581970).*

In realtà, la non contestazione non fa diventare vero ciò che è falso, né fa diventare vero ciò che è già vero di per sé (perché così oggettivamente accertato nel processo), ma produce effetti pratici di semplificazione del processo e responsabilizzazione delle parti: *«si ammette che il giudice si comporti come se quell'enunciato fosse vero, ossia come se il fatto ipotizzato ed affermato in sede di allegazione si fosse davvero verificato nel mondo degli accadimenti reali» (M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 130).*

Le indicazioni della giurisprudenza sono state recepite dal novellato art. 115, comma 1, c.p.c., il quale ora prevede che *«salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita ».*

6. Da questa pur rapida rassegna giurisprudenziale emerge che il tema del diritto alla prova costituisce terreno elettivo per il *bilanciamento* di valori diversi, dei quali la giurisprudenza e la legge si fanno carico, facendo prevalere, talora, la finalità del processo di concludersi con una decisione realmente giusta, in quanto emessa sulla base di un giudizio di fatto veritiero, e talora

facendo prevalere obiettivi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, rispetto ai quali è considerato come strumentale lo stesso principio di lealtà processuale.

Si deve però fare un passo avanti. Dobbiamo chiederci se la previsione dell'art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c., sull'inammissibilità del ricorso per cassazione «*quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*», svolga un ruolo (e quale esso sia) agli effetti del contemperamento di cui s'è detto, quanto al diritto alla prova.

La strumentalità di quest'ultimo rispetto al valore sommo dell'effettività della tutela giurisdizionale si giustifica in ragione del valore sostanziale che hanno i diritti e gli interessi che ne costituiscono l'oggetto (artt. 24 e 111 Cost.).

Ciò spiega l'evoluzione giurisprudenziale della S.C. che interpreta lo stesso diritto al contraddittorio in senso non più formale o statico ma dinamico, in quanto strumentale al principio di effettività della tutela. Il diritto del cittadino al giusto processo deve sì «*essere soddisfatto attraverso il contraddittorio tra le parti in ogni fase processuale in cui si discuta e si debba decidere circa diritti sostanziali o posizioni comunque giuridicamente protette*», ma si deve sempre «*tenere conto del correlato e concreto interesse delle parti stesse ad agire, a contraddire o ad opporsi per realizzare in pieno il proprio diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.*» (in tal senso, Cass. n. 12122/2003, rv. 565956, ha ritenuto che un'impugnazione non sia ammissibile per il solo fatto che si lamenti la mera lesione del contraddittorio, ma occorre che la parte sia stata nell'impossibilità di difendersi a tutela di un diritto o di una posizione giuridicamente protetta); il principio del giusto processo rispetto all'esercizio del diritto al contraddittorio e di difesa si declina non astrattamente ma concretamente in ragione della utilità dell'attività processuale da compiere (*cfr.* Cass. n. 15895/2009, rv. 608951); analogamente, non è giustificabile che l'esercizio di codesto diritto, pur essenziale, possa tradursi «*in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue*» (Cass. S.U. n. 26373/2008, rv. 605610).

In altri termini, l'ordinamento riconosce il diritto al contraddittorio e di difesa in quanto «*garanzia effettiva*» e non formale, cioè in funzione strumentale, come mezzo al fine della tutela di situazioni sostanziali: la sua violazione non attinge la soglia di rilevanza qualora non ne risulti ostacolato apprezzabilmente l'esercizio del diritto di difesa (Cass. n. 22108/2006, rv. 593044; Corte Cost. n. 237/2007 *cit.*, nel senso che il diritto di difesa è violato in presenza di un «*sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione*»).

Ciò vale, a maggior ragione, per il diritto alla prova, che l'ordinamento tutela in quanto garanzia non formale ma sostanziale, che si alimenta del diritto al contraddittorio e alla difesa. Lo dimostra il principio di *rilevanza* della prova che, allo stesso tempo, *conforma e limita* il diritto delle parti di provare la fondatezza delle rispettive allegazioni fattuali.

Se si accoglie questa prospettiva, si deve riconoscere che il senso dell'effettività della tutela, di cui agli artt. 24 e 111 della Costituzione, sta non più solo nella possibilità delle parti di avvalersi di garanzie formali, pur fondamentali, ma nella oggettività funzionalità del processo al raggiungimento del suo obiettivo, che è quello di concludersi mediante decisioni considerate *giuste* perché fondate su accertamenti *veritieri* dei fatti di causa.

Ne consegue che la funzione c.d. *epistemica* del processo trova conferma e alimento nelle ricordate norme costituzionali, interpretate dalla giurisprudenza che riconosce 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*» (Corte Cost. n. 77/2007 e n. 220/1986, nel senso che il «*processo giusto*» dev'essere finalizzato ad una pronuncia di merito, che stabilisca chi ha ragione e chi torto, avendo ad oggetto la verifica dell'azione in senso sostanziale; *cf.* Cass. S.U. n. 24883/2008 e, quanto alla tutela minima risarcitoria delle situazioni giuridicamente rilevanti, Cass. S.U. n. 30254/2008, rv. 605844).

La risposta che il giudice è chiamato a dare alle parti deve essere una risposta di *verità* (secondo M. Taruffo, *Considerazioni su prova e verità*, cit., 294-295 e 300, le limitazioni, derivanti anche dalla qualità e quantità delle prove disponibili, che nel processo impediscono di accertare la verità «*non escludono che attraverso le prove si determini la verità o falsità degli enunciati fattuali, e quindi si conoscano i fatti dei quali gli stessi enunciati si occupano*», e ciò «*in maniera sostanzialmente non diversa da quanto accade al di fuori del processo. Anche negli altri settori d'esperienza, infatti, accade di non poter disporre di tutte le informazioni possibili per le ragioni più diverse [...], così come accade di avere limiti di tempo e di risorse nella ricerca della verità di un fatto la cui conoscenza serve a prendere decisioni ulteriori. Tuttavia, non si dubita, malgrado questi limiti, che la ricerca della verità abbia senso, e che un decisore razionale debba tendere a massimizzare la veridicità della sua conoscenza dei fatti che gli interessano, se vuole massimizzare la validità delle sue decisioni e ridurre il rischio di errori che possono avere gravi conseguenze*»).

Alla finalità epistemica, pertanto, potrebbe essere attribuito un peso maggiore rispetto al passato, valorizzando gli orientamenti giurisprudenziali ad essa ispirati, nell'ambito del bilanciamento di cui s'è detto con altri valori: quelli di economia, di ragionevole durata e, soprattutto, di lealtà processuale.

A quest'ultimo riguardo, notevole significato assume il novellato art. 153, comma 2, c.p.c. che, nel generalizzare l'istituto della rimessione in termini (prima confinato nella fase istruttoria dall'abrogato art. 184 bis c.p.c.), prevede che «*la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini*». Ciò dimostra che una regola di preclusione (che possiamo considerare astrattamente *anti-epistemica*)

deve cedere di fronte all'interesse della parte incolpevole di introdurre il materiale probatorio che serve per giungere ad una tutela effettiva delle situazioni soggettive.

Ne consegue che, poiché l'interpretazione della legge che regola il processo (art. 111, comma 1, Cost.) dev'essere in tal senso conformata, deve esserlo anche l'interpretazione dell'art. 360 *bis* n. 2 c.p.c. .

Si è autorevolmente osservato che *«il dovere della Corte di cassazione di pronunciarsi sul fondo dei motivi [...] sussiste, quanto alla violazione di norme sul procedimento, alla condizione aggiuntiva che nel caso concreto abbia determinato la violazione dei principi regolatori del giusto processo. E' questo un giudizio che la Corte deve esprimere caso per caso ed è giustificato che sia così, perché la natura strumentale delle norme processuali fa sì che debbano cedere al valore della effettività della tutela giurisdizionale, quando non ne abbiano concretamente condizionato i risultati»* (P. Vittoria, *Il filtro al ricorso per cassazione nella legge n. 69 del 2009: controriforma o completamento di una riforma ?*, relazione al convegno svoltosi, sul tema, presso la Corte di Cassazione, il 28 ottobre 2009). Ciò significa che *«gli errores in procedendo possono portare alla cassazione della sentenza impugnata solo se la norma procedimentale violata incide sulla base fattuale della decisione»*; e, anche quanto al difetto di motivazione, il ricorrente è tenuto a svolgere un'argomentazione ancorata ai fatti processuali *«che avrebbero dovuto essere presi in esame, perché erano tali da imporre logicamente un diverso accertamento»* (P. Vittoria, intervento nel medesimo convegno, nel *report* di M. Rossetti).

Quindi, nel caso di prove testimoniali dichiarate inammissibili, dev'essere cura del ricorrente dimostrare che cosa davvero l'ammissibilità di quella prova avrebbe potuto comportare, se fosse stata ammessa, secondo una ragionevole prognosi.

Ad esempio, ipotizzando che l'art. 183, comma 4, c.p.c., sul dovere del giudice di prospettare alle parti *«le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione»*, possa valere anche nelle situazioni in cui non si ravvisi una questione rilevabile d'ufficio in senso stretto, quando il giudice, interpretando la regola generale sull'onere probatorio (art. 2697 cod. civ.), preveda di decidere la causa sulla base di una certa distribuzione dell'*onus probandi* nella tal controversia (ad es., applicando il criterio della vicinanza alla prova o altri criteri), ci si può chiedere se, alla luce del nuovo art. 360 *bis* n. 2 c.p.c., la parte che deduca l'errore *in procedendo* sia tenuta anche a dimostrare quali mezzi di prova avrebbe potuto proporre qualora il giudice le avesse prospettato che l'onere della prova spettava ad essa (l'attuale giurisprudenza della S.C. è nel senso della nullità radicale della sentenza per violazione del diritto di difesa e mancato esercizio del contraddittorio: di recente, Cass. n. 15194/2008, rv. 603862; secondo Cass. n. 21108/2005, rv. 585265, la denuncia dev'essere accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto

porre in essere, nel caso in cui essa sia proposta in appello e la violazione sia avvenuta in primo grado, con conseguente rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività omesse).

L'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la parte che si dolga per la denegata ammissione di una prova è tenuta, tra l'altro, a dimostrare che questa avrebbe indirizzato il giudice verso una decisione della causa diversa da quella erroneamente adottata sulla base di un giudizio inveritiero dei fatti, sembra coerente con la interpretazione prevalente dell'art. 360 *bis* n. 2 c.p.c. cui s'è accennato, che condiziona l'ammissibilità delle censure per *vitia in procedendo* alla deduzione di vizi che abbiano concretamente minato la giustizia della sentenza.

4. L'imparzialità e la terzietà del giudice. (Raffaele Cantone)

1. Fra "i principi regolatori del giusto processo", cui fa riferimento l'art. 360 *bis*, n. 2, cod.proc.civ., rientra certamente anche quello di "imparzialità e terzietà" del giudice.

Esso, infatti, risulta espressamente inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 nel secondo comma dell'articolo 111 Cost., con la seguente dizione: "*..ogni processo si svolge ... davanti ad un giudice terzo ed imparziale*".

Malgrado al "giudice" siano avvicinati due aggettivi (cioè "terzo" ed "imparziale") si dubita se essi abbiano o meno autonomo significato; secondo alcuni autori (Chiarloni), infatti, si sarebbe in presenza di un'endiadi, una formula enfatica, inutilmente ripetitiva, perché è difficile individuare una differenza reale fra giudice "terzo" ed "imparziale"; secondo altri (De Santis, Montesano-Arieta), invece, le due parole esprimerebbero concetti sul piano semantico del tutto diversi; l'imparzialità imporrebbe una regola di equidistanza dalle parti, tale da imporre al giudice di trattare e decidere la causa senza essere influenzato dalla presenza di "collegamenti" esterni al processo; la terzietà, invece, si caratterizzerebbe come una regola di equidistanza dall'oggetto della decisione, che permette al giudice di rendere la decisione in condizioni tali da assicurare una posizione di equidistanza.

Secondo la maggioranza degli interpreti, comunque, il principio di cui si discute non aggiungerebbe sostanzialmente nulla di nuovo, ma si sarebbe limitato a codificare espressamente quanto ricavabile dal testo originario della Costituzione, così come interpretato dalla Corte costituzionale.

Per tale ragione, può essere utile, di seguito, sia pure molto sinteticamente, ricostruire l'elaborazione giurisprudenziale del concetto e significato dell'imparzialità-terzietà.

2. Il primo testo normativo che espressamente tratta della necessità di un giudice con specifiche garanzie di imparzialità-terzietà è la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – nella pratica divenuta nota con l'acronimo CEDU – ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848.

L'art. 6, la cui rubrica molto significativamente recita “diritto ad un processo equo”, espressamente sancisce che *“ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata imparzialmente ... da parte di un tribunale indipendente ed imparziale...”*.

L'elaborazione della giurisprudenza della Corte europea sul punto appare particolarmente interessante per gli spunti interpretativi che può fornire.

Tenendo conto delle difficoltà fisiologiche di individuare principi di carattere generale dalle pronunce della Corte Europea di Strasburgo, molto calibrate sul caso concreto, e premettendo che gran parte delle decisioni risultano pronunciate con riferimento alla materia penale si può affermare che nella giurisprudenza europea viene distinta l'imparzialità in soggettiva ed oggettiva.

Tale distinzione emerge con chiarezza, forse per la prima volta in termini così precisi, dalla sentenza Piesack c/ Belgio dell' 1 ottobre 1982, secondo cui:

“Se l'imparzialità può essere, in generale, definita come l'assenza di pregiudizi o di preconcetti, sotto il profilo dell'articolo 6 § 1 CEDU essa può essere valutata secondo diverse modalità. Si può distinguere tra un approccio soggettivo, che cerca di determinare ciò che il giudice pensava nel suo foro interiore in tale circostanza, ed un approccio oggettivo, che conduce a ricercare se il giudice offriva delle garanzie sufficienti per escludere a questo riguardo ogni dubbio legittimo. [...]. In questa materia, anche le apparenze possono rivestire una certa importanza [...] Ne va della fiducia che i tribunali devono ispirare ai cittadini in una società democratica”.

Quanto all'imparzialità sotto il profilo soggettivo - oggetto di limitati interventi da parte della suddetta Corte europea, proprio per le maggiori difficoltà di individuazione concreta - può essere interessante ricordare come si sia ritenuto violato il principio in un caso in cui un giudice aveva reso dichiarazioni, pubblicate sulla stampa, di critica all'attitudine della difesa, formulando anche previsioni sull'esito dell'affare sostenendo, in particolare, che non sapeva ancora “se la sentenza avrebbe recato condanna o parziale assoluzione” e, quindi, scartando l'ipotesi di assoluzione piena (Lavents c/ Lettonia del 28 novembre 2002).

Maggiore, anche dal punto di vista quantitativo, è la produzione giurisprudenziale europea sull'imparzialità oggettiva.

Con riferimento a tale profilo sembrano potersi distinguere due situazioni in cui la CEDU si è posta il problema della violazione della regola di cui all'art. 6.

Una prima riguarda casi in cui il giudice oggettivamente non sembra dotato dei requisiti di imparzialità, perché, ad esempio, cumula funzioni giurisdizionali ed amministrative. Senza

ripercorrere le numerose decisioni in argomento, può essere paradigmatico partire da una fattispecie recentissima che riguarda proprio l'Italia (Savino c. Italia del 28 aprile 2009).

Oggetto della contestazione era la imparzialità della giurisdizione “domestica” della Camera dei deputati per le controversie riguardanti il trattamento economico dei propri dipendenti; secondo la Corte europea gli organi di giurisdizione interna delle Camere hanno legittimo fondamento: di per sé, il fatto di essere costituiti da deputati estratti a sorte non contrasta con il principio di imparzialità e terzietà; il *vulnus* a tali principi può essere ravvisato, invece, con riferimento all'organo di giudizio di secondo grado che è formato interamente da deputati appartenenti all'ufficio di presidenza della Camera, struttura quest'ultima deputata a dirimere le principali questioni amministrative del ramo del Parlamento.

In altri casi si è pure ritenuta la violazione del canone di imparzialità sotto il profilo in esame; in particolare:

- Demicoli c. Malta del 27 agosto 1991, in cui si contestava il cumulo di funzioni di accusatore, giudice e parte lesa della Camera dei rappresentanti, vilipesa da un giornale satirico;
- Procola c. Lussemburgo del 28 settembre 1985, in cui il Consiglio di Stato era chiamato a giudicare sulla legittimità di un regolamento su cui aveva espresso parere;
- Delcourt c. Belgio del 17 gennaio 1970 in cui si contestava la possibilità che il p.m. partecipasse alla camera di consiglio della Corte di cassazione, sia pure senza diritto di voto.

Una seconda situazione riguarda, invece, i casi in cui il difetto di parzialità viene contestato perchè i giudici hanno avuto conoscenza degli atti per un loro ruolo pregresso o perchè si sono, sia pure in parte marginale, già pronunciati sulla *regiudicanda*.

Sul punto nella giurisprudenza della Corte europea possono individuarsi due posizioni.

Una prima, numericamente minoritaria, appare più rigorosa, individuando la violazione del principio di imparzialità-terzietà nella funzione in astratto, indipendentemente dal comportamento concreto tenuto dal giudice (Piersack c. Belgio cit. e De Cubber c. Belgio del 26 ottobre 1984).

Una seconda posizione, invece, numericamente maggioritaria, non ritiene che il contrasto con il canone previsto dall'art. 6 possa essere ricollegato alla sola funzione svolta dal giudice, ma considera necessario verificare in concreto se il giudice è effettivamente “sospetto”. Così, in una complessa vicenda riguardante un procedimento civile di approvazione di una compravendita di terreni (Ringeisen c. Austria del 16 luglio 1971) la CEDU ha affermato che “*non si può neanche vedere un motivo di legittimo sospetto nella circostanza che due membri avevano preso parte alla prima decisione della Commissione regionale, perché non si potrebbe stabilire, come principio generale derivante dal dovere di imparzialità, che una giurisdizione, chiamata a statuire su*

un'impugnazione e che annulli una decisione amministrativa o giudiziaria, abbia poi l'obbligo di rinviare la causa ad un'altra autorità giudiziaria o allo stesso giudice ma in altra composizione" (in termini analoghi anche Hauschild c. Danimarca del 24 maggio 1989).

In altre due vicende, poi, (Padovani c. Italia del 26 febbraio 1993 e Nortier c. Paesi Bassi del 24 agosto 1993) la Corte ha enunciato il principio secondo cui il semplice cumulo di funzioni esercitato dal medesimo giudice di per sé non causa la parzialità dello stesso, dovendosi valutare i concreti provvedimenti adottati nel corso della fase precedente, poiché solo se le questioni trattate al fine della decisione di essa coincidono con quelle oggetto della successiva decisione di merito può considerarsi pregiudicata la capacità del giudice di esprimere un convincimento nuovo, sereno e distaccato.

A conclusioni simili anche le sentenze S. Marie c. Francia del 16 dicembre 1992; Thomann c. Svizzera del 10 giugno 1996 e Bulut c. Austria del 22 ottobre 1996, quest'ultima meritevole di particolare menzione perché la Corte si pronuncia nel merito, escludendo, comunque, la violazione, anche se nel processo il ricorrente non aveva ritenuto di esercitare la ricasazione.

3. Nel sistema processuale italiano, non vi è dubbio che le affermazioni più importanti riguardanti l'imparzialità-terzietà si sono avute nel processo penale.

Il legislatore del codice del 1989, a presidio di detto canone, aveva previsto accanto agli istituti tradizionali della ricasazione e dell'astensione anche quello dell'incompatibilità (art. 34 cod. proc. pen.) che avrebbe dovuto garantire il sistema contro il rischio di posizioni sospette o preconcepite di un giudice, dovute all'adozione di specifici atti nell'ambito del procedimento.

A partire dal 1990 (C. Cost., 26 ottobre 1990, n. 496) e nel corso degli anni l'istituto è stato completamente inciso da una lunga serie di sentenze della Corte costituzionale.

Con queste pronunce, la Corte ha teorizzato l'esistenza nella Costituzione dei principi di terzietà ed imparzialità del giudice, ben prima della codificazione da parte dell'art. 111; la loro tutela deriva dal combinato disposto dell'art. 3 Cost. (sotto il profilo che sarebbe causa di disparità di trattamento l'eventualità che non tutte le parti potessero godere di un giudice imparziale), dell'art. 24 Cost. (dal momento che la parzialità del giudice pregiudicherebbe il diritto di difesa) e dell'art. 101 Cost. (non potendo considerarsi soggetto solo alla legge il giudice che invece sia vincolato al suo precedente giudizio).

Non sarebbe possibile in questa sede, per ragioni di brevità, nemmeno fare l'elenco di tutte le sentenze intervenute sul punto.

Può bastare - ai fini dell'indagine che si compie, per valutare analogie e differenze con quanto accade nel processo civile - ricordare come risulti affermato il principio (vedi, *ex plurimis*, C. Cost.

15 settembre 1995, n. 432; C. Cost. 24 aprile 1996, n. 131, C. Cost. 20 maggio 1996, n. 155) secondo cui la previa conoscenza, da parte del giudice dei risultati delle indagini preliminari, acquisita al fine di disporre una misura cautelare personale o in occasione del riesame della stessa, comporta l'incompatibilità dello stesso a svolgere funzioni di giudizio, sia esso in forma dibattimentale o abbreviato o persino in sede di patteggiamento.

La giurisprudenza della Cassazione penale ha anche affrontato vari possibili profili di incidenza della regola di imparzialità-terzietà sul processo, individuando principi suscettibili di possibile applicazione anche per il processo civile.

Di rilievo le statuizioni della Suprema Corte che, nel dichiarare infondate eccezioni di legittimità costituzionale, hanno implicitamente confermato la regola che le eventuali violazioni al principio di cui ci si occupa possono essere fatte valere soltanto dall'interessato attraverso la ricusazione, nel rispetto di termini e modalità stabiliti dal codice di rito.

Sono state, infatti, ritenute manifestamente infondate le eccezioni di costituzionalità per contrasto con i principi di imparzialità-terzietà dell'art. 38 cod. proc. pen., nella parte in cui sono previsti precisi limiti temporali all'esercizio del potere di ricusazione (Cass. sez., I, 5 dicembre 2000, n. 10136), dell'art. 178 cod. proc. pen., nella parte in cui non ricollega la sanzione di nullità alle violazioni inerenti la terzietà e la parzialità del giudice (Cass. sez. VI, 18 aprile 2002, n. 25279), dell'art. 40 cod. proc. pen, nella parte in cui vieta la ricusazione dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione (Cass. sez. III, 13 dicembre 2001, n. 5658), o dell'art. 37 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede la possibilità di ricusare il giudice in presenza di quelle gravi ragioni di convenienza che giustificano la richiesta di astensione (Cass. sez. II, 19 giugno 2007, n. 27611).

In sede, poi, di valutazione di comportamenti di giudici ritenuti contrastanti con i principi di terzietà ed imparzialità, la Corte di cassazione ha escluso violazioni nei casi in cui:

- il magistrato della sezione spoglio della Cassazione aveva segnalato al procuratore generale l'imminenza di una prescrizione di un reato al fine di far avanzare richiesta di abbreviazione dei termini di prescrizione *ex art. 169 c.p.p.* (Cass. sez. V, 22 febbraio 2007, n. 8260);
- il giudice, nelle more del processo, aveva chiesto ed ottenuto il trasferimento ad un ufficio requirente (Cass. sez. V, 13 marzo 2003, n. 552);
- la valutazione espressa su di una questione incidentale non rappresentava anticipazioni sul merito della *regiudicanda* (Cass. sez. II, 29 marzo 2007, n. 19648).

4. Nel processo civile la salvaguardia dell'imparzialità-terzietà del giudice è stata affidata soprattutto agli istituti della ricusazione ed astensione, che ne garantiscono l'effettività secondo una logica *a posteriori* e in concreto, pur se nel tempo si è più volte dubitato della loro sufficienza e comunque della compatibilità di alcune regole processuali, sia contenute nel codice che in leggi speciali, con il

principio in discussione ed a tal fine in più occasioni si è richiesto l'intervento della Corte costituzionale.

Senza poter ripercorrere tutte le decisioni di detta Corte, si può tranquillamente affermare che l'orientamento di quest'ultima è stato improntato a cautela maggiore rispetto alle posizioni assunte con riferimento al processo penale, sostenendosi l'incommensurabilità dei valori in giuoco tra i due tipi di processo: la libertà da un lato e la proprietà, in senso lato, dall'altro.

La Corte delle leggi ha anche voluto in più arresti rimarcare la continuità della giurisprudenza precedente e successiva al 1999, espressamente affermando che nessuna reale modifica al tessuto costituzionale era avvenuta con la legge Cost. n. 1 del 1999; il nuovo art. 111 altro non aveva fatto che formalizzare un principio già presente (*ex plurimis*, C. Cost. 15 luglio 2003, n. 240).

Un primo terreno di intervento è stato quello della legittimità dei poteri officiosi del giudice, in special modo quelli che consentivano di dichiarare d'ufficio il fallimento, prima della recente riforma della legge fallimentare.

La Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto (C. Cost. 15 luglio 2003, n. 240, cit.), ribadendo quanto già affermato in precedenti occasioni, ha precisato: a) il principio della domanda non trova diretta copertura costituzionale; b) l'iniziativa officiosa, prevista dal legislatore in ragioni di peculiari esigenze di effettività della tutela giurisdizionale, non lede il principio di terzietà-imparzialità del giudice quando il procedimento sia comunque strutturato in modo che il giudice conservi il requisito di soggetto *super partes*; c) la posizione di terzietà-imparzialità è assicurata ogni volta che il procedimento per la dichiarazione di fallimento sia comunque sollecitato dall'esterno, dovendosi quindi ritenere preclusa al giudice fallimentare la ricerca della *notitia decoctionis*.

Un secondo campo è quello riguardante i casi in cui il giudice si sia già pronunciato, con provvedimenti aventi comunque contenuto *latu sensu* decisorio, nella fase dell'istruttoria.

In tali occasioni, la questione di legittimità costituzionale per contrasto con il principio di imparzialità-terzietà è stata sollevata sempre avendo riguardo all'art. 51 cod. proc. civ., chiedendo, di fatto, al Giudice delle leggi una sentenza additiva e censurando l'omessa previsione di specifiche cause di ricusazione.

In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 cod. proc. civ. nella parte in cui non impone l'obbligo di astensione al giudice della causa di merito che abbia concesso un provvedimento d'urgenza *ante causam* (C. Cost. 7 novembre 1997, n. 326).

Nella motivazione la Corte, respinte le analogie con il sistema delle misure cautelari emesse dal giudice penale, afferma il principio che una delibazione rivolta ad un provvedimento comunque connotato dalla provvisorietà non rende incompatibile per il merito il giudice che l'ha operata.

E tale conclusione appare valida anche nel caso in cui in relazione alla situazione concreta la cognizione possa essere stata piena.

Di contro, il Giudice delle leggi, sia pure attraverso sentenze interpretative di rigetto, ha di fatto suggerito nuove forme di incompatibilità per prevenzione nel processo civile, facendole rientrare, con un'interpretazione ampia, nell'ipotesi di ricusazione di cui all'art. 51, n. 4 cod. proc. civ. .

Si tratta di situazioni diverse rispetto al provvedimento d'urgenza di cui sopra, perché il *decisum* giudiziario in questi casi non ha carattere di provvisorietà ma viene emanato a seguito di una cognizione piena anche se *deformalizzata*.

In questo senso, la Corte costituzionale ha ritenuto che il giudice che ha emanato il decreto di repressione della condotta antisindacale non può conoscere dell'opposizione (C. Cost. 15 ottobre 1997, n. 387) e che sempre dell'opposizione, *ex art. 18 l. fall.*, non possa conoscere il giudice che ha fatto parte del collegio che deciso il fallimento (C. Cost. 23 dicembre 2005, n. 460, che in motivazione ha precisato non la situazione scrutinata non è automaticamente estensibile ad altri comparti della legge fallimentare).

5. La giurisprudenza della Corte di cassazione in sede civile che si è occupata delle ricadute sul processo del principio di imparzialità-terzietà appare anch'essa, nelle sue non numerose prese di posizione, improntata a particolare cautela.

In estrema sintesi, il Giudice di legittimità sembra essere orientato a non voler far derivare dal canone costituzionale nuove forme di incompatibilità; in questo senso ha ritenuto, infatti, che non vi fossero ragioni per escludere il giudice delegato dalla possibilità di partecipare al giudizio di reclamo *ex art. 26 l. fall. vecchio testo* (Cass. sez. I. 13 luglio 2004, n. 12969) e ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale degli artt. 377 e 380 bis cod. proc. civ. nella parte in cui consentono che, nel giudizio camerale di Cassazione, il giudice relatore possa comporre il collegio giudicante (Cass. sez. I, 16 aprile 2007, n. 9094 e Cass. sez. I, 2 luglio 2008, n. 18047).

D'altro canto la Corte di cassazione ha anche più volte affermato non essere arbitraria la scelta del legislatore di garantire l'imparzialità-terzietà attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, rimarcando come l'art. 111 Cost., nel fissare i principi del giusto processo, abbia demandato al legislatore ordinario di dettarne la disciplina (Cass. sez. II, 29 marzo 2007, n. 7702 e Cass. sez. II, 4 giugno 2008, n. 14807).

Non può, inoltre, essere considerata nulla la sentenza il cui vizio consisterebbe proprio nella lesione dell'imparzialità-terzietà che, però, non sia stato dedotto dall'interessato attraverso l'istituto della riconsiderazione medesima (Cass. sez. I, 16 aprile 2004 n. 7252).

Va segnalato, però, come in una recente decisione la Corte di cassazione sembra essersi discostata dall'indicato *trend* giurisprudenziale, sostenendo, con un arresto particolarmente criticato in dottrina (Ferro e De Santis), che l'esigenza di assicurare la terza parte e l'imparzialità del tribunale fallimentare porti ad escludere che il P.M. ai fini della richiesta di dichiarazione di fallimento, possa assumere la *notitia de coactione* da una segnalazione proveniente dal medesimo tribunale fallimentare.

Nel caso di specie, fra l'altro, la Corte ha sanzionato l'inosservanza del principio costituzionale con la nullità della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta ad iniziativa del p.m. (Cass. sez. I, 26 febbraio 2009, n. 4632).

5. L'obbligo di motivazione della decisione . (Enzo Vincenti)

1. La generale previsione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali era già presente nella formulazione originaria dell'art. 111 Cost., che, proprio nella sua disposizione di apertura (primo comma) ed in modo quasi enfatico, poneva, per l'appunto, un siffatto vincolo in riferimento a "tutti" gli anzidetti provvedimenti. Nulla è mutato al riguardo a seguito della novella di cui alla legge costituzionale n. 2 del 1999, se non la diversa collocazione materiale della disposizione, la quale, nell'ambito dell'attuale art. 111 Cost., viene a costituire il sesto comma.

Non sembrano esservi dubbi di sorta, però, sul fatto che l'obbligo di motivazione, già prima della richiamata riforma costituzionale, integrasse uno dei parametri di riconoscimento del "processo giusto" – secondo l'espressione più volte utilizzata dalla Corte costituzionale negli anni '80 del secolo scorso – ed integri adesso quelli del "giusto processo" predicato dal primo comma del novellato art. 111 Cost., posto che nella motivazione del provvedimento del giudice risiede, come efficacemente affermato da autorevole dottrina processualcivilistica, l'*"essenza stessa della giurisdizione"*.

Il connaturarsi dell'obbligo di motivazione con la stessa funzione giurisdizionale è testimoniato, del resto, dall'essere esso stesso precipitato dello Stato di diritto; si tratta, dunque, al pari dell'inverarsi del principio di legalità e di quello di separazione dei poteri, di una acquisizione giuridico-concettuale, tradottasi poi in norma positiva, relativamente recente sotto il profilo storico, siccome riconducibile, nelle sue moderne origini, alle suggestioni dell'epoca dei Lumi sul progresso della civiltà giuridica. E, tuttavia, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali rappresenta ancora oggi, con un peso effettivo di gran lunga maggiore di quanto non potesse esibire in tempi più risalenti, un tassello fondamentale della sistemazione ordinamentale dell'attuale Stato costituzionale,

quale elemento non irrilevante del complessivo bilanciamento tra poteri, nel cui ambito è contemplata la posizione di autonomia ed indipendenza della magistratura (art. 104 Cost.), in quanto organo della giurisdizione. E', difatti, nel dare contezza delle ragioni che giustificano la decisione assunta che il giudice, soggetto unicamente alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), dimostra di aver assolto al proprio compito istituzionale in modo conforme alla legge stessa e, al contempo, consente che il suo operato – nel quale si inverte, per l'appunto, la giurisdizione - venga sottoposto a controllo. Controllo funzionale, anzitutto, al diritto, anch'esso di rango costituzionale, delle parti interessate ad impugnare, nei modi e tempi previsti dall'ordinamento, la decisione che si reputi lesiva, giacché illegittima. Ma non solo, posto che l'obbligo di motivazione della decisione si impone anche ai giudici di cosiddetta "ultima istanza" (Corte di cassazione e Corte costituzionale). Sicché, è opinione condivisa quella per cui la motivazione appaga anche ulteriori e significative esigenze, oltre a quelle (come l'individuazione della portata esatta del *decisum*, in quanto suscettibile di essere eseguito e di divenire cosa giudicata) strettamente legate alla singolare vicenda processuale nella quale si innesta. Esigenze diversificate, che spaziano dall'ambito, ancora correlato alla giurisdizione, ma di più ampio respiro, della definizione dei contenuti del "diritto vivente", capace, nella sua virtualità, di indirizzare il percorso della giurisprudenza futura, ovvero da quello – questa volta oltrepassante i confini della giurisdizione e tale da investire la comunità civile nella sua interezza - di permettere alla stessa "opinione pubblica" (e, per essa, in primo luogo agli stessi giuristi interpreti ed esplicatori della decisione) di esercitare un controllo – non meno importante per uno Stato costituzionale democratico - che può definirsi di "resistenza della decisione rispetto al criterio di giustizia".

2. L'intima appartenenza dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti del giudice al novero dei principi del "giusto processo" trova ulteriore riscontro in ambito sovranazionale nella sua ricomprensione, da parte della giurisprudenza della CEDU, dei caratteri che segnano il diritto ad un "processo equo".

Appare, infatti, particolarmente significativo che, sebbene l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo si interessi del solo percorso tramite il quale si giunge ad una decisione in un processo, ma non già della decisione in se stessa, la Corte di Strasburgo abbia avuto modo, in più di un'occasione, di ravvisare un *vulnus* dell'anzidetta norma nella violazione dell'obbligo di motivazione del provvedimento giudiziario.

L'affermazione più generale sull'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie quale aspetto della più ampia nozione di "giusto processo" si coniuga, però, con la precisazione (sentenza "*Van de Hurk c. Paesi Bassi*", del 19 aprile 1994) per cui esso non comporta che i tribunali debbano offrire una risposta dettagliata ad ogni argomento sollevato dalle parti, né che la Corte europea debba

verificare se tutti gli argomenti spesi dalle parti siano stati adeguatamente trattati. In definitiva, emerge chiaramente dalla giurisprudenza della CEDU (si veda, in particolare, sentenza “*Higgins ed altri c. Francia*”, del 19 febbraio 1998) che l’obbligo di motivazione è da modularsi, nella sua portata, secondo la natura della decisione, dovendo lo scrutinio sul relativo adempimento essere calibrato in base alle circostanze del caso di specie. In particolare, nella sentenza “*Hirvisaari c. Finlandia*”, del 27 settembre 2001, si afferma che il variare dell’obbligo di motivazione in riferimento alla natura della decisione consente al giudice dell’impugnazione di potersi limitare alla conferma della validità delle motivazioni stese dal giudice di primo grado, mentre quest’ultimo deve offrire una motivazione più dettagliata in modo da consentire l’impugnazione. Ciò, ovviamente, nel caso in cui il primo giudice non fornisca una motivazione insufficiente e contraddittoria, giacché, in siffatta evenienza, la decisione di gravame non può più essere circoscritta ad una mera conferma delle motivazioni della sentenza di primo grado. Nella stessa prospettiva si colloca la più recente sentenza “*Tatishvili c. Russia*”, del 22 febbraio 2007, in una controversia nella quale il giudice di prima istanza aveva offerto, nel respingere la domanda della ricorrente, delle motivazioni contraddittorie ed incoerenti, e il giudice di appello si era adeguato sommariamente a siffatta decisione di primo grado, senza, peraltro, esaminare i motivi di gravame della ricorrente.

3. La necessità che l’obbligo di motivazione, di cui all’art. 111 Cost., debba graduarsi in ragione della natura della decisione che il giudice è tenuto ad assumere, e delle circostanze in cui la stessa viene resa, costituisce, del resto, principio ben conosciuto dal nostro ordinamento e di esso ha fatto non infrequente applicazione la Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 4 del 1970, avuto riguardo all’allora vigente art. 409 del codice di procedura penale, in tema di decreto di citazione davanti al pretore, il Giudice delle leggi ha precisato che detto decreto, *<<avente i soli scopi di contestazione dell'accusa e di assegnazione di termini processuali, non può essere motivato altrimenti che in funzione di tali scopi. E deve ritenersi che esso rispetta il principio costituzionale sancito dall'art. 111, primo comma, quando contiene l'enunciazione del fatto contestato, del titolo del reato, degli articoli di legge applicabili ed indica altresì i testimoni a carico e discarico che il giudice reputa utili per l'accertamento della verità>>*.

Del pari, nel contesto del processo civile, in riferimento alla liquidazione del compenso del consulente tecnico, di cui alla disciplina recata dall’art. 24 disp. att. cod. proc. civ., con la sentenza n. 125 del 1972 si è affermato che *<<l'obbligo della enunciazione, da parte del giudice, delle argomentazioni di fatto e di diritto che sorreggono il decreto medesimo, assoggettato come sopra detto alla disciplina monitoria, deriva ovviamente dalla natura giurisdizionale e dalle finalità decisorie di esso nonché dall'esigenza che attraverso la motivazione possa svolgersi concretamente,*

in sede di opposizione, il sindacato sul merito della decisione con speciale riguardo alle circostanze ed agli elementi di cui il giudice deve tener conto ai fini della determinazione del compenso>>.

E', dunque, lo specifico ambito riservato dalla legge alle valutazioni e all'apprezzamento del giudice che condiziona la portata dell'obbligo di motivazione (ord. n. 250 del 1992; sent. n. 313 del 1990; sent. n. 237 del 1993). Non si tratta, pertanto, di obbligo che si raccorda ad una "competenza funzionale astratta", ma - come chiaramente posto in luce dalla sent. n. 70 del 1994 - <<*alla tipologia del provvedimento che l'organo della giurisdizione è chiamato ad adottare nell'ambito dei confini deliberativi che il legislatore ritiene di dover tracciare: ove, pertanto, i presupposti siano rigorosamente predeterminati, ... qualsiasi apprezzamento discrezionale resta assorbito dalla valutazione legale tipica, che, ovviamente, restringe, ma non esclude, il controllo giurisdizionale e il dovere di motivare sul punto>>.*

Di significativo interesse risultano, peraltro, le puntualizzazioni per cui il riconosciuto condizionamento della portata dell'obbligo di motivazione può operare anche in rapporto a circostanze come il tempo fissato a disposizione del giudice per rendere la decisione ovvero le complessive modalità di svolgimento del procedimento (ord. n. 123 del 1993).

4. Tali puntualizzazioni consentono di ravvisare un legame penetrante tra l'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali, quale principio regolatore del giusto processo (art. 111, primo comma, Cost.; art. 360-bis, primo comma, n. 2, cod. proc. civ.), ed il principio di ragionevole durata del processo stesso, di cui al secondo comma dello stesso art. 111 Cost.. L'effettività della tutela giurisdizionale e la durata ragionevole del processo nella quale la stessa si realizza costituiscono, dunque, una endiade capace di indirizzare l'interprete nel dare contenuto proprio al principio dell'obbligo di motivazione del provvedimento del giudice e così, una volta delineata la relativa portata, consentire di verificarne il rispetto, secondo un'indagine che non può esaurirsi, però, nel riscontro meramente formale della eventuale lesione, senza attingere alla concretezza della stessa.

Tuttavia, deve precisarsi, sin d'ora, che una prospettiva siffatta, siccome necessariamente orientata dalla pertinenza e funzionalità del principio in esame al novero di quelli regolatori del giusto processo di cui al n. 2 dell'art. 360-bis cod. proc. civ., non può non prendere in considerazione l'obbligo di motivazione, costituzionalmente imposto dall'attuale comma sesto dell'art. 111, in intimo raccordo con la norma prevista dal successivo comma settimo dello stesso art. 111, che delinea l'ambito del ricorso per cassazione "*per violazione di legge*". Proprio in questo ambito più specifico viene in rilievo, come posto in luce da Cass., Sez. U, n. 5888 del 1992 (per la giurisprudenza di legittimità penale si veda Cass., Sez. U, n. 25080 del 2003), <<*soltanto l'esistenza della motivazione in sé, senza estendersi al confronto del contenuto della motivazione con le risultanze del processo>>; il vizio che, in sostanza, emerge <<dallo stesso tessuto argomentativo>>*

tramite il quale il provvedimento del giudice si sviluppa, <<indipendentemente da qualsiasi riferimento a dati estranei alle argomentazioni addotte dal giudice a sostegno della decisione impugnata>>. Nel controllo in sede di legittimità di tale *error in procedendo*, la stessa Cassazione ha puntualizzato (Cass., Sez. 3, n. 7635 del 2003) che, ai fini della <<adeguatezza della motivazione del giudizio di fatto contenuto nella sentenza impugnata, i confini tra - da un lato - la debita verifica della indicazione da parte del giudice di merito di ragioni sufficienti, senza le quali la sentenza è invalida, e dall'altro - il non ammissibile controllo della bontà e giustizia della decisione possono essere identificati tenendo presente che, in linea di principio, quando la motivazione lascia comprendere le ragioni della decisione, la sentenza è valida. Tale rilievo non esclude la necessità che dalla motivazione (alla luce del disposto del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.) risulti il rispetto, nella soluzione della questione di fatto, dei relativi canoni metodologici, dall'ordinamento direttamente espressi o comunque da esso ricavabili>>.

5. In quest'ottica è, dunque, possibile analizzare, anzitutto, la recentissima riforma dell'art. 132 cod. proc. civ. e del correlato art. 118 disp. att. cod. proc. civ., da parte della legge 18 giugno 2009, n. 69, in ordine ai contenuti della sentenza e, cioè, del paradigmatico provvedimento giurisdizionale, avente i caratteri della decisorietà e della definitività, capace, dunque, di assumere stabilità di giudicato. Nella stessa ottica andrà letta anche la giurisprudenza di legittimità che, nell'adempimento della sua funzione nomofilattica, ha delineato i confini entro i quali si modula l'obbligo di motivazione della sentenza, dovendosi peraltro verificare, nei limiti di quanto consentito in questa sede, la “resistenza” del “diritto vivente” alla luce dell'intervento legislativo da ultimo ricordato.

6. Come è noto, la legge n. 69 del 2009, all'art. 47, comma 17, ha modificato il n. 4 del comma secondo dell'art. 132 cod. proc. civ., disciplinante il “contenuto della sentenza”, introducendo la locuzione “*concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*” in luogo della precedente “*concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione*”. Il legislatore – con il comma 5 dell'art. 52 della stessa legge n. 69 – è, del pari, intervenuto sul primo comma dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., precisando che <<La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi>>. In precedenza lo stesso comma primo recitava <<La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, n. 4 del codice consiste nell'esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione>>.

La “concisione”, dunque, non riguarda più l'esposizione dello “svolgimento del processo” quale elemento contenutistico della sentenza, mentre la stesura della relativa motivazione dovrà essere

“succinta”, così che entrambe le previsioni concorreranno, nell’intenzione del legislatore, ad accelerare i tempi di confezionamento del provvedimento decisorio della controversia, con conseguente contrazione dei complessivi tempi processuali.

7. Se l’impatto della riforma sulla tecnica redazionale della sentenza necessita, come è evidente, di una verifica sul campo, è possibile, però, riconoscere una sorta di adattamento positivo a talune indicazioni già emergenti dalla giurisprudenza prevalente, che trovano immediata incidenza sulla delineazione della portata dell’obbligo di motivare la decisione, senza smentire, peraltro, il combinato principio del giusto processo di durata ragionevole.

Anche di recente (Cass., Sez. L, n. 6683 del 2009) si è affermato, sulla scorta di orientamento già sperimentato (tra le tante, Cass., Sez. 5, n. 1170 del 2004), che la mancanza della concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei fatti rilevanti della causa può integrare <<un motivo di nullità della sentenza allorché tale omissione impedisca totalmente - non risultando richiamati in alcun modo i tratti essenziali della lite, neppure nella parte formalmente dedicata alla motivazione -, di individuare gli elementi di fatto considerati o presupposti nella decisione, nonché di controllare che siano state osservate le forme indispensabili poste dall’ordinamento a garanzia del regolare svolgimento della giurisdizione>>.

Sicché, ciò che rileva, in senso patologico, è l’impossibilità di individuare il *thema decidendum* e le ragioni che sorreggono la decisione (Cass., Sez. 5, n. 13990 del 2003), quali omissioni o carenze tali da incidere concretamente sul processo decisionale del giudice, tanto da determinare <<una mancata pronuncia sulle domande o eccezioni proposte dalle parti, oppure un difetto di motivazione in ordine a punti decisivi della controversia>> (Cass., Sez. 2, n. 4015 del 2004). Al contrario, ove la sentenza sia idonea al raggiungimento dello scopo - e, dunque, illustri <<esaurientemente i tratti essenziali della lite, nonché gli elementi considerati o presupposti nella decisione delle varie questioni>> - eventuali carenze ed omissioni nello svolgimento del processo, ovvero anche nella trascrizione delle conclusioni delle parti ed ancora nella indicazione delle disposizioni di legge applicate (non richiesta a pena di nullità: Cass., Sez. 2, n. 27890 del 2008) non potranno avere effetti invalidanti sul provvedimento medesimo.

Sembra, dunque, possibile enucleare un principio di fisiologica rispondenza della motivazione al modello previsto dal legislatore, secondo i criteri innanzi ricordati, allorché la stessa, seppur succinta, sia comunque idonea a conseguire l’obiettivo, consentaneo all’esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, di rendere concretamente riconoscibili i contorni fondamentali della controversia e gli elementi che il giudice ha considerato o ritenuto presupposti nella decisione. Con l’ulteriore precisazione per cui, come evidenziato da Cass., Sez. 3, n. 11673 del 2007 in relazione all’obbligo di motivazione della sentenza di appello, esso <<non si estende a tutte le potenziali

ricostruzioni del fatto che possano suffragare o contraddire la soluzione adottata con la decisione di primo grado, ma solo a quelle, ritenute decisive, che siano state prospettate dalle parti, ovvero che siano immediatamente correlate alle emergenze istruttorie>>. In tal senso può leggersi anche l'orientamento che reputa conforme al modello di sentenza delineato dal legislatore (art. 132 cod. proc. civ.) la pronuncia che motivi "implicitamente" e cioè che consente di ritenere disattesi <<tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'iter argomentativo seguito>> (tra le altre, Cass., Sez. 3, n. 17145 del 2006).

L'inidoneità della motivazione allo scopo anzidetto, con conseguente nullità della sentenza per violazione del combinato disposto degli artt. 132 cod. proc. civ. e 118 disp. att. cod. proc. civ., sarà, pertanto, ravvisabile non solo (e ovviamente) nella mancanza assoluta della motivazione stessa, sotto l'aspetto materiale e grafico (per la sostanziale assenza di motivazione ove la stessa sia graficamente indecifrabile, si veda anche, in ambito penalistico, Cass., Sez. U, n. 42363 del 28/11/2006), ma anche nella sua "apparenza", che si viene a configurare nei casi in cui essa <<si estrinsechi in argomentazioni non idonee a rivelare la ratio decidendi>> (da ultimo, Cass., Sez. L, n. 161 del 2009; in precedenza, tra le altre, Cass., Sez. 3, n. 11880 del 2007). Analogamente è da dirsi nelle ipotesi di <<contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili; di motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile>> (così Cass., Sez. U, n. 5888 del 1992, citata).

Sembra evidente, in ogni caso, che l'obbligo di motivazione investa eminentemente le *quaestiones facti*, posto che in base all'art. 384 cod. proc. civ. sussiste il potere correttivo della Corte di cassazione sulla erroneità della motivazione in diritto, ove il dispositivo della sentenza sia conforme al diritto stesso. E tuttavia di tale potere è inibito l'uso proprio nel caso in cui si denunci l'assenza della motivazione, posto che in tale evenienza non è consentito <<di accertare se la pronuncia sul punto sia stata motivata da erronee considerazioni giuridiche o da valutazioni di fatto>> (Cass., Sez. 2, n. 2440 del 1988; Cass., Sez. 2, n. 15764 del 2004).

8. Un problema di assolvimento dell'obbligo di motivazione della sentenza si è posto nelle ipotesi in cui il giudice motivi *per relationem*, così da rinviare ad altra "fonte" per la desumibilità delle ragioni fondanti la decisione.

In linea più generale, si registra una posizione della giurisprudenza di legittimità sostanzialmente incline ad ammettere la possibilità della motivazione *per relationem*, con la precisazione che la sua completezza e logicità deve essere valutata <<sulla base degli elementi contenuti nell'atto al quale si opera il rinvio e che, proprio in ragione del rinvio, diviene parte integrante dell'atto rinviante>>. Di qui, anche l'ulteriore corollario che - alla stregua del principio generale dell'ordinamento, di cui agli artt. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e 7, comma primo, della legge 27 luglio 2000, n. 212 per gli

atti amministrativi, *<<e valido, a maggior ragione, in forza dell'art. 111 Cost., per l'attività del giudice>>* - il rinvio deve essere *<<operato in modo tale da rendere possibile ed agevole il controllo della motivazione per relationem>>* (Cass., Sez. 3, n. 979 del 2009; Cass., Sez. L, n. 13937 del 2002, entrambe su rinvio a precedenti sentenze dello stesso organo giudiziario; Cass., Sez. 1, n. 10222 del 2009, su rinvio a conclusioni e passi salienti di una consulenza tecnica).

Anche la motivazione della sentenza del giudice di appello che rinvii in modo esplicito alla pronuncia di primo grado, *<<facendone proprie le argomentazioni in punto di diritto, è da ritenersi legittima tutte le volte in cui il giudice del gravame, sia pur sinteticamente, fornisca, comunque, una risposta alle censure formulate, nell'atto di appello e nelle conclusioni, dalla parte soccombente, risultando così appagante e corretto il percorso argomentativo desumibile attraverso l'integrazione della parte motiva delle due sentenze>>* (Cass., Sez. 2, n. 3636 del 2007).

La carenza di motivazione sarà invece concretamente apprezzabile allorché il rinvio alla sentenza di primo grado si risolva unicamente in una acritica approvazione della stessa (Cass., Sez. 2, n. 3066 del 2002).

Quando, poi, si tratti della particolare ipotesi del rinvio del provvedimento giurisdizionale alla motivazione del provvedimento amministrativo, ciò potrà riguardare *<<solo la parte di motivazione già espressa nel provvedimento richiamato ed impugnato ..., e cioè quella parte di essa che abbia già affrontato ed esaminato le questioni sollevate in via amministrativa, e limitatamente ad esse, non pure riguardo alle questioni nuove, proposte per la prima volta con il rimedio giurisdizionale - non valendo qui i principi processuali propri del doppio grado di merito e dei limiti riguardo al novum in appello -, ed ai nuovi profili delle questioni già esaminate con il provvedimento amministrativo, ma non sufficientemente considerate dallo stesso>>* (Cass., Sez. 1, n. 14390 del 2005).

9. In siffatto più ampio contesto deve, infine, trovare considerazione anche la modifica all'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., innanzi richiamata, là dove il legislatore ha espressamente inteso consentire una motivazione, succinta, *<<anche con riferimento a precedenti conformi>>* e cioè alla formazione di un orientamento, a tutti noto, della giurisprudenza della Cassazione.

Invero, anche in precedenza la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto adeguatamente motivata la sentenza di merito che, *<<in punto di diritto e sulla questione discussa e decisa, abbia riportato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, dichiarando di condividerlo e di volersì uniformare, in quanto anche in tal caso e con tali modalità risultano esposte, sia pure concisamente, le ragioni giuridiche della decisione>>* (tra le altre, Cass., Sez. 3, n. 13066 del 2007; Cass., Sez. 1, n. 28480 del 2005; Cass., Sez. 3, n. 12282 del 2004; Cass., Sez. L, n. 3905 del 1999).

Pertanto, sembra doversi attribuire alla riforma dell'art. 118 citato, come dai primi commentatori è stato suggerito, un rilievo ulteriore rispetto a quello della mera conferma di un orientamento

giurisprudenziale già collaudato e cioè l'importanza del riconoscimento formale del precedente di legittimità all'interno del nostro ordinamento, assumendo esso un valore di sistema in forza della previsione dell'art. 360-bis, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., la quale enuclea come ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione il fatto che <<il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa>>.

CAP. II

IL PRECEDENTE COME VALORE "DI SISTEMA" IN ALCUNI SIGNIFICATIVI PRONUNZIATI

1. IL GIUDICE CIVILE E L'ECONOMIA.

1.1. Contratti e consumatore. (Marco Rossetti)

a) Il contratto di mediazione. b) L'assicurazione obbligatoria della r.c.a. c) L'intermediazione finanziaria. d) L'abuso del diritto.

a) Il contratto di mediazione.

1. Con la decisione di Sez. 3, Sentenza n. 16382, la Corte era stata chiamata a risolvere una fattispecie oggettivamente non nuova: stabilire se il **promissario acquirente di un immobile** fosse o meno tenuto a pagare il **compenso** ad un **mediatore immobiliare**, unilateralmente incaricato dal promittente venditore, nonostante l'affare non si fosse concluso per mutuo dissenso, essendo emerso che dell'immobile promesso in vendita risultava comproprietaria una persona introvabile e che non aveva partecipato alle trattative. Nonostante tali circostanze, il mediatore aveva rifiutato di restituire al promissario acquirente la provvigione già incassata, allegando che questa era per contratto dovuta per il solo fatto di avere aderito alla proposta d'acquisto, e che comunque il mediatore non era tenuto a conoscere - e svelare alle parti - l'esistenza di comproprietari occulti dell'immobile posto in vendita. Soccombente in ambo i gradi di merito, il mediatore ricorse in Cassazione, ribadendo che l'incarico di individuare un acquirente (od un venditore) per un immobile non poteva in alcun modo comportare quello di accertarne la regolarità del titolo di provenienza. La S.C. ha confermato le decisioni di merito, ma riformulandone in parte ed in modo profondo le motivazioni, così

enunciando una rivisitazione dell'istituto. Per un primo principio, la mediazione tipica, di cui agli artt. 1754 e s. cod. civ., è soltanto quella svolta dal mediatore in modo autonomo, senza essere legato alle parti da alcun vincolo di mandato o di altro tipo, e **non costituisce un negozio** giuridico, **ma un'attività materiale** da cui la legge fa scaturire il diritto alla provvigione. Tuttavia, in virtù del *contatto sociale* che si crea tra il mediatore professionale e le parti, nella controversia tra essi pendente trovano applicazione le norme sui contratti, con la conseguenza che il mediatore, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, cod. civ., e di non aver agito in posizione di mandatario. Con un secondo principio, si è precisato che il conferimento ad un mediatore professionale dell'incarico di reperire un acquirente od un venditore di un immobile dà vita ad **un contratto di mandato e non di mediazione**, essendo quest'ultima incompatibile con qualsiasi vincolo tra il mediatore e le parti. Da ciò la S.C. ha fatto discendere la ulteriore conseguenza che nell'ipotesi suddetta il cd. mediatore: (a) ha l'obbligo, e non la facoltà, di attivarsi per la conclusione dell'affare; (b) può pretendere la provvigione dalla sola parte che gli ha conferito l'incarico; (c) è tenuto, quando il mandante sia un consumatore, al rispetto della normativa sui contratti di consumo di cui al d.lgs. n. 206 del 2005; (d) nel caso di inadempimento dei propri obblighi, risponde a titolo contrattuale nei confronti della parte dalla quale ha ricevuto l'incarico, ed a titolo aquiliano nei confronti dell'altra parte; (e) nell'ipotesi in cui si sia attivato su incarico di una delle parti (cd. **mediazione atipica**, in realtà un mandato), ha **l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede**, e di riferire alle parti le circostanze dell'affare a sua conoscenza, ovvero che avrebbe dovuto conoscere con l'uso della diligenza da lui esigibile. Tra queste ultime rientrano necessariamente, nel caso di mediazione immobiliare, **le informazioni sulla eventuale contitolarità del diritto** di proprietà in capo a più persone, sull'insolvenza di una delle parti, **sull'esistenza di iscrizioni o trascrizioni** pregiudizievoli, sull'esistenza di prelazioni od opzioni concernenti il bene oggetto della mediazione.

2. Ciascuno di questi principi si è posto in *rapporto di discontinuità* rispetto agli orientamenti in precedenza espressi dalla stessa Corte. La prima affermazione - la **mediazione tipica** intesa non come contratto ma **fatto** - si discosta dal principio, in precedenza reiteratamente affermato (pur non senza contrasti), secondo cui la mediazione avrebbe natura contrattuale. Proprio sulla natura contrattuale della mediazione, ad esempio, la S.C. aveva fondato l'affermazione della illiceità della cd. mediazione occulta (cioè svolta all'insaputa delle parti), poiché nessun contratto può ritenersi concluso "*senza il consenso espresso o tacito delle parti*" (così Cass., 07-08-1990, n. 7985; Cass., 06-06-1989, n. 2750; Cass., 04-03-1983, n. 1626; Cass., sez. II, 13-05-1980, n. 3154). In seno a questo orientamento si era avuto altresì cura di precisare, anche questa volta in modo difforme

rispetto alla sentenza del 2009, che la natura contrattuale della mediazione sussisteva sia nel caso in cui gli interessati avessero conferito preventivamente l'incarico al mediatore, sia nel caso in cui avessero accettato comunque l'attività da lui prestata di propria iniziativa, in quanto in entrambi i casi il rapporto tra parti e mediatore traeva origine e fondamento dalla volontà dei soggetti, manifestata esplicitamente o implicitamente attraverso fatti concludenti.

L'orientamento qui riassunto non era stato sempre unanime: già Cass., sez. III, 25-10-1991, n. 11384, in particolare, aveva ritenuto che gli effetti dell'attività di mediazione scaturissero *ope legis* dal suo mero esercizio, con la conseguenza che ove tale attività sia svolta nei confronti della P.A., produce i propri effetti anche ove l'incarico non sia stato conferito per iscritto.

3. Anche il secondo principio della sentenza del 2009 - la cd. **mediazione unilaterale** costituente in realtà un mandato - esprime la medesima *relazione di non continuità*. In varie occasioni la S.C. aveva prima affermato che il rapporto di mediazione non è incompatibile con la sussistenza di un rapporto contrattuale di altro tipo tra il mediatore ed uno dei soggetti messi in contatto, come ad esempio quando al mediatore sia affidato da una delle parti del futuro affare l'incarico unilaterale di attivarsi per la ricerca del *partner* commerciale (Cass., sez. III, 30-09-2008, n. 24333; Cass., 14-03-1984, n. 1750; Cass., 13-01-1982, n. 186; Cass., 12-11-1981, n. 5982), e nemmeno con la circostanza che il compenso al mediatore sia previsto a carico di una soltanto delle parti (Cass., sez. III, 07-04-2005, n. 7251; Cass., sez. III, 08-06-1993, n. 6384). Ancora più esplicitamente, Cass., sez. III, 05-09-2006, n. 19066 aveva espressamente affermato la configurabilità, accanto alla mediazione ordinaria, di una mediazione negoziale atipica ed unilaterale, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive stipulato tra il mediatore ed una soltanto delle parti intermedie.

4. Dello stesso segno, infine, rispetto a varie precedenti pronunce, appare il terzo dei principi affermato dalla decisione del 2009 - il mediatore immobiliare ha sempre e comunque **l'obbligo di informare le parti** non solo sulla situazione proprietaria dell'immobile (esistenza di uno o più proprietari), ma anche sulla esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, e sinanche di prelazioni od opzioni - pur se tali ultime due affermazioni, in verità, costituiscono meri *obiter dicta*, in quanto la fattispecie concreta aveva ad oggetto il caso di promessa in vendita di un immobile da parte di alcuni soltanto dei comproprietari. In passato, infatti, più volte la S.C. aveva affermato che, in assenza di specifico incarico, il mediatore non è tenuto a svolgere indagini tecnico-giuridiche particolari, come appunto la consultazione dei registri immobiliari (Cass., sez. III, 04-07-2006, n. 15274; Cass., sez. III, 17-05-1999, n. 4791). In almeno un caso, per vero, la sussistenza di tale obbligo a carico del mediatore era stata già affermata, ma solo in considerazione della natura

particolarmente delicata e complessa dell'affare: se quest'ultimo presenta caratteristiche particolari, il mediatore è tenuto ad una più penetrante verifica degli elementi rilevanti sulla valutazione e sicurezza del medesimo, soprattutto se, potendo avvalersi di mezzi e di una organizzazione propria, può agevolmente procurarsene la conoscenza (Cass., sez. II, 22-03-2001, n. 4126).

Mentre dunque in precedenza per la Corte il mediatore immobiliare aveva di norma **l'obbligo di informare (le parti)** ma non quello **di informarsi** (consultando i registri immobiliari), la sentenza più recente ha ritenuto sussistere anche il secondo di tali obblighi, quale effetto naturale del contratto.

b) L'assicurazione obbligatoria della r.c.a.

1. In materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli, con due pronunce sono stati composti contrasti risalenti nel tempo. Con Sez. U, Sentenza n. 15376 del 1 luglio 2009, si è stabilito che ai fini del **computo del massimale assicurato, per persona danneggiata**, ai sensi dell'art. 21 della legge 24 dicembre 1969 n. 990, deve intendersi non solo la vittima diretta dell'incidente, ma anche i prossimi congiunti o gli aventi causa della stessa. Se perciò in conseguenza di un sinistro stradale la vittima perda la vita, ed i congiunti domandino il risarcimento dei danni rispettivamente patiti, questi ultimi non devono essere soddisfatti tutti nell'ambito del massimale previsto per ogni singola persona, ma il limite del risarcimento è, distintamente per ciascun danno, quello previsto per ciascuna persona danneggiata, fermo nel complesso il massimale per singolo sinistro (cd. massimale catastrofale).

Secondo un primo e più antico orientamento, per *persona danneggiata o sinistrata* doveva intendersi soltanto la vittima del danno, e non anche l'erede o l'avente causa di questa. Di conseguenza, nel caso in cui la vittima fosse deceduta lasciando più congiunti, il danno da tutti costoro subito per effetto della morte del congiunto andava soddisfatto facendo ricorso non al massimale catastrofale, ma al massimale previsto in polizza per un singolo danneggiato (Cass. civ., sez. III, 04-04-2001, n. 4966; Cass. civ., sez. III, 25-01-1985, n. 373).

2. Per un secondo orientamento, invece, stabilire cosa le parti del contratto abbiano inteso con l'espressione *massimale per persona danneggiata* richiede un'indagine da condurre in base alla ricostruzione della comune volontà dei contraenti, secondo le ordinarie regole di ermeneutica negoziale (così Cass. sez. III, 11-11-2003, n. 16952; Cass., sez. I, 01-04-1981, n. 1845.). Quindi la questione in esame poteva essere risolta solo caso per caso.

Per il terzo orientamento, cui hanno aderito le Sezioni Unite nel 2009, per *persona danneggiata*, ai fini del computo del massimale deve intendersi ciascuno dei prossimi congiunti della vittima primaria, i quali vantino *iure proprio* un diritto al risarcimento; pertanto, il limite del massimale andrà conteggiato tante volte quanti sono i danneggiati (Cass., sez. III, 09-02-2005, n. 2653).

3. Con una seconda pronuncia in materia (Sez. U, Sentenza n. 6316 del 16 marzo 2009), la Corte si è occupata del caso in cui, prima delle modifiche introdotte dalla legge 19 febbraio 1992, n. 142 ed in conseguenza di un sinistro stradale, vi fossero stati **danni in capo ad una persona trasportata su un veicolo adibito al trasporto di cose**. Su tale problema la giurisprudenza di legittimità era divisa. Secondo un primo prevalente orientamento, il trasportato ferito non aveva azione diretta nei confronti dell'assicuratore, e non poteva invocare i benefici dell'assicurazione obbligatoria, in virtù del seguente sillogismo: (a) il testo dell'art. 4, lettera (c), della l. 990/69 prima del 1992 includeva nei benefici assicurativi i soli trasportati sui seguenti veicoli: (a') adibiti al trasporto di persone; (a'') adibiti al trasporto di cose, ma eccezionalmente autorizzati a trasportare anche persone; (b) in virtù del principio *inclusio unius, exclusio alterius*, per quella norma erano dunque esclusi dai benefici assicurativi i terzi trasportati su veicoli adibiti al trasporto di cose e non autorizzati al trasporto di persone. Si escludeva così dai benefici assicurativi la persona trasportata nella cabina di un autocarro privo dell'autorizzazione prefettizia al trasporto di persone, prevista dall'art. 57 codice della strada abrogato (Cass., 11 gennaio 1999, n. 196; nello stesso senso Cass., 23 gennaio 2006, n. 1231). Per un diverso e più recente orientamento, invece, la circostanza che il trasporto di un passeggero avvenga su un veicolo adibito al trasporto di cose "*anziché su uno destinato a trasporto di persone non costituisce un dato idoneo a differenziare, ai fini della applicazione della disciplina in questione, una situazione dall'altra*" (Cass., 14 dicembre 2004, n. 23294; la decisione aveva ad oggetto il caso di una persona trasportata su un furgone adibito al trasporto di cose che aveva perso la vita a causa di un sinistro dovuto all'imprudenza del conducente).

La citata sentenza del 2009 si è posta *in rapporto di continuità* con quest'ultimo orientamento, stabilendo che la modifica apportata dal d.l. 23 dicembre 1976, n. 857 (convertito nella legge 26 febbraio 1977, n. 39) al secondo comma dell'art. 1 della legge 24 dicembre 1969, n. 990 ha introdotto - in base ad un'interpretazione compatibile con le direttive comunitarie in materia e che tenga conto dell'evoluzione giurisprudenziale relativa all'art. 2054 cod. civ. - la regola generale dell'**estensione dell'assicurazione stessa ai danni prodotti alle persone dei trasportati**, già prima dell'entrata in vigore dell'ulteriore modifica introdotta dalla legge 19 febbraio 1992, n. 142. Da ciò la conseguenza che, nel suddetto periodo, risultano coperti dall'assicurazione obbligatoria anche i danni

sofferti dai soggetti trasportati su veicoli destinati al trasporto di cose, che viaggino nella parte progettata e costruita con posti a sedere per passeggeri.

c) L'intermediazione finanziaria.

1. Nell'ambito del contenzioso sulla **responsabilità dell'intermediario finanziario**, che segnatamente abbia **stornato** a proprio vantaggio i **fondi** ricevuti dall'investitore per l'acquisto di titoli o di altri strumenti finanziari, si è posto al giudice di legittimità il problema di stabilire se, nel caso di dolosa distrazione, fosse ravvisabile in capo al risparmiatore **un concorso di colpa**, ai sensi dell'art. 1227 c.c., nell'ipotesi in cui il danneggiato non si fosse attenuto alle prescrizioni contrattuali circa le modalità di versamento (ad esempio, per avere versato il denaro direttamente all'intermediario anziché al preponente, come prescritto dal contratto).

In passato la giurisprudenza di legittimità aveva escluso l'eventualità di una colpa concorrente: la mera allegazione del fatto che il cliente avesse consegnato al promotore finanziario somme di denaro con modalità (nella specie, con assegni bancari al portatore) difformi da quelle con cui quest'ultimo sarebbe stato legittimato a riceverle secondo le previsioni contrattuali non valeva, in caso di indebita appropriazione di dette somme da parte del promotore, ad interrompere il nesso di causalità esistente tra lo svolgimento dell'attività del promotore finanziario e la consumazione dell'illecito. Tale fatto, di conseguenza, non poteva essere addotto come concausa del danno subito dall'investitore (Cass., sez. I, 07-04-2006, n. 8229).

2. Nel 2009 la S.C., tornata sulla questione, si è pronunciata in termini di *netta discontinuità*. In particolare, essa era stata chiamata a valutare la condotta di un risparmiatore che, pur vantando una esperienza personale in materia di programmi di investimento, aveva disatteso le rigide prescrizioni contrattuali in tema di versamento dei fondi, ed anziché versarli direttamente all'impresa preponente li aveva fatti accreditare su un conto corrente di cui era titolare l'intermediario finanziario. La S.C. ha affermato che tale condotta legittima era stata qualificata dal giudice di merito come un concorso di colpa *ex art. 1227 c.c.*, in base all'assunto che la violazione da parte del promotore finanziario degli obblighi di comportamento che la legge pone a suo carico non esclude la configurabilità di un **concorso di colpa dell'investitore**, qualora quest'ultimo, pur essendo perfettamente a conoscenza del complesso *iter* funzionale alla sottoscrizione dei programmi di investimento, abbia omesso di adottare l'ordinaria diligenza, contravvenendo alle regole concernenti le modalità di affidamento dei capitali da investire, espressamente indicate nelle proposte di sottoscrizione di valori mobiliari (Sez. 3, Sentenza n. 13529 del 11/06/2009).

d) L'abuso del diritto.

1. In tema di principi generali concernenti l'esecuzione delle obbligazioni nascenti da contratto, quelli di buona fede ed abuso del diritto hanno occupato Cass. sez. III, 18 settembre 2009 n. 20106. Vi si afferma che **il principio di buona fede** comporta, tra gli altri, la necessità del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Da esso discende, a sua volta, la *possibilità per il giudice* di intervenire anche *in senso modificativo sul contenuto del contratto*, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e *prevenire o reprimere l'abuso del diritto*.

La seconda affermazione indica una **definizione generale ed astratta** della fattispecie dell'*abuso del diritto* [consolidata nel frattempo in altri settori, tra cui quello tributario: v., in questa *Rassegna*, il paragrafo nella Sezione IMPRESA E POTESTÀ IMPOSITIVA], ritenuta sussistente tutte le volte che un potere od una facoltà, attribuiti ad un soggetto dal contratto, vengano *esercitati con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede*, con uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. In presenza di tali presupposti, è consentito al giudice di merito **dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione** del divieto di abuso del diritto, oppure **condannare colui il quale ha abusato** del proprio diritto **al risarcimento del danno** in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere.

2. La sentenza, pur dando continuità a principi non nuovi, quali l'obbligo di buona fede ed il divieto di abuso del diritto, schiude nuove prospettive alla tutela nei confronti del contraente in mala fede. In precedenza, infatti, la nozione di abuso del diritto non era mai stata formulata in termini così ampi e generali, suscettibili di applicazione a qualsiasi tipo di negozio. La giurisprudenza vi aveva fatto ricorso in tema di diritti reali e rapporti di vicinato, definendo tale l'atto emulativo di cui all'art. 833 c.c.: e cioè un atto compiuto senza utilità per chi lo compie, ma al solo fine di recare danno ad altri (*ex multis*, in tal senso, Cass., sez. II, 27-06-2005, n. 13732; Cass., sez. II, 11-04-2001, n. 5421; Cass., sez. II, 03-04-1999, n. 3275; Cass., sez. II, 09-10-1998, n. 9998; Cass., sez. II, 26-11-1997, n. 11852).

Al di fuori della materia dei diritti reali e dell'art. 833 c.c., il ricorso alla categoria concettuale era stato meno frequente e solo con rare definizioni generali. In materia di contratti, ad esempio, anni fa la S.C. ammise che il principio "*qui jure suo utitur nemini facit iniuriam*" presuppone un "*uso normale*" del proprio diritto, vale a dire un esercizio di esso che non sia in contrasto con il grado di prudenza e diligenza che in concreto occorre spiegare in relazione all'attività che si deve svolgere (Cass. 11.3.1966 n. 697; nello stesso senso, in seguito, Cass., sez. I, 28-08-2004, n. 17205).

Un'ipotesi di abuso del diritto era stata ravvisata nella condotta di chi acquisti un bene immobile da un solo comproprietario, pur sapendo del dissenso degli altri comunisti (Cass., sez. III, 04-06-2008, n. 14759).

All'interno della materia dei contratti, piuttosto nutrito è il gruppo di decisioni di legittimità che, decidendo su casi analoghi a quello giudicato dalla sentenza del 2009, hanno ritenuto *illegittimo l'esercizio del diritto di recesso dal contratto*, ancorché espressamente consentito, quando sia stato effettuato al solo fine di nuocere alla controparte ed in violazione del diritto di buona fede. Si tratta della cd. interruzione brutale, già in passato ritenuta contraria a buona fede e perciò abusiva da Cass., sez. I, 16-10-2003, n. 15482: vi si affermò che “*nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto*”, e che questo consiste “*nell'esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico*”.

In applicazione di analoghi principi si è ammessa in astratto la *sindacabilità dell'atto di recesso contrario a buona fede* (Cass., sez. I, 21-02-2003, n. 2642, che però ha ritenuto inammissibile il relativo motivo di ricorso; così pure Cass., sez. I, 14-07-2000, n. 9321, la quale ha invece negato che una banca, pur in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti, possa recedere dal contratto con modalità del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del cliente che, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto; nello stesso senso Cass., sez. I, 21-05-1997, n. 4538).

Altro settore elettivo per lo sviluppo dell'istituto dell'abuso del diritto è stato la *materia societaria*: si è, ad esempio, ritenuta fonte di responsabilità, perché abusiva, la condotta del socio per avere promosso un giudizio nei confronti della società al solo fine di limitare l'attività economica della società e di arrecarle un danno patrimoniale e d'immagine (Cass., sez. lav., 06-06-2002, n. 8251). Per contro, pur ammettendo la concepibilità dell'abuso del diritto quale figura generale, Cass., sez. I, 11-12-2000, n. 15592, non ritenne di ravvisare tale abuso nella condotta del socio che, dopo avere approvato il progetto di bilancio, abbia impugnato la delibera di approvazione del bilancio medesimo.

1.2. Privilegio del promissario acquirente e ipoteca. (Antonietta Scrima)

a) La questione esaminata dalle Sezioni Unite. b) La trascrizione del preliminare ed i suoi effetti. c) Il precedente orientamento. d) Il *revirement*: la nuova regola di soluzione del conflitto tra cause di prelazione.

a) La questione esaminata dalle Sezioni Unite.

1. Con la sentenza 1° ottobre 2009 n. 21045, le S.U. hanno affrontato la questione, in tema di distribuzione del ricavato della vendita fallimentare di un immobile già promesso in vendita dal fallito con preliminare trascritto, relativa al **privilegio** che, a norma dell'art. 2775 *bis* cod. civ., assiste il **credito del promissario acquirente** per la mancata esecuzione del preliminare, stabilendo che esso soccombe, ai sensi dell'art. 2748 civ. civ., comma 2, rispetto alle **ipoteche iscritte sul medesimo immobile in data anteriore** alla trascrizione del contratto preliminare.

2. Un'unità immobiliare - parte di un complesso edilizio sul quale insisteva ipoteca a favore di una banca, a garanzia del rimborso di un mutuo fondiario concesso alla società costruttrice – era stata acquistata dalla società fallita, ma la società costruttrice l'aveva promessa in vendita ad un terzo, con contratto preliminare anteriore alla dichiarazione di fallimento e in relazione ad esso il curatore aveva esercitato la facoltà di scioglimento di cui all'art. 72 l. fall. [su quest'ultima, v. in questa *Rassegna*, il paragrafo della Sezione PROCEDURE CONCORDAZIONI RIFORMATE]. In sede di riparto la banca aveva contestato l'assegnazione del ricavato al promissario acquirente, sostenendo che il credito di questi, privilegiato *ex art. 2775 bis* cod. civ., era stato illegittimamente anteposto al proprio credito ipotecario, essendo stato il preliminare trascritto in data successiva all'iscrizione di ipoteca. Le S.U. hanno affermato che *<<il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775-bis cod. civ.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ., siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 cod. civ.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell'art. 2748 cod. civ. e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti>>*. Ne consegue che, in caso di scioglimento del contratto da parte del curatore, *<<il conseguente credito del promissario acquirente – nella specie, avente ad oggetto la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare – benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice>>*.

b) La trascrizione del preliminare ed i suoi effetti.

1. La trascrivibilità del preliminare, non prevista nel testo originario del codice civile, stante la natura meramente obbligatoria di tale contratto, era stata introdotta dal d.l. 31 dicembre 1996, n.

669, art. 3, (conv. con mod. dalla l. 28 febbraio 1997, n. 30), al fine di tutelare il promissario che, all'atto della stipulazione del preliminare o comunque nelle more della stipulazione del definitivo, abbia corrisposto in tutto o in parte il corrispettivo dovuto, contro l'eventualità che il promittente si sottragga all'adempimento dell'obbligazione assunta, ponendo in essere atti di disposizione del bene promesso, tali da rendere impossibile il successivo trasferimento dell'immobile nonché contro l'ulteriore rischio del fallimento del promittente venditore, se imprenditore. In tale ultimo caso il promissario acquirente doveva, infatti, insinuarsi al passivo per ottenere la restituzione delle somme versate e, quindi, assoggettarsi alle regole del concorso, vantando un credito chirografario. Per evitare questi inconvenienti, è stata prevista dal legislatore nel 1996 la possibilità di tutelare il proprio diritto all'acquisto direttamente mediante la trascrizione del contratto preliminare. L'efficacia di tale adempimento pubblicitario è disciplinata dai commi secondo e terzo dell'art. 2645 *bis* cod. civ.: ove entro un anno dalla data convenuta tra le parti, e comunque entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, segua la trascrizione del contratto definitivo o di un altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare, ovvero della domanda giudiziale di cui all'art. 2652 cod. civ., primo comma, n. 2, gli effetti di tale trascrizione o di quella della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare retroagiscono fino alla data della trascrizione di quest'ultimo, prevalendo sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite in data successiva contro il promittente alienante. Si tratta di efficacia cd. di *prenotazione* degli effetti tipici della trascrizione del contratto definitivo: ove seguita da quest'ultima, la trascrizione del preliminare rende inopponibili al promissario acquirente tutte le iscrizioni o trascrizioni eseguite *medio tempore* nei confronti del promittente.

È tuttavia controverso se tale **effetto prenotativo** renda inopponibili al promissario acquirente le sole formalità pubblicitarie eseguite successivamente nei confronti del promittente alienante in virtù di titoli da lui voluti, ovvero abbia portata generale, estendendosi anche alle trascrizioni di pignoramenti o sequestri ed alle iscrizioni di ipoteche giudiziali.

2. In relazione all'ipotesi di *fallimento del promittente*, il comma 3 dell'art. 72 l. fall., pure introdotto dal d.l. n. 669 del 1996, art. 3, esclude la prevalenza del preliminare, confermando la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto, ai sensi del secondo comma del medesimo articolo, e disponendo che, in caso di esercizio di tale facoltà, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno [cfr. in questa *Rassegna*, la Sezione PROCEDURE CONCORSUALI RIFORMATE], ma gode del privilegio di cui all'art. 2775 *bis* cod. civ., a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento.

Peraltro, oltre alla già ricordata **efficacia prenotativa**, il d.l. n. 669 del 1996, art. 3, ha attribuito alla trascrizione del contratto preliminare anche una peculiare **efficacia costitutiva**, introducendo l'art. 2775 *bis* cod. civ., che, al fine di tutelare i crediti del promissario acquirente derivanti dalla mancata esecuzione del contratto preliminare, stabilisce al primo comma che essi *“hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi”*. Ne consegue che la trascrizione del preliminare fa sorgere, a favore dei crediti del promissario, un **privilegio speciale immobiliare**, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in atto al momento in cui si verificano gli eventi che costituiscono causa del credito; tale privilegio è collocato al n. 5 dell'ordine stabilito dall'art. 2780 cod. civ.

Al fine di contemperare la tutela del terzo acquirente con quella dei terzi che abbiano concesso finanziamenti per l'acquisto o la costruzione dell'immobile promesso in vendita, il secondo comma dell'art. 2775 cod. civ. prevede che detto privilegio *“non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 bis”*, cioè ai creditori che abbiano iscritto ipoteca su un edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, artt. 38 e ss.: tale ipoteca, peraltro, prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare *“limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'art. 39, comma. 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993”*, con l'ulteriore precisazione che *“se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare”*.

Il privilegio in esame prevale, pertanto, ai sensi dell'art. 2645 *bis* cod. civ., sulle ipoteche iscritte in data successiva alla trascrizione del preliminare, escluse quelle previste dall'art. 2825 *bis* cod. civ., prevedendo tale disposizione eccezionalmente la prevalenza delle ipoteche relative a mutui erogati al promissario acquirente, nonché di quelle relative a mutui fondiari erogati al promittente venditore, che il promissario acquirente si sia accollato.

c) Il precedente orientamento.

1. Sulla questione si era già pronunciata la S.C con la sentenza n. 17197 del 14 novembre 2003 (Rv. n. 568163), affermando che <<*il privilegio speciale previsto dall'art. 2775 bis cod. civ. per il credito del promissario acquirente sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare*>>. Sul se, in assenza di un'esplicita previsione normativa di segno opposto, sussistente, invece, per le altre ipotesi disciplinate dal codice civile e da leggi speciali, la deroga di cui all'art. 2748, secondo comma, cod. civ. possa desumersi in via interpretativa dai principi ricavabili dalla disciplina dettata dal legislatore al riguardo, la S.C. precisò che “*versandosi in tema di diritto speciale, non é consentita l'applicazione analogica ... e le disposizioni di legge ritenute astrattamente rilevanti devono quindi essere individuate in dati normativi di estrema chiarezza ed inequivocabilità*”. La S.C. negò quindi ogni rilevanza alla natura “iscrizionale” (o “trascrizionale”) del privilegio in parola, per rendere applicabile il principio della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle trascrizioni e delle iscrizioni dal quale è regolata la pubblicità immobiliare. Ritenne poi la S.C. che nessuna deroga é dettata dagli artt. 2644 e 2645 *bis* cod. civ. regolando il primo articolo gli effetti della trascrizione in generale e disciplinando il secondo, successivamente introdotto nel codice civile, specificamente la trascrizione dei contratti preliminari, sicché è a quest'ultima norma che occorre far riferimento; con la precisazione che essa si limita a far retroagire l'efficacia dichiarativa della trascrizione del contratto definitivo al momento della trascrizione del preliminare, con una disciplina identica a quella della sentenza in relazione alla domanda accolta (art. 2652 cod. civ.); inoltre, la stessa norma attribuisce alla trascrizione del preliminare seguita da quella del definitivo l'efficacia tipica prevista dall'art. 2644 cod. civ., “*in sintonia con la disciplina vigente*” con la conseguente impossibilità che essa “*possa essere fondatamente interpretata come espressione della richiamata eccezione all'art. 2748 cod. civ.*”

Parimenti poco significativi erano stati ritenuti anche gli elementi desumibili dagli artt. 2762, 2825 *bis* e 2780 cod. civ.: la preferenza accordata al creditore che ha trascritto per primo in caso di concorso di privilegi é espressamente prevista dalla legge; la prevalenza delle ipoteche iscritte a garanzia dei mutui fondiari successivamente alla trascrizione del preliminare non è dato suscettibile di univoca interpretazione, in quanto può trovare ragionevole spiegazione anche nell'intento del legislatore di evitare che il credito del promissario acquirente abbia prioritaria soddisfazione anche nei confronti del finanziatore del credito garantito; infine, l'anomalia nell'ordine dei privilegi - determinata dal fatto che quello di cui all'art. 2775 *bis* cod. civ. é posto dopo quelli previsti dagli artt. 2774 e 2772 cod. civ. che possono essere esercitati in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi - é espressione di un inadeguato coordinamento normativo.

d) Il revirement.: la nuova regola di soluzione del conflitto tra cause di prelazione.

1. In tale contesto la sentenza n. 21054 del 2009 si pone in *consapevole contrasto* con l'orientamento giurisprudenziale espresso con il precedente n. 17197 del 2003. In particolare, le S.U. prescindono dalla specifica ipotesi - disciplinata dal secondo comma dell'art. 2275 *bis* cod. civ., in relazione all'art. 2825 *bis* cod. civ. - del privilegio che assiste il credito per il finanziamento dell'intervento edilizio ed esaminano, invece, il generale problema della **regola di conflitto tra cause di prelazione**, muovendo dalla premessa che l'art. 2748 cod. civ. nello stabilire, al secondo comma, che i **creditori muniti di privilegio sui beni immobili** sono **preferiti** ai **creditori ipotecari** "*se la legge non dispone diversamente*", fa riferimento ad una **deroga** non necessariamente contenuta in un esplicito precetto, ma che "*può e deve essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso, attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dello specifico istituto in trattazione con l'intero sistema*", evidenziando che tale sforzo interpretativo si impone in particolare per norme esaminate non appartenenti all'originaria impostazione codicistica, "*frutto di una successiva interpolazione legislativa, mossa da esigenze sociali ed economiche via via emerse nella realtà giuridica dei commerci*".

Il privilegio che assiste il credito del promissario acquirente, conseguente alla (eventuale) mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto, non si ricollega perciò solo alla **causa del credito**, come prescritto nella prima parte dell'art. 2745 cod. civ., ma presuppone necessariamente **anche la trascrizione del contratto preliminare** ai sensi dell'art. 2645 *bis* cod. civ., rientrando, quindi, nella categoria dei privilegi la cui costituzione, come previsto nella seconda parte dell'art. 2745 cod. civ., è subordinata ad una particolare forma di pubblicità. Tale privilegio, inoltre, assiste il credito a condizione che gli effetti della menzionata trascrizione non siano cessati in determinati momenti e si aggiunge ai privilegi speciali immobiliari previsti dal codice agli artt. da 2770 a 2775, da cui tuttavia si differenzia, non essendo come questi posto a tutela di interessi pubblici, bensì *a tutela dell'interesse meramente privato del promissario acquirente*. Ricordano a tale proposito le S.U. che gli originari privilegi speciali codicistici costituiscono il retaggio delle antiche ipoteche privilegiate, le quali venivano preferite alle ipoteche normali in ragione della particolare natura pubblica degli interessi protetti in via preferenziale e che da tanto deriva la regola di conflitto secondo cui detti privilegi prevalgono sulle ipoteche, anche se iscritte prima del loro sorgere, come attualmente previsto dal secondo comma dell'art. 2748 cod. civ., e come già disposto dall'art. 1953 del codice del 1865.

2. Il **privilegio** in esame non assiste un credito che incide sul processo di produzione o valorizzazione della cosa ma il credito del promissario acquirente che acquista il *diritto al valore di scambio della cosa*, essendo la sua costituzione subordinata a uno specifico onere pubblicitario e la

sua **esistenza collegata al perdurare degli effetti della pubblicità**. Da tanto consegue che con riferimento a tale privilegio non vige la regola della prevalenza dei privilegi sulle ipoteche, ma quella del *prior in tempore potior in jure* propria del sistema della pubblicità, per cui l'ipoteca trascritta prima della costituzione del privilegio prevale su quest'ultimo. Secondo le S.U. a maggior ragione deve, quindi, affermarsi che un privilegio accordato in funzione di un interesse individuale, la cui nascita è subordinata all'adempimento di una formalità pubblicitaria, sia destinato a cedere, nel concorso con cause di prelazione precedentemente iscritte.

3. La regola di conflitto tra privilegi ed ipoteca precedentemente iscritta non può rinvenirsi nel secondo comma dell'art. 2645 *bis* cod. civ., che stabilisce la prevalenza del contratto definitivo sulle trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare, disputandosi in questo caso sull'effetto prenotativo della trascrizione del contratto preliminare e dell'attuazione della regola generale dell'art. 2644 cod. civ.; né può valere a tanto il richiamo alla specifica regola di conflitto tra cause di prelazione contenuta nel secondo comma dell'art. 2775 *bis* cod. civ., che prevede due categorie di creditori ai quali il privilegio concesso in favore del promissario acquirente non è opponibile. Si tratta, infatti, di disposizioni che “*costituiscono un ulteriore sottosistema nell'ambito del sottosistema della trascrizione del contratto preliminare*”, non occupandosi la norma da ultimo citata del problema di ordine generale del rapporto tra privilegio a favore del promissario ed ipoteca iscritta contro il promittente, ma solo del rapporto tra privilegio ed ipoteca inerenti all'operazione di credito fondiario, disponendo l'inopponibilità del privilegio a due specifiche categorie di creditori ipotecari, con la conseguenza che il richiamo a queste disposizioni non è utile a fondare la più generale regola di conflitto di cui si discute e che tali disposizioni non possono essere indicate né come deroga al principio del secondo comma dell'art. 2748 cod. civ., da parte di chi ritiene che l'inopponibilità del privilegio alle ipoteche successive presuppone, a maggior ragione, l'inopponibilità a quelle precedenti, né come conferma al principio stesso, da parte di chi ritiene che il legislatore abbia voluto limitare l'inopponibilità del privilegi o alle sole ipoteche successive e non anche alle precedenti.

L'interpretazione offerta *risolve anche l'inconveniente di un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il preliminare abbia o meno esecuzione*. Così opinando, infatti, tali ipoteche, che in caso di stipulazione del contratto definitivo sono opponibili all'acquirente, in base al principio dell'antiorità stabilito dall'art. 2644 cod. civ., in caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre diverrebbero a lui inopponibili, per effetto del privilegio nascente dalla stessa trascrizione del preliminare. A tanto i supremi giudici hanno aggiunto l'ulteriore considerazione che il promissario, nel momento in cui stipula il preliminare, ha contezza dell'esistenza dell'iscrizione ipotecaria sul bene che va ad acquistare mentre il creditore che abbia sin dall'inizio dell'operazione iscritto ipoteca

a garanzia del suo credito sul medesimo immobile, seguendo l'opposto orientamento, finirebbe con vedere il suo credito posposto rispetto ad una serie indefinita ed indefinibile di crediti di promissari acquirenti muniti di crediti privilegiati susseguirsi nel commercio dello stesso bene. Senza considerare, ed è un altro inconveniente evitato, che *“l'accoglimento della diversa opinione determinerebbe un circolo vizioso, rendendo impossibile stabilire l'ordine delle cause di prelazione in caso di concorso dei privilegi di cui agli artt. 2772 e 2774 con quello di cui all'art. 2775 bis e con ipoteche anteriori”*.

1.3. Società. (Loredana Nazzicone)

a) La legittimità della compensazione tra debito di conferimento del socio e credito verso la società. b) La revoca del socio-amministratore di società personale ed il conflitto d'interessi.

a) La legittimità della compensazione tra debito di conferimento del socio e credito verso la società.

1. La sentenza Sez. 1, n. 6711 del 19 marzo 2009 (Rv. 608437) conferma con rinnovata autorevolezza e persuasività l'orientamento, ormai consolidato, secondo cui – nel caso di **sottoscrizione di un aumento del capitale** sociale – il conferimento può essere eseguito mediante compensazione tra il relativo debito del socio ed un suo credito verso la società. L'enunciato si ricollega a quelle pronunce (Sez. 1, n. 4236 del 24 aprile 1998, Rv. 514876; Sez. 1, n. 936 del 5 febbraio 1996, Rv. 495723) che, da tempo, avevano superato la tesi negativa (Sez. 1, n. 13095 del 10 dicembre 1992, Rv. 479974; e, prima dell'entrata in vigore del codice civile, n. 3148 del 5 dicembre 1938).

Accogliendo le osservazioni di buona parte della dottrina, nella sentenza del 2009 si argomenta nel senso che: 1) è vero che, per l'art. 2342 cod. civ., se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente, il conferimento deve farsi in danaro, ma *«la compensazione, intervenendo tra crediti entrambi pecuniari a norma dell'art. 1243 c.c., comma 1, non modifica l'oggetto del conferimento, che avviene pur sempre in danaro, ma solo le modalità di estinzione dell'obbligo di conferire»*; 2) non è ravvisabile un divieto di compensazione per l'art. 1246, n. 5, cod. civ. a salvaguardia della corrispondenza tra il valore nominale del capitale sociale e la sua effettiva entità, perché *«la società, pur perdendo formalmente il credito al conferimento, acquista concretamente un “valore” economico, consistente nella liberazione da un corrispondente debito»*; e, dunque, non mediante accrescimento dell'attivo, ma con un decremento del passivo; 3) la compensazione non è preclusa neppure dagli art. 2344 cod. civ. e 150 l. fall., *«che prevedono particolari modalità di esazione del credito vantato dalla società, perché tali norme presuppongono evidentemente l'esistenza del*

credito, che risulta invece estinto per effetto appunto della compensazione»; 4) le norme generali del codice civile sono applicabili anche alla compensazione prevista dall'art. 56 legge fall., nel caso cioè in cui sia sopravvenuto il fallimento della società.

2. Invero, il problema affrontato e come sopra risolto emerge sovente proprio **in sede fallimentare**, dal momento che il socio, che sia già creditore della società, in occasione di un aumento del capitale semplicemente omette di eseguire i versamenti dovuti, considerando estinto il proprio debito per compensazione: ma il curatore, avvedendosi che la quota di capitale non è stata sottoscritta, torna ad esigerne il pagamento, sorgendo così la questione. Che, poi, l'art. 56 legge fall. richieda, quale unica condizione per la compensabilità dei debiti verso il fallito, che il fatto genetico del credito opposto in compensazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, è affermazione sottesa alla sentenza in esame e costante nella giurisprudenza della Corte (da ultimo: Sez. 1, n. 10548 del 7 maggio 2009, *Rv. 608135*; Sez. 1, n. 18599 del 7 luglio 2008, *Rv. 604991*; Sez. 1, n. 14067 del 28 maggio 2008, *Rv. 604012*; Sez. 3, n. 3280 del 12 febbraio 2008, *Rv. 601897*; Sez. 1, n. 13769 del 12 giugno 2007, *Rv. 600931*) sin da Sez. Un., n. 775 del 16 novembre 1999 (*Rv. 531937*), le quali avevano aderito, in una lettura equitativa, all'interpretazione estensiva dell'art. 56 cit. Si tratta, dunque, di una vera e propria *compensazione, quale modo di estinzione delle obbligazioni diverso dall'adempimento*, che attua, sotto il profilo giuridico, *un reciproco effetto liberatorio* e, sotto il profilo economico, *un reciproco effetto satisfattorio*.

È, peraltro, implicito che la compensazione di cui la S.C. discorre è quella legale, in cui i due crediti presentano i requisiti della omogeneità, liquidità ed esigibilità (art. 1243 cod. civ.). La compensazione del credito del socio, ove derivante dal *finanziamento operato in favore della società*, con il suo debito da conferimento in sede di aumento del capitale, ha la funzione di **sostituire al credito la partecipazione sociale**: evento cui il legislatore stesso, anche di recente, ha guardato con favore, allo scopo di agevolare la soluzione delle situazioni di difficoltà delle imprese. Così, nel riformato concordato preventivo, allorché i finanziatori divengono, attraverso la sottoscrizione, soci partecipanti al capitale di rischio delle stesse, *ex art.160 legge fall.*

b) La revoca del socio-amministratore di società personale ed il conflitto d'interessi.

1. La questione del **conflitto di interessi del socio amministratore**, allorché debba esserne deliberata la revoca dalla carica in una società personale, è stata affrontata dalla sentenza Sez. 1, n. 13761 del 12 giugno 2009 (*Rv. 608517*), la quale ha escluso – peraltro, in un caso in cui la

manifestazione di volontà dell'interessato non sembra fosse stata nemmeno raccolta – la necessità del consenso del soggetto revocando, anche quando egli sia stato nominato nel contratto sociale.

È vero, infatti, secondo l'argomentare della Corte, che l'art. 2259 cod. civ. non prevede l'unanimità dei consensi e che deve, dunque, a tal fine farsi richiamo all'art. 2252 cod. civ., il quale contempla l'unanimità in via generale; ma, rispetto a tale regola, si ritiene di applicare il *prevalente principio generale del conflitto di interessi*, previsto dall'art. 2373 cod. civ. e del quale è stato, inoltre, ritenuto espressione, in materia di società personali, l'art. 2287 cod. civ. In forza delle menzionate disposizioni, la sentenza ha concluso per la *non necessità del consenso dell'amministratore alla propria revoca*.

2. Ciò viene affermato al fine della prevenzione del perseguimento di interessi in contrasto con quelli societari, dal momento che, secondo la Corte, esigere l'unanimità potrebbe condurre allo «scioglimento della società (non potendo obbligarsi sempre i soci alla via giudiziale)», ossia ad ottenere la revoca dell'amministratore con un processo civile di cognizione. Invero, è il rischio di paralisi di ogni possibilità decisoria che la Corte di Cassazione intende evitare, nella logica della conservazione dell'impresa (cfr. ora, per le s.p.a., il nuovo art. 2368 cod. civ.).

1.4. Procedure concorsuali riformate. (Massimo Ferro)

a) L'accesso al concordato preventivo: i requisiti del professionista attestatore ed i limiti ai controlli di merito del giudice, nel primo sindacato di legittimità. b) L'abolizione dell'iniziativa per il fallimento d'ufficio ed il principio di consecuzione dal concordato: l'interpretazione in senso stretto della domanda di fallimento. c) La sospensione processuale dei termini e la durata legale del processo. d) La struttura procedimentale bifasica del fallimento. e) Lo scioglimento dal contratto preliminare e le obbligazioni di garanzia solidali. f) L'azione revocatoria ordinaria nel successivo fallimento.

a) L'accesso al concordato preventivo: i requisiti del professionista attestatore ed i limiti ai controlli di merito del giudice, nel primo sindacato di legittimità.

1. La profonda riforma dell'istituto del concordato preventivo ha rinvenuto, in *Sez. 1, Sentenza n. 2706 del 4 febbraio 2009*, molteplici indicazioni, oggetto in corso d'anno di tempestivo parziale consolidamento: la novità di tale partizione normativa del diritto concorsuale non impedisce pertanto l'offerta di spunti pienamente ascrivibili ad una ricerca volta a porre in rilievo precedenti in via di consolidamento. La natura 'sistematica' dei relativi riferimenti, permette infatti di intercettare una

significativa lettura “valoriale”: nella predetta pronuncia, la S.C. afferma che la <<esclusione, da parte della nuova disciplina del concordato preventivo introdotta dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, di molti dei requisiti di natura personale richiesti invece dalla precedente normativa alla L. Fall., art. 160, nonché la maggiore autonomia lasciata ai creditori nell'approvazione del Piano ed il ruolo centrale che essi esercitano a tal fine hanno comportato la riduzione ma non l'esclusione della sfera d'intervento del Tribunale, chiamato pur sempre al controllo di legalità nell'ambito di una più accentuata natura privatistica dell'istituto con poteri che possono estendersi anche, sia pure in un ambito più ristretto, a valutazioni di merito (vedi L. Fall., art. 177, comma 2).>>. Questa enunciazione, pur inidonea a costituire principio di diritto in senso stretto, esprime un predicato di qualificazione del concordato preventivo, tale da descrivere (oltre che consentire) il sindacato di legittimità sulla <<correttezza di detto controllo di legalità>>, che nella disciplina progressivamente messa a punto fino al d.lgs. 12 settembre 2007, n.169, si impernia, quanto all'accesso al concordato, su una relazione attestativa, resa da parte di un professionista titolato ed avente per oggetto la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di ristrutturazione proposto (art.161 legge fall.).

2. La riforma è dichiaratamente orientata a sostituire la pregressa assunzione giudiziale di ogni aspetto di successo e meritevolezza del beneficio di concordato, sin dalla fase della ammissibilità della proposta, con un ruolo generalmente giudicato *paraistrutturario* ed attribuito al citato professionista che assevera scritture contabili e piano. Su entrambi questi punti la S.C. ha avuto modo di intervenire. Quanto alla **terzietà del soggetto asseveratore**, la sentenza n. 2706, pur ribadendo tale connotazione, ne ha però escluso ogni coincidenza con la nozione di *incompatibilità* in capo al professionista che sia stato previamente anche in rapporto contrattuale con l'imprenditore che ne acquisisce poi le prestazioni per l'accesso al concordato, anzi accreditando l'emersione di una figura di soggetto in possibile concomitante **rapporto di fiducia** con il debitore. Tale propensione interpretativa meno severa – adottata in una vicenda solo inizialmente regolata dal regime anteriore all'attuale, per il cui art. 28, nel vecchio testo, si prevedeva l'incompatibilità per il professionista che avesse svolto la sua attività a favore del richiedente, con una definizione processuale temporalmente maturata però durante l'entrata in vigore del finale assetto legislativo – poggia sulla sopravvenuta rimozione del requisito legale della 'incompatibilità' ed ha trovato subito conferma in *Sez. 1, Sentenza n. 22927 del 29 ottobre 2009*, per la quale il richiamo effettuato dall'art. 161, comma 3, legge fall. (all'epoca vigente), all'art. 28, deve ritenersi <<limitato al solo comma 1>>: in tal pronuncia si osserva che se <<infatti l'art. 161, avesse voluto richiamare l'intero art. 28, avrebbe usato la dizione "il piano e la documentazione devono essere accompagnati dalla relazione di un **professionista** aventi i requisiti di cui all'art. 28", mentre, invece, la formulazione utilizzata

*"professionista di cui all'art. 28" lascia chiaramente intendere che il richiamo era effettuato al solo fine di individuare le categorie di **professionisti** di cui al comma 1, abilitati alla presentazione della relazione>>. E proprio tale seconda pronuncia puntualizza che <<lo svolgere le funzioni di curatore è qualcosa di assolutamente diverso rispetto al semplice redigere una relazione per conto di una società che richiede l'ammissione ad un **concordato preventivo**>> e <<che il curatore ricopre la funzione di pubblico ufficiale incaricato della gestione del patrimonio del fallito, mentre il **professionista** è soltanto un privato che effettua una prestazione professionale per conto di un imprenditore non ancora sottoposto ad alcuna procedura concorsuale. Ne consegue necessariamente che non è compatibile con una interpretazione logico-sistematica corretta ritenere che per il **professionista** che redige la relazioni in esame vigano le stesse condizioni di incompatibilità previste per il curatore fallimentare>>. Il raccordo con la sentenza n.2706 è esplicito, potendosi perciò indicare la tesi come propria di **un primo autorevole indirizzo**, ove si richiama da un lato il fatto che il legislatore ultimo ha solo prescritto come unico requisito necessario per il **professionista** che redige la relazione quello di essere iscritto nel registro dei revisori contabili ed avere i requisiti di cui all'art. 28 lett. a) e b) e dall'altro <<la conseguente necessità di un'interpretazione evolutiva che tenga conto della previsione meno rigorosa successivamente emanata>>.*

3. È ancora la pronuncia n. 22927 che, completando e specificando le indicazioni distintive tra controllo di legalità (cui ora è tendenzialmente circoscritto il compito del tribunale) ed esame di convenienza e di merito (riservato ai creditori ed alle loro manifestazione di voto, salvo le opposizioni nel giudizio di omologazione), individua il parametro di riscontro della citata relazione attestativa: <<il giudice deve limitarsi a valutare se nella stessa siano presenti quegli elementi necessari a far sì che essa possa corrispondere alla funzione che le è propria di fornire elementi di valutazione sulla fattibilità del piano e di attestare la veridicità dei dati contabili che ne sono alla base. L'accertamento dell'esistenza di detti elementi integra, per l'appunto, quel controllo di completezza e regolarità, imposto dalla L. Fall., art. 163, all'epoca vigente, che nella fattispecie è stato effettuato dalla Corte d'appello laddove ha accertato che la relazione era dettagliata e che era stata anche oggetto di successive integrazioni, anche in ordine alla veridicità dei dati contabili>>.

b) L'abolizione dell'iniziativa per il fallimento d'ufficio ed il principio di consecuzione dal concordato: l'interpretazione in senso stretto della domanda di fallimento.

1. In una vicenda affrontata nella vigenza del regime intermedio – regolata dal d.lgs. n. 5 del 2006, ma con esplicito raccordo con l'assetto conseguente al d.lgs. n. 169 del 2007 – la Corte, Sez. 1, *Sentenza n. 18236 del 12 agosto 2009* (Rv. 609638) ha **escluso la sopravvivenza della iniziativa**

d'ufficio, per l'apertura del fallimento, dopo l'eliminazione, dal novellato art. 6 legge fall., di tale potere prima facente capo al tribunale. Ed ha esplicitamente conferito a tale abrogazione il valore a propria volta abrogativo delle disposizioni con esso incompatibili, facendo applicazione dell'art. 15 disp. prel., cod. civ., dunque conferendo alla disposizione valore di *norma programmatica*. La portata anche interpretativa del novellato art. 6 legge fall. è stata, nella fattispecie decisa, utilizzata come *regula juris* per escludere che l'omesso deposito, da parte del debitore, delle somme necessarie allo svolgimento della procedura di concordato, ai sensi dell'art. 163, terzo comma, della legge fall., potesse dare luogo alla dichiarazione di fallimento d'ufficio, sussistendo l'incompatibilità con le disposizioni di cui agli artt. 162 e 163 della legge fall. che pur formalmente sembravano – nel regime intermedio – prevederlo. La S.C. osserva che l'iniziativa d'ufficio *<<sebbene non estranea, in assoluto, all'ordinamento processuale in tema di tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 c.c.), pure rappresenta una deroga alla regola generale della domanda di parte, come tale limitata alle fattispecie espressamente previste dalla legge. Qualunque fosse, sotto il profilo sistematico, lo spettro di ammissibilità della dichiarazione ufficiosa, variamente modellato in giurisprudenza e dottrina - con l'unico limite pressoché concordemente condiviso della inammissibilità di un'autonomia di indagine sull'insolvenza dell'impresa, rimessa allo stesso tribunale (che non poteva quindi atteggiarsi a primum mobile, autore dello stesso impulso iniziale dell'istruttoria) - era certo, per testuale previsione normativa che vi rientrasse la dichiarazione di fallimento conseguente al decreto di inammissibilità della domanda di concordato preventivo (come pure l'analoga fattispecie riguardante l'amministrazione controllata, prima della soppressione dell'istituto: L. Fall., art. 192)>>* e conclude nel senso che *<<appare quindi davvero contraddittorio ritenere che nel momento stesso in cui veniva esclusa l'iniziativa d'ufficio dal novero delle modalità procedurali genetiche del fallimento previste in sede di disposizioni generali - connotanti, in apicibus, la disciplina positiva dell'istituto - sopravvivesse, con marchiana disarmonia sistematica, quella che, anche statisticamente, ne costituiva l'esempio applicativo più ricorrente, seppur non unico: e ciò, senza alcuna giustificazione sistematica o appiglio letterale (tramite una delle consuete locuzioni eccezzuative: "salvo quanto disposto all'articolo..."; "fuori dei casi di cui all'articolo..., ecc")>>*.

2. Nell'affermare il principio, la S.C. ha anche negato che, nel predetto regime intermedio, la relazione del commissario giudiziale, che nella specie dava atto dell'omesso versamento del fondo spese da parte del debitore ammesso al concordato, potesse fungere da rituale istanza di fallimento dell'imprenditore, trattandosi di soggetto non legittimato. Accanto a tale tipologia di iniziativa esterna (cioè di soggetto diverso da quelli legittimati *ex art.6* legge fall.), proprio la desistenza dall'istanza di fallimento proveniente invece dal creditore che l'aveva presentata ha permesso alla S.C. di correlare la cessazione dell'iniziativa processuale al mutato quadro del procedimento per la

dichiarazione di fallimento, in un concerto di decisioni di cui è affermabile la coerenza interna al medesimo indirizzo, compendiabile in ***un'interpretazione in senso stretto della nozione di istanza di fallimento***. Così per Sez. 1, *Sentenza n. 21834 del 14 ottobre 2009* <<l'atto di desistenza fa venire meno l'istanza di fallimento, in relazione alla quale, quindi, nessuna pronuncia deve emettersi, se non quella di archiviazione, essendo necessaria una pronuncia di rigetto solo nei confronti di un'istanza che continui ad essere effettivamente proposta e che viene ritenuta priva di fondamento>>. E parimenti già Sez. 1, *Sentenza n. 11309 del 15 maggio 2009* aveva precisato che l'unicità del procedimento prefallimentare può essere definita, anche ai fini del conferimento di rilevanza della situazione patrimoniale ed economica del debitore con riguardo al *triennio anteriore all'istanza di fallimento*, solo se essa deriva da una iniziativa ancora attuale, poichè <<non essendo più possibile un'apertura d'ufficio della procedura concorsuale, il fallimento non può essere dichiarato, se il soggetto legittimato a richiederlo desista dalla richiesta inizialmente proposta, perché deve essere attuale l'iniziativa di una parte. In questa prospettiva va dunque letto ...l'art. 1, laddove fa riferimento alla "data di deposito della istanza di fallimento", per individuare i tre esercizi precedenti, rilevanti ai fini dell'accertamento dei presupposti per la dichiarazione del fallimento.

La data di riferimento non può che essere quella di deposito dell'istanza di fallimento che legittima il tribunale alla decisione: la prima istanza, se si tratta di istanze plurime; ma comunque un'istanza ancora attuale. Legittimamente pertanto i giudici di merito fecero riferimento ai tre esercizi precedenti il deposito, in data 8 gennaio 2008, dell'unica istanza di fallimento ancora pendente al momento della decisione>>.

3. La necessità di una formale iniziativa di parte, sempre in tema di **evoluzione del concordato in fallimento**, è stata così ribadita dalla Corte Sez. 1, *Sentenza n. 12986 del 5 giugno 2009* (Rv. 608316), che ha ritenuto compatibile tale progressione – evidentemente destinata a sostituire la precedente automaticità della consecuzione – anche con la dichiarazione di inammissibilità della domanda di ammissione al concordato, avanzata dal debitore, quale decisione inclusa in un unico provvedimento, la sentenza di fallimento, che sia contestualmente emesso in relazione ad apposita istanza già sussistente. Ai sensi dell'art. 162 legge fall., invero, <<l'esigenza di due distinti provvedimenti, per la dichiarazione di inammissibilità del concordato e per la dichiarazione di fallimento, ricorre solo per i casi in cui quest'ultimo non possa ancora essere dichiarato, in difetto dell'iniziativa di parte ora divenuta necessaria>> e nella fattispecie riconoscibile nella richiesta del pubblico ministero.

c) La sospensione processuale dei termini e la durata legale del processo.

1. Ancora Sez. 1, *Sentenza n. 2706 del 4 febbraio 2009* (Rv. 606619) ha affrontato il tema della **durata del procedimento di omologazione del concordato preventivo**, da un lato affermando la non assoggettabilità di essa ad un termine perentorio *<<in quanto l'art. 181 legge fall. - nel testo novellato dal d.l. n. 35 del 2005, conv. nella legge n. 80 del 2005 - pur prevedendo che il relativo decreto intervenga entro sei mesi dal deposito del ricorso (termine prorogabile per una sola volta e per sessanta giorni), non dichiara espressamente perentorio tale termine, nonostante le esigenze di speditezza cui il procedimento si deve informare>>*. Nella vicenda gli otto mesi erano scaduti (senza considerare la sospensione del periodo feriale) perchè il decreto di omologazione portava una data ad essi posteriore. Mancando un'espressa previsione sulla natura del termine, la S.C. si è dunque posta *<<il problema di valutare se trattasi di termine perentorio od ordinatorio>>*. Appare opportuno segnalare che la pronuncia riconosce che *<<la finalità della previsione del termine sia da individuare nella necessità di tutelare l'interesse dei creditori alla pronta realizzazione dei loro diritti e che ciò potrebbe far propendere, unitamente alla previsione circa la possibilità di proroga per una sola volta e per un periodo ben definito, per la sua natura perentoria>>* e tuttavia il Collegio non ha ritenuto di poter prescindere *<<dal principio espresso dall'art. 152 c.p.c., comma 2, in base al quale i termini devono considerarsi perentori solo se espressamente dichiarati tali dalla legge.>>*. Conseguentemente al termine di cui al novellato art.181 legge fall. viene riconosciuto di perseguire *<<solo lo scopo di ribadire il principio di speditezza cui il procedimento deve comunque informarsi.>>*.

2. In ogni caso, ammesso che *<<trattasi certamente di termine processuale in quanto volto a contenere la durata del procedimento>>*, la S.C. enuncia l'ulteriore argomento (*a contrario*) per cui *<<al medesimo procedimento si applica anche la sospensione feriale dei termini processuali, sia per la natura eccezionale delle deroghe a tale principio (limitate, nella materia fallimentare, ai procedimenti per la dichiarazione di fallimento e per la relativa revoca), sia per i limiti con cui tali deroghe sono disciplinate nell'art. 36 bis legge fall., che ne circoscrive la portata solo ai termini processuali inerenti ai procedimenti di cui agli artt. 26 e 36 legge fall.>>*. Con ciò, ed è la seconda affermazione sottolineabile, la pronuncia riassume ed attualizza, nel mutato assetto istituzionale – dei rapporti tra fallimento e concordato preventivo - il (ritrovato) *<<carattere autonomo>>* del secondo (cfr. il § precedente), così esprimendo continuità con i precedenti peraltro più remoti (*Sez. 1, Sentenza n. 8097 del 01/07/1992* (Rv. 477994); *Sez. L, Sentenza n. 1811 del 13/02/1993* (Rv. 480882)), in *consapevole discontinuità* con le pronunce di *Sez. 1, Sentenza n. 970 del 26/01/1995*

(Rv. 490018) e Sez. 1, *Sentenza n. 2139 del 04/03/1994* (Rv. 485586), che della non sospensione avevano fatto applicazione non estensiva.

3. Ancor più recentemente, in ambito fallimentare, gli stessi parametri normativi hanno trovato diretto utilizzo per un'importante "emancipazione interpretativa" dal medesimo solco della perentorietà del termine, sinora affermata - si veda *Sez. 1, Sentenza n. 8323 del 11/06/2002* (Rv. 554984) - con riguardo all'**opposizione allo stato passivo fallimentare**, quanto al termine concesso per la notifica al curatore del ricorso e del conseguente decreto di fissazione dell'udienza da parte del giudice delegato, di cui all'art. 98, comma secondo, legge fall. (nel testo di cui al r.d. 267 del 1942). Tale natura perentoria, con la conseguenza che la sua inosservanza determina l'inammissibilità dell'opposizione, rilevabile d'ufficio *ex art. 2969 cod. civ.*, è stata assai di recente negata da *Sez. U, Sentenza n. 25494 del 4 dicembre 2009*. La questione è stata risolta conferendo una diversa valorizzazione al duplice intervento del 1986 di Corte Cost., intervenuta sulla stessa disposizione organizzativa - che tra l'altro, quanto al termine assegnato all'impugnante, dall'odierno art. 99 legge fall. riformato nel 2006 e 2007, per la notifica del ricorso - decreto al curatore, è del tutto omologa, nel senso che non chiarisce la natura del termine stesso - dunque riprendendo le suggestioni che già allora inducevano ad una riscrittura interpretativa dell'art.98 legge fall. Invero Corte Cost. n. 102/1986 aveva dichiarato l'illegittimità della norma ove essa prevedeva il termine (perentorio) per proporre l'opposizione facendolo decorrere dal deposito in cancelleria dello stato passivo, anziché dalla data di ricezione delle raccomandate con avviso di ricevimento spedite dal curatore. A sua volta Corte Cost. n. 120/1986 aveva sancito l'illegittimità della stessa norma nella parte in cui essa non prevedeva nei confronti del creditore opponente la comunicazione, almeno 15 giorni prima dell'udienza di comparizione, del decreto di fissazione, dalla cui comunicazione decorreva il termine per la notifica al curatore. La S.C. prende atto che tale non allineamento temporale - a causa di date diverse per le raccomandate e le comunicazioni ai creditori - ha innovato l'originario funzionamento dell'art.98 legge fall. <<più non consentendo un'unitaria trattazione delle opposizioni avanti al giudice delegato e nello stesso processo>>. Ed anche con l'assetto emerso a seguito della riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007, l'unitarietà del giudizio di impugnazione e la sua celebrazione cumulativa sono raggiungibili dal giudice di merito solo di volta in volta e per effetto dell'esercizio del potere di riunione *ex art. 274 cod. proc. civ.* o di differimento dell'udienza *ex art. 82 disp.att. cod. proc. civ.* Per tali ragioni le Sez.Un., con la sentenza n. 25494 del 2009, hanno qualificato come **ordinatorio** il termine dato al creditore (opponente) per la notifica del ricorso-decreto, riconoscendone la funzione strumentale alla costituzione del curatore e dunque con l'importante conseguenza che la relativa inosservanza può restare sanata ove alla nuova udienza

fissata dal giudice delegato il curatore sia comparso e vi abbia svolto <<l'attività cui la notifica del ricorso e del decreto era strumentale>>.

4. Decidendo la questione e ad essa negando la portata di contrasto, se non apparente, la Corte a Sez. U, *Sentenza n. 24665 del 24 novembre 2009*, ha poi confermato l'indirizzo per cui **la controversia di lavoro**, ancorché dedotta nell'ambito della procedura concorsuale, dunque con quel rito speciale, fruisce, in ragione della propria natura, della *deroga al principio della sospensione dei termini nel periodo feriale*, quale fissata ai sensi degli artt. 1 e 3 della legge n. 742 del 1969, in collegamento con l'art.92 dell'ordinamento giudiziario. Per cui non è questione di vincolo del rito, il quale sarebbe in grado di enunciare altresì la materia, posto che l'accertamento dei crediti di lavoro e previdenziali si impone per il citato profilo di tutela speciale, con una considerazione sostanziale idonea a raccordarsi direttamente con la disciplina di deroga fissata in via generale, senza interferenze interne al principio regolatore della stessa, ora posto dal citato art. 36 *bis* della legge fall. riformata.

d) La struttura procedimentale bifasica del fallimento.

1. Esprimendo *consapevole continuità* con un arresto emesso su fattispecie identica – parimenti relativo alla disciplina del diritto transitorio dei regimi che si sono succeduti in materia di dichiarazioni di fallimento, loro presupposti e mezzi di impugnazione, la Sez. 1, *Sentenza n. 7471 del 20/03/2008 (Rv. 602076)* – la pronuncia della Sez. 1, *Sentenza n. 20551 del 24 settembre 2009 (Rv. 609700)* ha ribadito che <<*aprendosi con la sentenza dichiarativa di fallimento una nuova fase del processo concorsuale, il provvedimento deve rispettare nella forma e nel contenuto il novellato disposto della L. Fall., art. 16, e parimenti la sua impugnazione, introducendo un giudizio nuovo rispetto alla fase prefallimentare ormai definita, va proposta nella forma e secondo la disciplina riformata, costituendo la sentenza di fallimento il "discrimen" tra due regimi normativi*>>.

2. Il tema qui rileva più che per la *regula juris* che ne costituisce l'antecedente (per cui all'impugnativa avverso la sentenza di fallimento depositata in data successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006 ma su ricorso depositato anteriormente, trova applicazione la nuova disciplina dell'art. 18 legge fall., con conferma, tra le altre, in Sez. 1, *Sentenza n. 23043 del 30 ottobre 2009*, che però trattava di un procedimento prefallimentare ancora pendente all'epoca di entrata in vigore del d.lgs. n. 169 del 2007), proprio per la assunzione della *concezione bifasica del processo concorsuale*: un'applicazione ulteriore e conforme si è data con la decisione della Sez. 1, *Sentenza n. 18279 del 13 agosto 2009*, la quale ha ribadito che, in virtù della definizione dell'istruttoria prefallimentare, la sentenza di fallimento dà contestualmente vita ad un <<*giudizio*

nuovo>>, né a tale conclusione è di ostacolo la circostanza per cui *il fallimento* sia dichiarato in capo ad un socio di fatto ed *in estensione del fallimento della società*, il cui passaggio in giudicato non elimina l'autonomia delle due pronunce e l'efficacia della prima – anche nell'attuale regime – con decorrenza solo *ex nunc* (Sez. 1, *Sentenza n. 13421 del 23 maggio 2008*; Sez. 1, *Sentenza n. 19896 del 13 ottobre 2005*; pur nel *simultaneus processuss* per Sez. U, *Sentenza n. 8257 del 7 giugno 2002* che ebbe a risolvere il contrasto).

e) Scioglimento dal contratto preliminare ed obbligazioni di garanzia solidali.

1. In tema di rapporti fra esercizio, da parte del curatore, della facoltà di scioglimento dal contratto preliminare di vendita immobiliare [per le problematiche attinenti al concorso fra creditori cfr., “ante” in questo Paragrafo della *Rassegna*, privilegio del promissario acquirente ed ipoteca, in caso di fallimento del promittente venditore e regolazione delle obbligazioni solidali in capo alla pluralità dei soggetti integrante la medesima parte, si segnala la pronuncia di Sez. 1, *Sentenza n. 17405 del 24 luglio 2009* (Rv. 609476) che, con riguardo ad un immobile indiviso <<*ove il bene sia stato considerato dalle parti come un "unicum" inscindibile e non con riferimento alle singole quote facenti capo a ciascuno dei comproprietari*>>, ha statuito che quando uno di costoro successivamente fallisca ed intervenga, poi, la predetta dichiarazione di scioglimento da parte del curatore *ex art. 72, quarto comma, della legge fall.*, resta preclusa al promissario compratore la possibilità di ottenere la sentenza costitutiva *ex art. 2932 cod. civ.* nei confronti degli altri comproprietari promittenti venditori rimasti *in bonis*, sia pure limitatamente alle loro quote. La S.C. sottolinea invero che <<*la dichiarazione di scioglimento del curatore determina il venir meno con effetti retroattivi della volontà negoziale manifestata dal promittente fallito e, dunque, di un elemento essenziale della volontà negoziale unitaria manifestata dai promittenti; non essendo pertanto ipotizzabile una scindibilità dell'unico contratto, la sopravvenuta impossibilità di adempiere da parte dei promittenti venditori "in bonis" esclude parimenti che possa essere coltivata nei loro confronti alcuna azione di risoluzione, discendente da inadempimento anteriore allo scioglimento.*>>. Tale pronuncia palesa una *netta continuità*, ed un rafforzamento argomentativo, rispetto alla decisione di Sez. U, *Sentenza n. 239 del 14/04/1999* (Rv. 525323) che già aveva affermato il verificarsi di una <<*situazione simile a quella - che parimenti impedisce la pronuncia della sentenza ex art. 2932 - della inesistenza o invalidità originaria della manifestazione di volontà di uno dei soggetti integranti la parte complessa promissaria venditrice e, quindi, l'unitaria volontà di tale parte.*>>. Il **fallimento del promittente venditore** opera pertanto come una fase di arresto nel processo di formazione del negozio, privando il fallito del potere di disposizione del bene,

mentre la scelta del curatore ha un valore ampio, << sostanziale, assoluto, definitivo e ... con effetto retroattivo >>, estendendo tale portata anche all'eventualità che il fallito torni *in bonis*.

2. La S.C., con la medesima pronuncia n. 17405/09, (Rv. 609475), inoltre esclude che la scelta dell'organo concorsuale di sciogliersi dal preliminare sia assimilabile all'esercizio della **facoltà di recesso** (in continuità con la distinzione espressa da Sez. 1, *Sentenza n. 14358 del 03/11/2000* (Rv. 541342) e dunque prescrive che sia << *ripristinata la situazione anteriore alla stipula del preliminare, così che le restituzioni ed i rimborsi opereranno secondo la disciplina dettata dalle norme dell'indebito, in quanto l'efficacia retroattiva della scelta priva di titolo sin dall'origine le prestazioni eseguite. Il corrispondente credito per restituzioni e rimborsi, spettante al contraente "in bonis", subirà peraltro gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, dovendo, quale debito concorsuale e non di massa, essere soddisfatto nel rispetto della "par condicio". (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato, sul punto, la sentenza impugnata, che aveva pronunciato invece condanna del fallimento alla restituzione della somma versata, quale acconto, dal promittente acquirente) >>. In ulteriore continuità con Sez. 2, *Sentenza n. 4965 del 11/03/2004* (Rv. 570981) ed invero in difetto di consonanza con i limiti indicati da Sez. 2, *Sentenza n. 6162 del 20/03/2006* (Rv. 587054), la specificazione del predetto principio nella fattispecie ha consentito alla sentenza n. 17405/09, (Rv. 609477), di puntualizzare infine che, considerato il preliminare come *unicum* inscindibile, ricorrono tutti i presupposti dell'obbligazione solidale passiva, ex artt. 1292 e 1294 cod. civ., e cioè la pluralità dei soggetti, l'identità della prestazione cui essi sono tenuti (la prestazione del consenso alla stipula di quello definitivo) e l'identità della fonte dell'obbligazione (il contratto preliminare stipulato), non rilevando la eventuale disparità delle singole quote, la quale concerne solamente il rapporto interno tra i debitori, e non anche quello esterno con i creditori. Ne consegue che << *se fallisce uno dei comproprietari promittenti venditori ed il curatore dichiara lo scioglimento del contratto preliminare ex art. 72, quarto comma, della legge fall., ciascuno dei promittenti venditori "in bonis" è tenuto per intero alle restituzioni dovute. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato, sul punto, la sentenza impugnata, che aveva diviso a metà la somma da restituire al promittente acquirente - in quanto versata a titolo di cauzione - tra la parte dichiarata fallita e le parti non fallite, in proporzione alle quote dominicali sul bene) >>.**

f) L'azione revocatoria ordinaria nel successivo fallimento.

1. Dando *continuità ad un indirizzo* fissato con due pronunce delle Sezioni Unite risolutive di contrasto (sentenze n. 29420, rv. 605966, e n. 29421, entrambe del 17 dicembre 2008), la Sez. 1, *Sentenza n. 12513 del 28 maggio 2009* (Rv. 608240) ha precisato che quando il curatore fallimentare

prosegue l'azione revocatoria ordinaria, già promossa dal singolo creditore *ex art.2901 cod. civ.* contro un atto di disposizione patrimoniale del debitore (nella specie, la costituzione di un fondo patrimoniale), subentra in realtà nello stesso giudizio, assumendovi la parte di attore e solo provocando, con la sua iniziativa, l'estensione alla massa fallimentare degli eventuali benefici dell'azione. Ma quest'ultima è la stessa già promossa e dunque anche la sua prescrizione, dato che non nasce con il fallimento ed il curatore solamente diviene l'unico legittimato, decorre *ex art. 2903 cod. civ.* dalla data dell'atto impugnato. Ne consegue che se l'azione è stata promossa dal creditore, ciò è causa di interruzione della prescrizione e di essa si giovano anche i creditori concorsuali, non potendo essere ravvisata, nella comparsa di intervento della curatela nel giudizio pendente, una domanda nuova. In realtà la **legittimazione processuale esclusiva del curatore** (n. 29420/08) in tanto può affermarsi in quanto tale organo la faccia concretamente valere subentrando come parte e dunque costituendosi nel processo pendente, *<<non potendo certo un tale effetto prodursi in modo automatico sol perchè è sopravvenuto il fallimento del debitore>>* (n. 29421/08).

2. L'accettazione della causa, da parte del curatore, nello stato in cui si trova, può dirsi pertanto un principio che, per la netta e consapevole continuità dei precedenti di richiamo alle citate pronunce delle Sez.Un., è divenuto il dato saliente dei rapporti tra l'azione revocatoria ordinaria e la legittimazione esclusiva (con i limiti segnalati, per l'eventuale inerzia) del curatore: così, per Sez. 3, *Sentenza n. 6650 del 19 marzo 2009 <<il difetto di legittimazione processuale del fallito è eccezione rilevabile solo dal curatore del fallimento e non è rilevabile di ufficio>>*, per cui se nel processo *<<non è subentrato il curatore in forza dell'azione accordatagli dalla L. Fall., art. 66, accettando la causa nello stato in cui si trova, e così facendo venire l'interesse ad agire dell'attore originario ... non poteva la Corte di appello, in difetto della eccezione da parte del curatore, pronunciare sulla improcedibilità dell'appello>>*. L'*error in procedendo* è stato affermato nell'aver il giudice dell'appello dichiarato il difetto di legittimazione processuale del terzo acquirente ed estraneo al fallimento, soggetto che *<<avendo subito gli effetti dell'accoglimento della domanda revocatoria, ben poteva impugnarla e il giudice di appello ritenerla ammissibile e valutarla, se o meno fondata>>*.

1.5. Processo esecutivo: i creditori titolati; la tutela del terzo acquirente. (Antonietta Scrima)

a) La sopravvivenza dell'esecuzione forzata per eventi anomali del titolo. b) L'intervento dei creditori titolati. c) L'art. 2929 cod. civ. e la tutela del terzo acquirente.

a) La sopravvivenza dell'esecuzione forzata per eventi anomali del titolo.

1. Con la sentenza n. 3531 del 13 febbraio 2009, la S.C. ha esaminato due questioni controverse: la sorte del processo esecutivo in caso di **sopravvenuta caducazione del titolo del creditore procedente e di intervento dei creditori titolati** e quella relativa all'incidenza, in relazione alla **posizione del terzo acquirente**, della norma di cui all'art. 2929 cod. civ. sui vizi del processo esecutivo anteriori alla vendita. Viene proposta opposizione all'esecuzione immobiliare in forza di decreto ingiuntivo, confermato in sede di opposizione; in corso di procedura spiegano intervento numerosi creditori, alcuni dei quali muniti di titolo esecutivo; caducato il titolo del procedente con la sentenza emessa dalla corte di appello, l'istanza di estinzione della procedura presentata dall'esecutato viene rigettata dal G.E. che dispone la vendita dell'immobile e procede all'aggiudicazione dello stesso; l'esecutato propone opposizione all'esecuzione lamentando l'illegittimità del rigetto della predetta istanza e della prosecuzione dell'intera procedura esecutiva; tale opposizione viene accolta, il procedimento esecutivo viene dichiarato improseguibile, l'intera attività, in essa comprendendosi anche il decreto di trasferimento dell'immobile, viene dichiarata nulla e viene, altresì, dichiarata l'insussistenza del diritto a procedere ad esecuzione forzata in capo ai creditori intervenuti in forza di autonomo titolo esecutivo; l'aggiudicatario propone ricorso per cassazione avverso tale sentenza.

2. Con riferimento alla prima questione, la S.C. ha affermato il principio secondo cui *<<i>creditori muniti di titolo esecutivo hanno la facoltà di scelta tra l'intervento nel processo già instaurato per iniziativa di altro creditore e l'effettuazione di un nuovo pignoramento del medesimo bene; nel secondo caso, il pignoramento autonomamente eseguito ha un effetto indipendente da quello che lo ha preceduto, nonché quello di un intervento nel processo iniziato con il primo pignoramento>>* Da ciò consegue *<<proprio in base al principio di autonomia dei singoli pignoramenti di cui all'art. 493 cod. proc. civ., che se da un lato il titolo esecutivo consente all'intervenuto di sopperire anche all'eventuale inerzia del creditore procedente, dall'altro lato, tuttavia, la caducazione del pignoramento iniziale del creditore procedente, qualora non sia stato integrato da pignoramenti successivi, travolge ogni intervento, titolato o meno>>*(Rv. 607253).

Sottoponendo a chiarimento la portata dell'art. 564 cod. proc. civ., secondo cui i creditori intervenuti tempestivamente, *“se muniti di titolo esecutivo, possono provocar[e] i singoli atti”* dell'espropriazione a cui partecipano, per la sentenza tale disposizione ha il *“(solo) senso che il titolo esecutivo consente all'intervenuto di sopperire anche all'eventuale inerzia del creditore procedente onde far proseguire il processo, compiendo in sua vece gli ulteriori atti di impulso processuale necessari ad impedirne l'estinzione”* e non significa già che, *“una volta iniziato il*

processo in base ad un titolo esecutivo esistente al momento in cui l'intervento si è realizzato in base ad altro titolo, il processo stesso può legittimamente proseguire a prescindere dalle sorti del titolo originario”.

3. In tal modo la S.C. si pone consapevolmente *in linea di continuità* con la più recente giurisprudenza di legittimità e in particolare con la sentenza n. 5192 del 28 maggio 1999 (Rv. 526786), della medesima III sezione, secondo cui *“anche da una sentenza parziale che disponga la revoca del decreto ingiuntivo per ragioni di rito e la prosecuzione del giudizio ai soli fini dell'accertamento delle ragioni creditorie fatte valere con la domanda contenuta nel ricorso monitorio, consegue - senza che si renda necessario attendere il passaggio in giudicato in senso formale della sentenza - la caducazione degli atti di esecuzione già compiuti in conseguenza della originaria esecutività del decreto”*; con la sentenza n. 11904 del 25 giugno 2004, Sez. Lav. e che pure esamina la questione dell'effetto della caducazione del decreto ingiuntivo, a seguito dell'accoglimento dell'opposizione, e della conseguente inefficacia di tutti gli atti esecutivi compiuti per effetto del provvedimento monitorio; nonché con la decisione n. 985 del 19 gennaio 2005 (Rv. 579157), Sez. Lav.. A tali precedenti deve aggiungersi, in senso conforme, l'arresto del 20 maggio 2004 n. 9626 (Rv. 572971), Sez. Lav..

b) L'intervento dei creditori titolati.

1. Osservano in particolare i giudici di legittimità che se il creditore munito di titolo, per il solo fatto dell'intervento, fosse comunque posto al riparo da qualsiasi conseguenza pregiudizievole, non avrebbe senso la previsione del pignoramento successivo, la cui disciplina risponde non solo all'ovvia esigenza processuale di accorpamento in un unico processo delle varie pretese creditorie ma ne regola anche uno specifico effetto “cautelare” che si aggiunge a quello tipico dell'intervento titolato. Peraltro, secondo la Corte, sebbene la soluzione di consentire agli interventori titolati di proseguire l'azione esecutiva nel medesimo processo, anche se il titolo esecutivo del creditore precedente sia venuto meno, risponda indubbiamente all'esigenza di una celere ed economica celebrazione del giudizio e garantisca la concorsualità delle esecuzioni immobiliari, la stessa, tuttavia, si pone in contrasto con il principio di autonomia dei singoli pignoramenti di cui all'art. 493 cod. proc. civ.. E proprio l'esistenza della norma derogatoria di tale principio e di cui all'art. 629 cod. proc. civ. - che richiede, per l'estinzione del processo esecutivo, la rinuncia non solo del creditore precedente ma anche degli intervenuti muniti di titolo – conferma, per la S.C., che, al di fuori di tale eccezionale ipotesi, la prosecuzione dell'azione esecutiva da parte degli interventori

titolati postula necessariamente la permanenza di una valida procedura esecutiva, che non sussiste evidentemente in caso di caducazione del titolo originario.

I giudici di legittimità si sono dunque *consapevolmente* posti *in contrasto* con l'orientamento espresso dalla medesima sezione III con la risalente sentenza, esplicitamente richiamata, n. 427 del 28 gennaio 1978 (Rv. 389729) secondo cui *<<nel processo di esecuzione forzata, al quale partecipano più creditori concorrenti, le vicende relative al titolo invocato da uno dei creditori (sospensione, sopravvenuta inefficacia, estinzione) non possono ostacolare la prosecuzione dell'esecuzione sull'impulso del creditore, il cui titolo abbia pacificamente conservato la sua forza esecutiva. Tuttavia, quando si tratti di intervento nel processo esecutivo, occorre distinguere se l'azione esecutiva si sia arrestata prima o dopo l'intervento, poiché, nel primo caso, non esistendo un valido pignoramento al quale gli interventi possano ricollegarsi il processo esecutivo è improseguibile>>*.

2. Viene dunque superata la tradizionale implicazione (per il richiamo a S.C., III, n. 2347 del 17 agosto 1973, Rv. 365681) secondo cui *“il processo esecutivo per espropriazione forzata é a struttura soggettiva aperta: accanto al creditore pignorante e al debitore, suoi originari soggetti, possono entrarvi, quali ulteriori successivi soggetti, gli altri creditori del debitore esecutato che vi facciano intervento”*. Tanto vale – secondo quanto affermato dalla S.C. nel 1978 – *“anche per gli atti esecutivi compiuti dal creditore pignorante prima dell'intervento dei creditori muniti di titolo esecutivo ed in particolare per il pignoramento”*, per cui se, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo esecutivo, sopravviene l'illegittimità dell'azione esecutiva esercitata dal creditore pignorante, da ciò non ne derivava la caducazione del pignoramento, originariamente valido, restando quest'ultimo *“quale primo atto dell'iter espropriativo proprio del creditore intervenuto munito di titolo esecutivo, il quale prima ne era partecipe accanto al creditore pignorante che lo aveva eseguito”*. La sentenza del 2009 allarga e riconduce ad unità di trattamento così l'ipotesi in cui uno o più creditori muniti di titolo esecutivo intervengano nel processo esecutivo prima o dopo che sia sopravvenuta l'illegittimità dell'azione esecutiva esercitata dal creditore pignorante.

c) L'art. 2929 cod. civ. e la tutela del terzo acquirente.

1. Con riferimento all'ulteriore questione, la S.C. ha affermato che *<<l'art. 2929 cod. civ. tutela l'acquirente nel caso in cui le questioni relative all'accertamento delle ragioni dell'esecutato siano dedotte nel processo in una fase successiva all'aggiudicazione; per le fasi precedenti, invece, tale "regula iuris" si riferisce ai vizi formali del procedimento esecutivo che abbia condotto alla vendita o all'assegnazione e, cioè, all'ipotesi in cui singoli atti del procedimento esecutivo, anteriori alla*

vendita o all'assegnazione, debbano essere dichiarati nulli, ma non trova spazio tutte le volte in cui la nullità riguardi proprio tali due atti, ovvero quando i vizi denunciati si configurino come motivi di opposizione alla stessa esecuzione. Ne consegue che l'eventuale estinzione del procedimento esecutivo e la perdita di efficacia del pignoramento possono essere fatte valere nei confronti dell'aggiudicatario, attenendo all'"an" della procedura esecutiva e non al "quomodo">>.

La S.C. aderisce all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità richiamando le sentenze, emesse dalla medesima sezione, n. 21439 dell'11 novembre 2004 (Rv. 578014) e n. 328 dell'11 gennaio 2001 (Rv. 543059); in particolare, nella motivazione della pronuncia citata per ultima, si dà atto che la dottrina e la giurisprudenza di legittimità hanno “*già rilevato che l'art. 2929 ... non si applica quando la nullità riguarda proprio la vendita o l'assegnazione oppure quando i vizi denunciati si configurano come motivi di opposizione all'esecuzione (sent. 27 gennaio 1995, n. 1018) [Rv. 450097]*” e si afferma che “*la norma si riferisce, piuttosto, ai vizi formali del procedimento esecutivo che ha portato alla vendita o all'assegnazione. Essa opera, cioè, quando vi sono atti del processo esecutivo, anteriori alla vendita o all'assegnazione, che debbano essere dichiarati nulli (sentenze 4 aprile 1997 n. 2926 [Rv. 508601]; 22 novembre 1979 n. 6101 [Rv. 402814] e 18 gennaio 2000, nella motivazione)*”.

2. I giudici di legittimità nella sentenza n. 3531 del 2009 affermano peraltro che l'interpretazione da essi adottata della norma di cui all'art. 2929 cod. civ. trova conferma nel disposto dell'art. 632 cod. proc. civ., “*che autorizza a porre sul medesimo piano l'estinzione del processo – per cause diverse dalla rinuncia – intervenuta prima dell'aggiudicazione e dell'assegnazione e l'accertamento della inesistenza del credito o del titolo, non potendo in entrambi i casi il giudizio proseguire*” e precisano altresì che “*non vale invocare ... il principio dell'affidamento incolpevole, poiché anche tale principio (non diversamente da quello generale della buona fede "sostanziale") prevede un equo riparto di oneri conoscitivi in capo a ciascuno dei protagonisti del processo esecutivo>> per cui <<sarà onere dell'aspirante aggiudicatario quello di accertarsi se, prima dell'instaurazione del sub procedimento finalizzato all'alienazione coattiva e prima della sua definizione con il prodursi dell'effetto traslativo, il titolo esecutivo sulla cui base il creditore procedente ha agito abbia o meno il carattere della irrevocabilità, ovvero sia ancora oggetto di contestazione*”.

Sul punto la pronuncia della S.C. si pone in *consapevole contrasto* con il precedente arresto della medesima sezione del 1° aprile 1991 n. 8471 (Rv. 473355), secondo cui <<*in base al principio generale di tutela dell'affidamento incolpevole, di cui l'art. 2929 cod.civ. costituisce una applicazione particolare, anche l'accertamento della inesistenza del titolo esecutivo, in base al quale si sia proceduto all'esecuzione forzata ed alla vendita forzata del bene dell'esecutato, non*

pregiudica il terzo il quale se ne sia reso acquirente a seguito del procedimento esecutivo>>. Si pone, infine, in rilievo che la norma dell'art. 2929 cod. civ. presuppone, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, che la vendita e l'assegnazione siano valide: così è il principio affermato dalla sentenza della Prima Sezione del 30 gennaio 2001 n. 1258 (Rv. 543533), secondo cui <<La disposizione di cui all'art. 2929 cod. civ. (secondo la quale la nullità degli atti esecutivi precedenti alla vendita non ha effetto riguardo all'aggiudicatario, salvo il caso di collusione con il creditore procedente), è operante solo quando la vendita sia esente da vizi formali, ben potendo sussistere vizi procedurali tali da travolgere, per nullità derivata, l'atto di trasferimento del bene all'aggiudicatario>> (più di recente cfr. le sentenze n. 193 del 10 gennaio 2003, Rv. 559564 e n. 3970 del 27 febbraio 2004, Rv. 570613).

1.6. Mercato e pubblica amministrazione. (Pasquale Fimiani)

a) La qualificabilità del soggetto privato esercente attività economica in settori di pubblico interesse. b) La concessione di appalto per pubblici servizi con affidamento di servizi aggiuntivi. c) La giurisdizione esclusiva amministrativa nella tutela della salute.

a) La qualificabilità del soggetto privato esercente attività economica in settori di pubblico interesse.

1. Tra le decisioni che fanno applicazione di principi generali ormai acquisiti nella giurisprudenza della Corte in specifiche fattispecie aventi carattere di autonomia e novità (“*decisioni a fattispecie prevalente*”), si possono segnalare le pronunce enunciative della **natura del soggetto privato in rapporto con la pubblica amministrazione**.

In tale prospettiva, torna in evidenza la questione sulla qualificabilità o meno di chi esercita un'attività economica in settori di pubblico interesse alla stregua di *organismo di diritto pubblico*, quindi tenuto a seguire le regole dell'evidenza pubblica nel caso di affidamento di lavori o servizi. Se nell'anno 2008 le Sezioni Unite erano giunte ad una soluzione affermativa nel caso di affidamento, da parte della *Rai s.p.a.*, dell'appalto del servizio di vigilanza armata dei suoi cespiti immobiliari (sentenza n. 10443) e di 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 (ordinanza n. 24722 del 2008), nell'anno 2009 alla stessa soluzione le S.U. sono pervenute con riferimento: a) ad una società, a partecipazione pubblica che aveva avuto la disponibilità di aree portuali per lo svolgimento di attività di bonifica e messa in sicurezza in vista della restituzione all'Autorità Portuale, concedendole poi in comodato ad una società privata

(ordinanza S.U. n. 8996 del 16 aprile 2009); b) ad una società concessionaria dall'ENAC degli impianti, delle infrastrutture e dell'area di sedime di un'areostazione ed autorizzata alla subconcessione di aree destinate ad attività commerciali ed alla somministrazione di servizi che, con delibera del consiglio di amministrazione e successiva convenzione, aveva affidato ad un privato la gestione di un'area, frontistante l'areostazione, per l'adibizione a servizio di *car valeting* in favore della clientela, servizio consistente in rimessaggio e servizi accessori in favore delle vetture della clientela stessa, nei limiti dei posti assegnati (ordinanza S.U. n. 23322 del 4 ottobre 2009).

2. Nel *primo* caso, la qualifica di organismo di diritto pubblico è stata attribuita sul rilievo che **la società a partecipazione pubblica** era stata costituita per lo svolgimento, **in sostituzione della Regione**, di **attività diretta al raggiungimento di obiettivi ed interessi pubblici e generali**, non avente carattere industriale e commerciale, in quanto aveva *“ricevuto la disponibilità delle dette aree al solo fine di procedere alla loro bonifica e messa in sicurezza per la successiva consegna all'Autorità Portuale per la definitiva destinazione ad attività logistico-portuale”*. Nel *secondo* caso, la Corte è partita dal rilievo che il d.lgs. n. 18 del 1999 prevede per l'ente di gestione delle infrastrutture aeroportuali un complesso di attività finalizzate a soddisfare gli interessi generali della collettività al funzionamento delle aerostazioni ed all'apprestamento delle condizioni di efficienza degli aeromobili. Tali attività, delle quali *“numeroso sono estranee all'assistenza diretta all'aeromobile e si appuntano su un vasto quadro logistico costituito dalla gestione dei flussi dei passeggeri, dei bagagli, della corrispondenza e del catering”*, costituiscono nel loro insieme un **servizio pubblico**, con la conseguenza che il concessionario dei servizi a terra nell'ambito aeroportuale va qualificato come organismo di diritto pubblico. In ciò, la decisione sottolinea la differenza rispetto alla *Grandi Stazioni s.p.a.*, gestore dei servizi interni alla stazione Termini di Roma su concessione delle *Ferrovie dello Stato s.p.a.*, che secondo la sentenza delle Sezioni Unite n. 10218 del 2006 non ha la predetta qualifica, non inerendo tali servizi alla gestione del traffico ferroviario ed alla manutenzione delle relative infrastrutture.

In questa prospettiva, come afferma la pronuncia del 2009, *“la gestione della sosta dei veicoli nell'area antistante l'aerostazione (il landside) e le attività di esazione di prezzo secondo tariffe approvate [sono] oltre che oggettivamente incidenti su beni del demanio aeronautico ... funzionalmente diretti a soddisfare interessi generali, senza che la presenza di servizi aggiuntivi (il car valeting) rispetto a quelli di mera custodia degli autoveicoli propria della attività di deposito delle vetture a pagamento riesca a differenziare il rapporto sottraendo al dato saliente. La vocazione delle aree di parcheggio, su sedime appartenente al demanio aeronautico e pur esterno all'area strettamente aeroportuale ad accesso limitato (airside), infatti, non è quella di soddisfare un interesse generale ma indifferenziato alla sosta ed alla custodia dei veicoli della cittadinanza”*

bensì quella di *“consentire che si realizzi una delle condizioni fondamentali per il funzionamento di una moderna aerostazione, quella dell’accesso e della mobilità dei passeggeri, attraverso l’uso della autovettura privata e come alternativa reale al trasporto pubblico (su rotaia o su gomma, collettivo o individuale). E tanto giustifica la attrazione di tale attività, con o senza i servizi aggiuntivi (ma facoltativi) della custodia e delle prestazioni di assistenza, nell’area dell’interesse generale”*.

3. La **qualifica di organismo di diritto pubblico** resta poi ferma, nonostante la minor rilevanza del servizio affidato al sub-concessionario rispetto a quelli complessivamente svolti dal concessionario, poiché, in linea con le decisioni della Corte di Giustizia 10 maggio 2001 in causa C-223/1999 e 22 maggio 2003 in causa C-18/2001, secondo cui una volta assegnata la predetta qualifica, questa non viene meno per lo svolgimento di un’attività minoritaria a carattere industriale, deve affermarsi che *“il ruolo dell’organismo di diritto pubblico nasce dalla sua istituzione per il soddisfacimento di interessi generali e le conseguenze dell’attribuzione di tal ruolo, segnatamente quelle che impongono l’adozione di moduli di massima trasparenza e garanzia nell’affidamento a terzi di segmenti delle proprie attività, restano un dato ineliminabile del suo agire, come imposto dall’impegno di pubbliche risorse per la costituzione e l’attività dell’ente stesso, impegno che si iscrive in una logica che non pare proprio tollerare una alternanza di garanzie procedurali e libertà di selezione a seconda dell’intensità o del grado di interesse pubblico sotteso alle attività svolte”*.

b) La concessione di appalto per pubblici servizi con affidamento di servizi aggiuntivi.

1. Sul versante oggettivo della **qualificazione del rapporto tra mercato e pubblica amministrazione**, un caso emblematico della necessità di adattamento di consolidati principi generali ad una specifica ed autonoma fattispecie, è stato affrontato dall’ordinanza S.U. n. 12252 del 27 maggio 2009, che ha fatto applicazione delle nozioni di **concessione ed appalto di pubblici servizi** nell’ipotesi di **affidamento di servizi aggiuntivi** di assistenza agli utenti presso luoghi di interesse culturale ed artistico, integrati dal servizio di biglietteria.

L’ordinanza ha infatti affermato che *“l’affidamento da parte della P.A. ad imprese private di servizi aggiuntivi di assistenza agli utenti (quali servizi di caffetteria, ristorazione e guardaroba, di vendita di riproduzioni di beni culturali, ecc.), da effettuarsi presso luoghi di interesse culturale ed artistico, integrati dal servizio di biglietteria - ai sensi degli artt. 112 e 113 del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, richiamati dall’art. 115 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 - si configura come concessione di servizio pubblico rispetto ai servizi aggiuntivi, e come appalto di servizio pubblico in riferimento al servizio*

di biglietteria. Infatti, la costante qualificazione normativa come concessione dell'affidamento della gestione a terzi dei servizi aggiuntivi è conforme alle definizioni delle direttive comunitarie (92/50/CE e 2004/18/CE), oltre che coerente con la struttura dei suddetti servizi, atteso che l'Amministrazione trasferisce il diritto di gestire il servizio in favore dei visitatori/utenti dietro pagamento di un canone, e che sussistono, altresì, i caratteri del pubblico servizio, per la valorizzazione dei beni culturali, in presenza : a) della titolarità del servizio in capo alla P.A.; b) della destinazione dello stesso alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) della predisposizione da parte della P.A. di un programma di gestione, con obblighi di condotta e livelli qualitativi vincolanti per il privato; d) del mantenimento da parte della P.A. dei corrispondenti poteri di indirizzo, vigilanza e intervento. L'affidamento dei servizi di biglietteria (oltre che di pulizia e vigilanza), che possono integrare la suddetta concessione, è invece configurabile come appalto di servizio pubblico, rilevando l'assunzione da parte della P.A. della veste di acquirente dal privato, anche a favore di terzi individuati, di determinate utilitates contro il pagamento di un corrispettivo”.

La conclusione è che *“spetta al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alla domanda dell'impresa volta all'accertamento di inadempimenti dell'Amministrazione, all'annullamento di atti di diffida, nonché alla condanna all'adempimento e al risarcimento del danno. Infatti, l'attribuzione a questo giudice - ex art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205 e inciso dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale - della giurisdizione esclusiva per le controversie (non concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi) relative a concessioni di pubblici servizi, cui è riconducibile l'affidamento della gestione di servizi aggiuntivi, prevale, alla luce dei principi di ragionevole durata del processo e di concentrazione delle tutele, posti dagli artt. 24 e 111 Cost., sulla spettanza al giudice ordinario della giurisdizione rispetto al servizio di biglietteria, atteso che il suddetto servizio integrativo si pone come accessorio rispetto alle concessioni di pubblici servizi che hanno per oggetto i servizi aggiuntivi”.*

c) La giurisdizione esclusiva amministrativa nella tutela della salute.

1. Un versante nel quale, invece, si sta delineato *un orientamento ormai stabilizzato* è quello della definizione del **servizio pubblico ambientale nella materia dei rifiuti**, e della correlativa affermazione della *giurisdizione esclusiva amministrativa* nelle relative controversie. In tema di diritto alla salute, la tesi per la quale anche nel sistema normativo conseguente alla legge 21 luglio 2000, n. 205, **la tutela giurisdizionale risarcitoria contro l'agire illegittimo della P.A.** spetta al giudice ordinario (*ex multis*, v. Sezioni Unite, ord. n. 13659 del 2006), fu superato dalla sentenza n. 27187 del 2007 delle stesse Sezioni Unite che, sulla scia della sentenza n. 140 del 2007 della Corte

costituzionale, innovò rispetto al passato, affermando l'inesistenza nel nostro sistema di un principio o norma che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

Ed infatti l'applicazione, anche nelle materie che attengono ai diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (art. 32 Cost.), dei criteri di riparto nelle materie di giurisdizione esclusiva, portò la Corte ad attribuire al giudice amministrativo *“la cognizione esclusiva delle relative controversie in ordine alla sussistenza in concreto dei diritti vantati, al contemperamento o alla limitazione di tali diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre, nonché all'emissione dei relativi provvedimenti cautelari che siano necessari per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie e eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti”*, nell'ambito della previsione di giurisdizione esclusiva nella materia della gestione del territorio (art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998).

2. Fu con l'ordinanza n. 26790 del 2008 che le Sezioni Unite giunsero alle stesse conclusioni sulla base del precedente art. 33, in tema di giurisdizione esclusiva nella materia dei servizi pubblici, in una controversia risarcitoria proposta da parte di alcuni genitori di alunni di scuole pubbliche, relativamente al servizio pubblico di mensa scolastica, assumendo la potenziale lesività per la salute delle refezioni fornite in base ad un bando di gara predisposto dall'ente locale comunale (deducendosi la violazione, nella scelta del gestore del servizio e nella gestione del medesimo, delle norme interne e comunitarie che impongono l'uso di prodotti coltivati biologicamente).

Ed è con l'ordinanza n. 9956 del 29 aprile 2009 delle stesse Sezioni Unite che, nel versante ambientale, ha trovato conferma il riferimento alla materia dei servizi pubblici, in relazione ad una controversia risarcitoria promossa da alcuni cittadini nei confronti del Comune, fondata sull'allegazione di danni alla salute causati dalla reiterata omissione della raccolta dei rifiuti urbani.

1.7. Mercati finanziari e borsa. (Loredana Nazzicone)

a) La legittimazione all'opposizione avverso le sanzioni amministrative. b) Il rafforzamento dei principi in materia di responsabilità. c) La responsabilità nell'esercizio della funzione di controllo delle Autorità indipendenti e degli organi di vigilanza per i danni ai risparmiatori.

a) La legittimazione all'opposizione avverso le sanzioni amministrative.

1. Con sei sentenze, depositate il 30 settembre 2009, recanti i nn. da 20929 a 20934, le Sezioni Unite hanno riconosciuto l'autonoma *legitimitas ad opponendum* dell'autore materiale della

violazione, destinatario della sanzione ma non ingiunto del pagamento, nei giudizi di opposizione ai sensi dell'art. 195 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 avverso le sanzioni amministrative comminate con riguardo al *servizio di gestione collettiva del risparmio e di negoziazione di strumenti finanziari*. Il decreto sanzionatorio aveva ingiunto soltanto alla società il pagamento delle sanzioni pecuniarie, determinate, tuttavia, con riguardo a ciascun autore materiale della violazione (amministratore o sindaco, direttore generale, responsabile della funzione del controllo interno o del servizio finanza), con obbligo di regresso nei confronti del medesimo. Sul punto la Corte si era più volte pronunciata, a sezioni semplici, nel senso di ritenere legittimato all'opposizione soltanto il soggetto in concreto ingiunto del pagamento della sanzione: non, dunque, gli esponenti aziendali.

2. Il *revirement* del 2009 rivisita il precedente indirizzo, ricostruendo la fattispecie specializzante l'obbligo di regresso da parte della persona giuridica ingiunta, con valorizzazione del raccordo con i **principi costituzionali del giusto processo**. Così, se è rammentato essere «*principio costante dell'ordinamento processualcivilistico*» la «*diretta correlazione tra effetto di giudicato e facoltà di interloquire e difendersi nel giudizio da cui quel giudicato discenda*», viene affermato che «*l'estensione dell'efficacia del giudicato a soggetti diversi dalle parti del giudizio in cui esso si è formato non può prescindere, infatti, dalla possibilità di svolgimento del processo nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità, ai sensi dell'art. 101 c.p.c., e dell'art. 111 Cost., comma 2, nonché dal rispetto del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.*». Da tali premesse, consegue che «*il tipo di interesse riconducibile alla persona fisica non può in alcun modo definirsi "di mero fatto"*», in quanto «*l'interesse di cui il soggetto risulta portatore è, viceversa, interesse effettivo ed attuale, giuridicamente rilevante, all'accertamento negativo dei presupposti degli illeciti a lui addebitati nell'ambito procedimentale sanzionatorio che precede il giudizio di opposizione: tale interesse ne legittima tanto un'autonoma ed originaria facoltà di proporre opposizione, quanto un successivo intervento in giudizio – ove l'opposizione stessa sia stata già proposta dalla persona giuridica (giusta la correlazione funzionale fra litisconsorzio originario ex art. 103 c.p.c., e litisconsorzio successivo ex artt. 105, 106 e 107 c.p.c.)*»; tuttavia, «*senza che ciò implichi l'esigenza o l'opportunità del litisconsorzio necessario ... soluzione che, sul piano funzionale, apparirebbe, oltretutto, in aperto contrasto sia con la stessa ratio legis del Decreto n. 58 del 1998 (che postula, di converso, una ineludibile celerità di definizione della vicenda sanzionatoria), sia con i principi generali in tema di obbligazioni solidali (nei confronti di tutti gli esponenti aziendali che non abbiano utilizzato tali facoltà)*», in quanto «*le conseguenze processuali che l'ordinamento ricollega al litisconsorzio necessario ... sono talmente gravi da indurre a fare ricorso a tale istituto in modo estremamente oculato*».

Con il riconoscimento della legittimazione attiva alla persona fisica, destinataria della sanzione ma non ingiunta del pagamento, essa può dunque sia proporre autonoma opposizione, sia spiegare intervento litisconsortile nel giudizio di opposizione istaurato dalla persona giuridica, così sussistendo litisconsorzio facoltativo, *sub specie* dell'intervento adesivo autonomo, e non litisconsorzio necessario, potendosi utilizzare gli ordinari istituti della connessione e della riunione di procedimenti al fine di evitare contrasti di giudicati.

3. Gli stessi principi, in occasione delle successive sentenze recanti i nn. da 20935 a 20939, relative al procedimento di cui all'art. 187-*septies* d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 98, sono stati ribaditi per il caso della **pluralità di soggetti**, autori materiali delle violazioni e tutti ingiunti del pagamento insieme alla persona giuridica. Il *consolidamento del precedente* sopra citato si estende così al *litisconsorzio facoltativo, sub specie dell'intervento adesivo autonomo*, tra i soggetti autori materiali delle violazioni, anche ove abbiano commesso il fatto in concorso fra loro, e le persone giuridiche chiamate a risponderne, quali responsabili solidali con i primi, ai sensi dell'art. 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ovvero quali responsabili in proprio in forza dell'art. 187-*quinquies* d. lgs. n. 58 del 1998, perché in tali casi si genera una pluralità di rapporti autonomi.

b) Il rafforzamento dei principi in materia di responsabilità.

1. Quanto alle prime cinque decisioni menzionate (nn. 20929-20934), si può dare conto del *rafforzamento di alcuni indirizzi*: a) in caso di illecito amministrativo omissivo, spetta al soggetto tenuto ad attivarsi l'**onere** di provare la condotta positiva di adempimento o la sussistenza di elementi tali da rendere inesigibile il comportamento attivo (cfr. Sez. 1, n. 18235 del 22 agosto 2006, *Rv. 591607*; Sez. lav., n. 11751 del 24 giugno 2004, *Rv. 573887*; Sez. lav., n. 7692 del 21 agosto 1996, *Rv. 499283*; Sez. 1, n. 5107 del 25 maggio 1994, *Rv. 486765* e *486766*, in un'ipotesi di fatti imputati al direttore generale di una banca); b) sussiste **presunzione di colpa**, per cui grava sul trasgressore l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza, in adesione ad un costante insegnamento della S.C. in materia di art. 3 l. 24 settembre 1981, n. 689, sia con riguardo alle sanzioni amministrative per violazioni di norme diverse (Sez. 5, n. 4171 del 20 febbraio 2009, *Rv. 606925*; Sez. 2, n. 10841 del 29 aprile 2008, *Rv. 603049*; Sez. 2, n. 13610 dell'11 giugno 2007, *Rv. 597317*; Sez. trib., n. 22890 del 25 ottobre 2006, *Rv. 595873*; Sez. L, n. 19242 del 7 settembre 2006, *Rv. 592378*; Sez. 1, n. 15930 del 13 luglio 2006, *Rv. 591178*; Sez. 1, n. 15598 del 7 luglio 2006, *Rv. 594003*; Sez. 1, n. 15580 del 7 luglio 2006, *Rv. 593107*; Sez. 1, n. 11012 del 12 maggio 2006, *Rv. 589169*; Sez. 1, n. 9862 del 28 aprile 2006, *Rv. 588782*; Sez. 2, n. 5426 del 13 marzo 2006, *Rv. 592983*; Sez. 1, n. 15155 del 18 luglio 2005, *Rv. 583719*; Sez. lav., n. 12391 del 23 agosto 2003, *Rv.*

566200; Sez. 5, n. 10607 del 4 luglio 2003, Rv. 564824; Sez. 1, n. 12865 del 4 settembre 2002, Rv. 557249; Sez. lav., n. 2642 del 8 marzo 2000, Rv. 534692; Sez. I, n. 664 del 21 gennaio 2000, Rv. 533047; Sez. 1, n. 1142 dell'11 febbraio 1999, Rv. 523120; Sez. L, n. 5421 del 2 giugno 1998, Rv. 516024; Sez. 1, n. 4927 del 16 maggio 1998, Rv. 515510; Sez. 1, n. 3491 del 4 aprile 1998, Rv. 514220; Sez. L, n. 11473 del 18 novembre 1997, Rv. 510115; Sez. 1, n. 3065 del 9 aprile 1997, Rv. 503591; Sez. U, n. 10508 del 6 ottobre 1995, Rv. 494184), sia nello specifico ambito del mercato finanziario (Sez. 1, n. 5304 del 16 marzo 2004, Rv. 571192; sez. 1, n. 19041 del 12 dicembre 2003, Rv. 568828; Sez. 1, n. 11591 del 2 agosto 2002, Rv. 556563; Sez. I, n. 7143 del 25 maggio 2001, Rv. 547004); c) la complessa articolazione della struttura organizzativa della banca, tenuta a predisporre le procedure aziendali per la prestazione del servizio di negoziazione, non può comportare l'esclusione od anche il semplice affievolimento del potere-dovere di controllo del **collegio sindacale**, che ha l'obbligo legale di denuncia immediata alla Banca d'Italia e alla Consob, ai sensi dell'art. 8 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, delle violazioni delle norme dettate in tema di intermediazione mobiliare (cfr. *infra*, par. 3); d) infine, in ordine al **procedimento amministrativo** innanzi alla Consob ex art. 195 cit., viene affermata, per la prima volta, l'irrilevanza di eventuali vizi del procedimento, in ragione dell'art. 21-*octies*, 2° comma, legge 7 agosto 1990, n. 241, avente natura processuale, secondo un orientamento peraltro diffuso fra i giudici amministrativi.

2. Quanto agli altri principî contenuti nelle decisioni nn. 20935-20939 – le prime in cui la Corte si sia occupata dell'**illecito di manipolazione del mercato** e della corrispondente responsabilità dell'ente, previsti rispettivamente dagli art. 187-*ter* e 187-*quinquies* del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (norme introdotte dalla legge 18 aprile 2005, n. 62) – le S.U. hanno ancora affermato che: a) la fattispecie di cui all'art. 187-*ter* lgs. n. 58 del 1998, non richiedendo particolari qualificazioni soggettive, può essere integrata da chiunque, e non soltanto da un soggetto qualificato (sentenza n. 20935); b) ai fini della sussistenza dell'illecito di cui all'art. 187-*ter* lgs. n. 58 del 1998, è sufficiente l'elemento soggettivo della colpa (sentenza n. 20939); c) la diffusione, su richiesta della Consob formulata ai sensi dell'art. 114, 5° comma, d. lgs. n. 58 del 1998, di notizie e documenti necessari per l'informazione del pubblico non costituenti "informazione privilegiata" di cui all'art. 181 d. lgs. menzionato, può integrare la fattispecie dell'illecito di manipolazione del mercato, prevista dall'art. 187-*ter* del decreto, mentre va esclusa la configurabilità dell'illecito *minor* di cui all'art. 193 d. lgs. cit., norma riferita alla violazione dei doveri informativi societari e degli obblighi di segnalazione, indipendentemente dalla relativa incidenza sul mercato (sentenza n. 20935); d) con riguardo alla fattispecie dell'art. 187-*quinquies* lgs. n. 58 del 1998, il criterio d'imputazione della responsabilità all'ente deve avere riguardo alla qualità gestoria apicale del soggetto agente, non integrata in caso di condotta dal medesimo tenuta solo in esecuzione di un

incarico come consulente professionale (sentenza n. 20936); e) allorché il giudice esamini d'ufficio una questione senza procedere alla sua segnalazione alle parti (cd. terza via), non sussiste la nullità della sentenza: nel caso di mancato rilievo e sottoposizione alle parti di questioni di puro diritto, vi è infatti *error iuris in iudicando* o *in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consentirebbe la cassazione della sentenza se in concreto consumatosi; in ipotesi di questioni di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto, la parte soccombente può sostenere che la violazione di quel dovere ha vulnerato la facoltà di chiedere prove ed ottenere una eventuale rimessione in termini; ciò si è affermato, in difformità dal precedente orientamento delle sezioni semplici (cfr. Sez. 2, n. 15194 del 9 giugno 2008, *Rv. 603862*; Sez. 3, n. 21108 del 31 ottobre 2005, *Rv. 585265*; Sez. 3, n. 16577 del 5 agosto 2005, *Rv. 584889*; Sez. 1, n. 14637 del 21 novembre 2001, *Rv. 550429*; peraltro, ancora seguito da Sez. 2, n. 18191 del 10 agosto 2009, *Rv. 609134*) (sentenza n. 20935); f) nel procedimento amministrativo innanzi alla Consob, previsto dall'art. 187 *septies* d. lgs. n. 58 del 1998, non sussiste la violazione del diritto al contraddittorio del responsabile, allorché sia stata omessa la trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative e la sua personale audizione innanzi alla Commissione dopo quelle conclusioni (sentenza n. 20935).

c) La responsabilità nell'esercizio della funzione di controllo delle Autorità indipendenti e degli organi di vigilanza per i danni ai risparmiatori.

1. Con la decisione della S.C. n. 4587 del 25 febbraio 2009 (*Rv. 606820-606824*) è di nuovo stata affrontata la questione della responsabilità civile della **Consob** per i danni derivanti dall'inadeguato controllo del **prospetto informativo**, del quale gli attori lamentavano la carenza di veridicità, concernente l'offerta al pubblico della sottoscrizione di titoli atipici (dopo il precedente di Sez. 1 n. 3132 del 3 marzo 2001, *Rv. 546175*). La sentenza del 2009 ha spiegato il **nesso causale**, affermando che «*accertata la negligenza della CONSOB che, con la sua condotta omissiva, abbia permesso la diffusione di un prospetto informativo gravemente mendace nella comunicazione predisposta dai promotori dell'operazione di pubblica sottoscrizione di titoli atipici, il giudice del merito ... ben può ritenere, nel quadro dei principi della equivalenza causale e della causalità adeguata, a norma degli artt. 40 e 41 cod. pen., che tale omissione sia stata causa della perdita subita dai risparmiatori, danneggiati dall'aver fatto affidamento sulla veridicità dei dati riportati nel prospetto informativo, e che, per converso, la condotta doverosa dall'autorità di garanzia preposta al settore del mercato mobiliare, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verifica dell'evento, perché, in presenza di un effettivo esercizio di poteri di vigilanza e repressivi, l'investimento non ci sarebbe stato*». Vi è dunque ricorso alla teoria causale (principio costante: cfr. Sez. 3, n. 15895 del 7 luglio 2009, *Rv.*

608952; Sez. 3, n. 10741 dell'11 maggio 2009, Rv. 608391; Sez. 3, n. 25028 del 10 ottobre 2008, Rv. 605131; Sez. U, n. 584 dell'11 gennaio 2008, Rv. 600921; Sez. U, n. 582 dell'11 gennaio 2008, Rv. 600916; Sez. U, n. 581 dell'11 gennaio 2008, Rv. 600913; Sez. U, n. 576 dell'11 gennaio 2008, Rv. 600899).

2. In ordine alla configurabilità di un **concorso di colpa dei sottoscrittori**, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. – per un tema di raccordo evidenziato nella presente *Rassegna v. la Sezione CONTRATTI E CONSUMATORE*, 1.1. L'intermediazione finanziaria – la S.C. considera che *«il superamento del vaglio della supervising authority in ordine all'operazione di sollecitazione del pubblico risparmio ingenera negli investitori il legittimo affidamento che quelle informazioni contengono dati veritieri e sono realmente descrittive dei termini dell'affare»*, anche se nella vicenda è stato accolto il motivo di ricorso formulato dalla P.A., perché *«allorché una notizia di stampa pone all'attenzione del pubblico la possibilità che una fonte di informazione ufficiale possa non essere più attendibile, l'investitore prudente deve valutare anche il contenuto»* di essa e *«la colpa del risparmiatore danneggiato va apprezzata sotto il profilo del concorso di questo nella produzione dell'evento o ai fini della riduzione del risarcimento»*.

3. L'ulteriore statuizione attiene alla **limitazione** della responsabilità della Consob e dei suoi funzionari per dolo e colpa grave. All'epoca dei fatti esaminati vigeva il disposto generale dell'art. 23 d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, secondo cui la responsabilità civile dei funzionari e dipendenti della P.A. sussiste soltanto in presenza di comportamenti dolosi o gravemente colposi. Una nuova disciplina speciale è stata dettata dall'art. 4, 3° comma, d. lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, che ha introdotto il comma 6 bis all'art. 24 l. 28 dicembre 2005, n. 262 (*«Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari»*), secondo cui: *«Nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave»*. L'innovazione contenuta in tale norma concerne l'esclusione di responsabilità per i casi di colpa lieve con riguardo alla stessa Consob ed alle altre autorità di vigilanza, laddove ciò era prima riconosciuto solo ai loro funzionari e dipendenti, in ragione del ricordato regime generale dell'art. 23 d.P.R. n. 3 del 1957.

La pronuncia – rilevata la non estensione, alla fattispecie, della nuova normativa – ha ravvisato il medesimo limite per le persone fisiche, a norma dell'art. 28 Cost., nell'art. 23 del citato d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, applicabile, in quanto espressione di un principio generale, a chiunque sia legato da un rapporto di servizio con la Commissione.

È stato peraltro precisato che *«la limitazione della responsabilità civile dei commissari ed esperti della CONSOB alle ipotesi di (dolo o) colpa grave non significa che l'ordinamento tolleri un comportamento lassista di costoro o li esponga alla responsabilità nei confronti dei terzi danneggiati solo in presenza di macroscopiche inosservanze dei doveri di ufficio o di abuso delle funzioni per il perseguimento di fini personali, giacché si ha colpa grave anche quando l'agente, pur essendone obbligato iure, non faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito»*.

4. Sul **quantum** del risarcimento in simili ipotesi: è corretta la liquidazione del danno in misura pari all'intero capitale investito, posto che *«gli investitori non avrebbero acquistato i titoli mobiliari in questione se la CONSOB avesse proceduto alla doverosa attività di vigilanza e di controllo»* e quando *«nessun valore sia attribuibile ai prodotti acquistati, non essendo stato recuperato alcunché dall'insinuazione al passivo delle procedure concorsuali»*.

5. Infine, la Corte ha *consapevolmente ribadito il suo pressoché costante orientamento*, concernente:
a) la rilevanza probatoria nel giudizio civile della **sentenza penale**, la quale, *«anche quando non faccia stato nel giudizio civile circa il compiuto accertamento dei fatti materiali formanti oggetto del giudizio penale, costituisce un documento che il giudice civile può esaminare e dal quale può trarre elementi di giudizio, sia pure non vincolanti»* (cfr. Sez. L, n. 23906 del 19 novembre 2007, Rv. 600265; Sez. U, n. 17289 del 31 luglio 2006, Rv. 591413; Sez. L, n. 20765 del 26 ottobre 2005, Rv. 584102; Sez. L, n. 9358 del 5 maggio 2005, Rv. 581838; Sez. L, n. 23612 del 20 dicembre 2004, Rv. 578269; Sez. 1, n. 3626 del 24 febbraio 2004, Rv. 570436; Sez. 1, n. 2200 del 15 febbraio 2001, Rv. 543878; Sez. L, n. 624 del 23 gennaio 1998, Rv. 511857), e, tuttavia, *«il giudice civile non può adagiarsi acriticamente sulle valutazioni effettuate dal giudice penale, dovendo in ogni caso sottoporre le conclusioni cui sia giunto quest'ultimo al proprio vaglio critico»* (conforme a Sez. L, n. 18288 del 30 agosto 2007, Rv. 598858; Sez. 2, n. 12694 del 30 maggio 2007, Rv. 597557; Sez. 3, n. 2409 del 7 febbraio 2005, Rv. 582756; Sez. L, n. 23612 del 20 dicembre 2004, Rv. 578269; Sez. 3, n. 11483 del 21 giugno 2004, Rv. 573768); b) la natura di **debito di valore** dell'obbligo risarcitorio, senza che siffatta configurazione sia destinata a mutare per il fatto che l'evento dannoso coincida con la perdita della somma di danaro, perché *«ciò che il danneggiante deve non è la corresponsione di una data somma di danaro ma l'integrale risarcimento del danno, di cui la somma originaria costituisce solo una componente ai fini della relativa commisurazione»* (conformi, in tema di responsabilità di amministratori e sindaci, le sentenze Sez. 1, n. 11018 del 25 maggio 2005, Rv. 581530; Sez. 1, n. 3483 del 4 aprile 1998, Rv. 514212; Sez. 1, n. 1981 del 14 marzo 1985, Rv. 439894; Sez. 1, n. 68 dell'8 gennaio 1979, Rv. 396102; in tema di rimborso spese al possessore ai

sensi dell'art. 1150 cod. civ., Sez. 2, n. 3792 del 30 marzo 1995, *Rv. 491542*; Sez. 2, n. 11051 dell'8 novembre 1993, *Rv. 484226*; Sez. 2, n. 1784 del 12 febbraio 1993, *Rv. 480873*; Sez. 2, n. 8491 del 18 novembre 1987, *Rv. 456018*; in tema di spese da rimborsare ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., Sez. 3, 1817 del 20 febbraio 1987, *Rv. 451183*; in settori diversi, Sez. 3, n. 2534 del 23 aprile 1982, *Rv. 420401*; Sez. 3, n. 693 del 6 febbraio 1982, *Rv. 418482*; Sez. 2, n. 4776 del 21 luglio 1980, *Rv. 408590*; Sez. 3, n. 3542 del 13/07/1978, *Rv. 393041*; in tal modo, è da ritenersi del tutto superato il remoto contrario orientamento di Sez. L, n. 6537 del 9 giugno 1995, *Rv. 492772* e Sez. 3, n. 1161 del 4 febbraio 1994, *Rv. 485218*); c) la **liquidabilità d'ufficio** della svalutazione nei debiti di valore (giurisprudenza costante: Sez. 3, n. 10488 del 7 maggio 2009, *Rv. 608089*; Sez. 3, n. 3268 del 12 febbraio 2008, *Rv. 601709*; Sez. 3, n. 23225 del 16 novembre 2005, *Rv. 587947*; Sez. 3, n. 13401 del 22 giugno 2005, *Rv. 582061*); d) il riconoscimento del nocumento finanziario (lucro cessante) subito a causa del **ritardato conseguimento dell'importo** «con la tecnica degli interessi, computati – non sulla somma originaria né su quella rivalutata al momento della liquidazione – ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno, ovvero sulla somma rivalutata in base ad un indice medio» (principio più volte affermato dalla Corte: Sez. 3, n. 5054 del 3 marzo 2009, *Rv. 606995*; Sez. 3, n. 5234 del 10 marzo 2006, *Rv. 588243*; Sez. 3, n. 6590 dell'8 maggio 2002, *Rv. 554230*; Sez. 3, n. 883 del 25 gennaio 2002, *Rv. 551834*; Sez. Un., n. 1712 del 17 febbraio 1995, *Rv. 490480*).

6. Ancora nell'ambito dell'omessa vigilanza sui soggetti del mercato, la sentenza n. 7531 del 27 marzo 2009 (*Rv. 607198*) della terza Sezione ha affermato la responsabilità della P.A., nella specie il Ministero dell'industria, per i danni subiti dai risparmiatori, causalmente riconducibili alla tardiva adozione e pubblicazione del provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'**attività fiduciaria**, nonché all'omessa informazione circa i rischi connessi alla situazione patrimoniale e gestionale della società. Ha, invero, ravvisato la violazione dei doveri di diligenza e correttezza nella vigilanza e nel controllo sulle società fiduciarie, posti dagli art. 2 l. 23 novembre 1939, n. 1966 e 3 r.d. 22 aprile 1940, n. 531 – definito il «*primo compiuto inquadramento sistematico delle società fiduciarie*» – da interpretarsi alla luce dei valori costituzionali a tutela del risparmio e dei principî di imparzialità e buona amministrazione (art. 41, 2° e 3° comma, 47, 1° comma e 97, 1° comma, Cost.) e costituenti limiti esterni alla sua attività discrezionale, che integrano la norma primaria del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ. In tal caso, il giudice di merito aveva riscontrato una «*macroscopica colpa*» nel comportamento omissivo del Ministero, non avendo esso «*controllato con la necessaria incisività, e non solo con procedure meramente formali e, perciò, inefficaci, le modalità di gestione e la trasparenza delle operazioni contabili, in tal modo lasciando che si perpetuasse quella forma fraudolenta di amministrazione (parziale distrazione degli investimenti occultata dal pagamento di rendite solo con il danaro dei nuovi investitori) solo successivamente*

accertata in sede penale, e quello, soprattutto, di non avere adottato, con la necessaria tempestività, le misure utili per troncamento radicalmente l'attività».

7. Inoltre, con riguardo al **quantum del risarcimento**: la misura adeguata è stata ritenuta quella pari all'intera somma affidata, anche se, trattandosi di incarico a società fiduciaria, non si è liquidato il lucro cessante, perché *«il rapporto di amministrazione fiduciaria così delineato, non poteva assicurare ai risparmiatori investitori, che alle società avevano consegnato il loro denaro per una amministrazione ed investimento produttivo, alcun diritto ad un utile garantito».*

1.8. Impresa e potestà impositiva. (Pasquale Fimiani)

a) L'abuso del diritto: il consolidamento del principio in materia tributaria. b) La considerazione a fini fiscali dell'edificabilità del suolo. c) Gli studi di settore e la portata delle presunzioni. d) L'autonomia dell'organizzazione ai fini di esenzione dall' IRAP.

a) L'abuso del diritto: il consolidamento del principio in materia tributaria.

1. Nel vasto panorama delle decisioni in materia tributaria, uno dei versanti caratterizzati da *“decisioni a fattispecie prevalente”* è indubbiamente quello della concreta applicazione del concetto di **abuso del diritto**, ormai *costantemente definita* come *“quell'operazione economica che, tenuto conto sia della volontà delle parti implicate che del contesto fattuale e giuridico, ponga quale elemento predominante ed assorbente della transazione lo scopo di ottenere vantaggi fiscali, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta”* (Sez. V, sent. n. 1465 del 21 gennaio 2009, secondo cui *“la prova sia del disegno elusivo, sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore che giustifichino operazioni in quel modo strutturate”*).

Se questi principi generali sono ormai acquisiti nella giurisprudenza della Corte, la loro concreta applicazione, anche nell'anno 2009, ha riguardato fattispecie tra loro diverse, ciascuna avente una propria autonoma configurazione.

E così, la sentenza n. 1465, cit. ha escluso la configurabilità di un'operazione elusiva nell'impianto organizzativo di una *corporate joint venture* in cui gli investimenti erano stati effettuati da una

società *ad hoc*, costituita per l'acquisto di attrezzature e linee di produzione, concesse in comodato gratuito a terzi per la realizzazione di veicoli poi acquisiti dalla comodante ad un minor prezzo, in quanto, pur derivando dall'operazione un risparmio di imposta, essa trovava *giustificazione ragionevole* nell'obiettivo di assicurarsi vantaggiose posizioni commerciali di competitività sui mercati cui i veicoli prodotti erano destinati.

2. Nella giurisprudenza della Quinta Sezione è stato, invece, ritenuto *configurabile l'abuso del diritto*: a) nel comportamento di un rivenditore di GPL che, avvalendosi della possibilità riconosciutagli dalla legge n. 67 del 1988 di commercializzare ad IVA agevolata modeste quantità di prodotto, aveva simulato la vendita di bombole di GPL da 10 o 15 kg a numerosi soggetti risultati estranei al commercio del gas liquido, soltanto per lucrare la differenza di imposta (sentenza n. 4503 del 25 febbraio 2009); b) nella condotta di una società che aveva stipulato con altre società ad essa collegate una serie di compravendite immobiliari sottoposte a condizioni sospensive impossibili, con l'effetto di sottrarsi al versamento dell'imposta e di far ottenere alle società collegate, attraverso la successiva risoluzione dei contratti e la conseguente fatturazione della restituzione degli immobili, un recupero di imposta a credito, non risultando evidenziate ragioni economiche diverse dalla mera aspettativa di un vantaggio fiscale (sentenza n. 6800 del 20 marzo 2009); c) nel caso di un contratto di *sale and lease back* posto in essere tra due società appartenenti al medesimo gruppo d'impresa ed avente ad oggetto beni strumentali già ammortizzati dalla società venditrice, che, in virtù della rilevanza unitaria conferita dal legislatore al gruppo d'impresa, non realizza l'effetto economico proprio della locazione finanziaria, consistente nell'assicurare al locatore una maggiore disponibilità di denaro, ma è volto esclusivamente a realizzare un vantaggio fiscale, costituito per la società utilizzatrice dalla possibilità di portare in detrazione i canoni di locazione, e per la società locatrice di effettuare nuovamente l'ammortamento dei medesimi beni (sentenza n. 8481 dell'8 aprile 2009).

b) La considerazione a fini fiscali dell'edificabilità del suolo.

1. Il versante dell'abuso del diritto nella materia tributaria, non è certamente l'unico in cui principi di diritto aventi carattere generale trovano applicazione in specifiche fattispecie. In questa prospettiva appare rilevante la sentenza n. 20097 del 2009 con cui la Quinta Sezione, riprendendo quanto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 25506 del 2006 in tema di ICI, ha individuato la nozione generale di **terreno edificabile ai fini tributari**.

La decisione rivela la tendenza a ricomprendere nell'ordinamento fiscale, *“al fine di estendere la base imponibile di alcuni tributi, tutte le aree la cui destinazione edificatoria è prevista dallo strumento urbanistico generale approvato dal comune, a prescindere dall'adozione dei previsti atti*

di controllo (approvazione regionale) e dall'esistenza di strumenti attuativi. Tale tendenza ha dato luogo all'emanazione di specifiche disposizioni, e precisamente il [d.l. 30 settembre 2005, n. 203, art. 11-quaterdecies, comma 16](#) convertito nella legge 2 dicembre 2005, n. 248 (riferito all' ICI), il quale considera non necessari gli strumenti attuativi, nonché il [d.l. 4 luglio 2006, n. 223, art. 36, comma 2](#) convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, contenente una definizione di area fabbricabile in materia di IVA, di imposta di registro, di imposte sul reddito e di ICI, il quale ribadisce la non necessità di strumenti attuativi e stabilisce la sufficienza dell'approvazione da parte del comune”.

Pertanto, ai fini fiscali, non interessa “che il suolo sia immediatamente ed incondizionatamente edificabile: essenziale è soltanto che sia stata conclusa una fase rilevante del procedimento per attribuire all'area la natura edificatoria o per modificare le precedenti previsioni che escludevano tale destinazione”.

2. Sulla base di tale premessa la sentenza, ai fini dell'art. 2, comma 3, lett. c) del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, ha ritenuto *soggetta ad IVA*, e non all'imposta proporzionale di registro, la *cessione di area inclusa in un piano di ristrutturazione della rete di distribuzione di carburante* approvato ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 11 febbraio 1998, n. 32, poiché la possibilità, conseguente a detta approvazione, di rilascio immediato di provvedimenti per la realizzazione degli impianti, senza necessità di adottare gli ordinari procedimenti modificativi del piano regolatore generale, attribuisce all'approvazione l'effetto di rendere immediatamente edificabile l'area, sia pure con riferimento ad interventi di natura particolare (impianti di distribuzione di carburanti).

c) Gli studi di settore e la portata delle presunzioni.

Riguardo, infine, alle decisioni che sembrano consentire una soluzione negativa della verifica di ammissibilità *ex art. 360, comma 1, c.p.c.*, si segnalano, quanto agli **studi di settore**, le sentenze delle Sezioni Unite, da 26635 a 26638, del 18 dicembre 2009. Il tema concerne gli accertamenti condotti tramite gli strumenti presuntivi dei parametri e degli studi di settore. Cogliendo una linea di continuità evolutiva tra tali strumenti, cioè all'interno del più ampio *genus* degli accertamenti standardizzati (basati su parametri statistici elaborati dall'Amministrazione), le pronunce hanno chiarito che si è in presenza di un sistema di presunzioni semplici, la cui gravità, precisione e concordanza non è *ex lege* determinata in relazione ai soli *standards* considerati, ma nasce in esito al contraddittorio da attivare obbligatoriamente con il contribuente, il quale, nel giudizio di impugnazione dell'atto di accertamento, ha la più ampia facoltà di prova, anche a mezzo di presunzioni semplici, potendo poi il giudice liberamente valutare l'applicabilità in concreto degli *standards* e la prova contraria fornita dal contribuente.

d) L'autonomia dell'organizzazione ai fini di esenzione dall' IRAP.

In tema di **IRAP**, con le sentenze n. 12108 e n. 12111, del 26 maggio 2009, le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, hanno fissato i parametri di applicabilità dell'imposta rispettivamente per l'esercizio dell'attività di *agente di commercio* di cui all'art. 1, legge 9 maggio 1985, n. 204 e per quello dell'attività di *promotore finanziario* di cui all'art. 31, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. In entrambi i casi si è esclusa l'applicazione dell'imposta, a condizione che tali soggetti svolgano *un'attività non autonomamente organizzata* e si è precisato che il requisito dell'autonoma organizzazione, il cui accertamento spetta al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, ricorre quando il contribuente: a) sia, sotto qualsiasi forma, il responsabile dell'organizzazione e non sia, quindi, inserito in strutture organizzative riferibili ad altrui responsabilità ed interesse; b) impieghi beni strumentali eccedenti, secondo *l'id quod plerumque accidit*, il minimo indispensabile per l'esercizio dell'attività in assenza dell'organizzazione, oppure si avvalga in modo non occasionale di lavoro altrui. Costituisce onere del contribuente, che chieda il rimborso dell'imposta asseritamente non dovuta, dare la prova dell'assenza delle predette condizioni.

2. I DIRITTI DELLA PERSONA E DELLE FORMAZIONI SOCIALI.

2.1. I diritti della persona straniera. (Maria Acierno)

Un tratto comune agli orientamenti della Corte riguardanti la condizione degli stranieri è costituito dalla sempre più decisa affermazione dell'appartenenza dei diritti inviolabili alla persona in quanto tale, indipendentemente dalla sua nazionalità, origine etnica o geografica, religione o cultura. La loro collocazione al di sopra dei singoli ordinamenti statuali, già riconosciuta dalla Corte nelle pronunce relative alle violazioni dei diritti umani perpetrate dal regime nazista (S.U. n. 14199 del 2008 rv. 603272 e n. 14201 del 2008 rv. 603273, sulla giurisdizione "universale" e sul carattere recessivo degli altri criteri di radicamento della giurisdizione dei singoli Stati, derivante dall'assoluta supremazia dei diritti violati), ha trovato una puntuale conferma nella pronuncia n. 10504 del 2009 (rv. 608009) con la quale è stata esclusa l'applicabilità della condizione di reciprocità stabilita dall'art. 16 delle preleggi in tema di diritti fondamentali quali quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute che, in quanto riconosciuti dalla Costituzione devono essere applicati a tutte le persone, senza subire disparità di trattamento per ragioni di cittadinanza (italiana, comunitaria ed extracomunitaria).

Può, conseguentemente, ritenersi un principio tendenzialmente stabile quello secondo il quale esiste un nucleo di diritti, appartenenti alla persona umana contenuti in tutte le Convenzioni relative ai diritti delle persone sottoscritti dall'Italia (La Dichiarazione Onu, la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, La Carta Europea dei diritti fondamentali attualmente contenuta nel Trattato di Lisbona, di recente entrato in vigore in tutta l'Unione Europea) e riconosciuti con il medesimo grado di assoluta preminenza dalla nostra Costituzione che godono di un grado di tutela assoluta potendo essere ponderati in fase attuativa solo previa il contemperamento con interessi di pari rango. La peculiarità della collocazione dei diritti inviolabili in un sistema tendenzialmente "universale" delle fonti è stata già considerata ampiamente dalla Corte nell'elaborazione delle regole applicabili in una fase cruciale, le scelte di fine vita, della concreta attuazione del diritto all'autodeterminazione (n. 21748 del 2007 rv. 598963). Con il medesimo approccio metodologico sono state affrontate nuove, rilevanti questioni in tema di diritto dello straniero a richiedere le misure di protezione internazionale assicurate dal sistema normativo costituzionale, comunitario ed interno.

Anche in questo settore, deve essere sottolineata la continuità rispetto all'importante punto di approdo costituito dalle S.U. n. 27310 del 2008 (rv. 605498) in ordine all'affermazione del primario rilievo ermeneutico dei principi di diritto comunitario relativi alle misure di protezione internazionale sull'interpretazione del diritto interno *antea* vigente. Anche nelle pronunce dell'anno 2009 (S.U. n. 11535 del 2009, rv. 608145 e n. 19393 del 2009 rv. 609272), relative a fattispecie non direttamente regolate dalle norme comunitarie di recente introduzione (le Direttive n. 2004/83/CE e 2005/85/CE attuate rispettivamente con i d.lgs n. 251 del 2007 e n. 25 del 2008), la Corte, nell'affermare l'unitarietà della giurisdizione del giudice ordinario per ogni misura di protezione internazionale, ed in particolare, per i permessi umanitari, ha posto in risalto come il legislatore, oltre ad aver espressamente qualificato come diritto sia quello relativo allo *status* di rifugiato politico, sia quello riguardante la "protezione sussidiaria" ovvero una misura caratterizzata da un minor grado di stabilità, ha anche affermato che le Commissioni tenute a decidere sulle istanze dei richiedenti asilo devono accertare anche d'ufficio, quando non vi siano le condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico, la sussistenza di gravi motivi umanitari idonei ad ottenere la misura gradata della "protezione sussidiaria" e trasmettere gli atti al questore perché provveda al rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari (ex art. 5, sesto comma d.lgs n. 286 del 1998). La scelta della continuità interpretativa tra il sistema anteriormente vigente dei permessi umanitari e quello di derivazione comunitaria è stata favorita, secondo la Corte, anche dall'espressa previsione normativa, contenuta nell'art. 34 del d.lgs n. 25 del 2008 che ha stabilito la convertibilità dei pregressi permessi umanitari con la nuova misura di protezione sussidiaria.

In conclusione la Corte, inserito il diritto a richiedere asilo nel catalogo dei diritti inviolabili così come prevede l'art. 10 terzo comma della Costituzione e nell'ambito dei diritti umani così come stabilito dall'art. 3 della CEDU, secondo l'interpretazione che ne ha costantemente dato la Corte di Strasburgo, ha stabilito che, nonostante le differenze di regime giuridico derivanti dalla legislazione interna che si è susseguita fino ai recenti decreti legislativi delegati, i permessi umanitari previsti dall'art. 5, sesto comma del d.lgs n. 286 del 1998, ancorché emessi da un'autorità amministrativa, sono assoggettati esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario perché la posizione di diritto perfetto che è sottesa alla loro tutela non può subire compressioni da parte dell'esercizio del potere discrezionale amministrativo ma esclusivamente essere sottoposta ad una valutazione, relativa all'accertamento dei requisiti di natura tecnica da parte delle Commissioni competenti, alle cui deliberazioni il questore dà mera attuazione. Coerentemente con il rilievo costituzionale del diritto e con l'esigenza di garantirne l'effettiva attuazione, la Corte, intervenendo per la prima volta sulla condizione dei richiedenti misure di protezione internazionale al momento dell'ingresso illegale nel nostro paese, ha stabilito che lo straniero, giunto clandestinamente e trattenuto per accertamenti all'interno dell'aerostazione di arrivo, ha il diritto di presentare contestuale istanza di riconoscimento della condizione di rifugiato politico e di permanere nello Stato, (munito di permesso temporaneo o ristretto nel Centro d'identificazione) fino alla definizione della procedura avente ad oggetto la verifica della sussistenza delle condizioni per beneficiare dello *status* ovvero della protezione umanitaria. Pertanto il rifiuto, opposto dalla Polizia aeroportuale, a ricevere la predetta istanza nella fase di svolgimento dei primi controlli identificativi, è illegittimo dal momento che l'Amministrazione ha il dovere di riceverla (e d'inoltrarla al Questore per l'assunzione delle determinazioni di sua competenza) astenendosi da alcuna forma di respingimento e dall'adozione di misure di espulsione che impediscano il corso e la definizione della domanda presso le Commissioni designate. (Sez.prima, sent. n.26253 del 2009, in corso di massimazione). Con quest'ultimo, incisivo, intervento della Corte, risulta ancora più netta la posizione "costituzionale" e la tutela individuale della persona straniera che richiede, fin dal momento dell'ingresso, una misura di protezione internazionale. Il diritto all'accertamento dei requisiti necessari ad ottenere una misura di protezione internazionale non può essere limitato da ragioni di ordine pubblico o di sicurezza né può essere condizionato dalle condizioni d'ingresso ma deve essere garantito nel nostro ordinamento ed essere esaminato in caso di rigetto dell'istanza da parte delle Commissioni territoriali esclusivamente dal giudice ordinario. Si delinea in conclusione uno "**statuto del richiedente asilo**" con una forte vocazione alla stabilità, dovuta proprio alla natura delle fonti (costituzionali, comunitarie ed internazionali) che risultano molto meno esposte alle variazioni della normazione interna in materia

di permessi di soggiorno (per ragioni diverse) ed espulsione, notevolmente più influenzate dalle politiche in materia d'immigrazione.

La centralità della persona umana e l'attuazione del principio di non discriminazione hanno portato la Corte ad assumere anche orientamenti difformi dal passato recente sia con riferimento al diritto del minore straniero a non vedersi sottratta la vicinanza e l'accudimento materno quanto meno in età tenerissima (inferiore all'anno di vita) sia con riferimento al diritto ad ottenere la cittadinanza italiana da parte di discendenti di cittadina italiana, privata dello *status* nella vigenza della legislazione discriminatoria anteriore alla Costituzione. Rispetto alla prima delle due pronunce, è importante sottolineare il rilievo che la Corte ha dato al principio di uguaglianza che dovrebbe condurre ad un grado di tutela equivalente tra minori cittadini italiani e minori stranieri e al diritto ad uno regolare sviluppo dell'equilibrio psico-fisico come nucleo imprescindibile della condizione di vita del minore. Partendo da questa più ampia prospettiva di tutela la Corte con la sentenza n. 22080 del 2009 (in corso di massimazione) ha superato i precedenti orientamenti (Cass. n. 747 del 2007 rv. 593772) che richiedevano, per il rilascio del permesso di soggiorno in favore del genitore, l'accertamento di condizioni di emergenza tali da richiedere l'intervento di una figura genitoriale al fine di fronteggiarle, escludendo il rilievo delle normali esigenze d'integrazione nel tessuto sociale e di continuità delle relazioni se non riferibili ad una situazione di grave pericolo per lo sviluppo psico fisico del minore. Con il più recente pronunciato, presumibilmente suscettibile di sviluppi correlati all'effettiva relazione tra il minore e il genitore che richiede di entrare o rimanere in Italia per stargli accanto, diventa elemento cruciale di valutazione il profilo della salute e dello sviluppo psichico del minore al quale viene data pari dignità e rilievo delle condizioni fisiche, nella consapevolezza che specie nella primissima infanzia la privazione della presenza delle figure genitoriali (in particolare quella materna) possono determinare un *vulnus* suscettibile di sviluppi patologici nella fase di crescita successiva.

Può, invece, ritenersi già un orientamento stabile, perché formulato dalle S.U. (sentenza n. 4466 del 2009 rv. 606994) e confermato in pronunce successive (n. 17548 del 2009 rv. 609243 e n. 18089 del 2009 rv. 609459) l'importante principio affermato dalla Corte in ordine alla trasmissibilità della cittadinanza italiana anche da parte di cittadina italiana che ne sia stata privata a causa del matrimonio contratto con coniuge straniero nella vigenza del regime discriminatorio della legge n. 555 del 1912, dichiarata incostituzionale con due successive pronunce del giudice delle leggi (sentenza n. 87 del 1975 e n. 30 del 1983). Le Sezioni Unite hanno superato il contrasto di orientamenti in favore dell'interpretazione più estensiva in tema di diritto alla cittadinanza italiana, ritenendo che il diritto alla rimozione della privazione illegittima della cittadinanza dovuta alla norma incostituzionale non si esaurisce con il vincolo coniugale che ne determina la perdita

involontaria ma continua a produrre effetti anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, trattandosi di un diritto imprescrittibile e giustiziabile in ogni tempo, salva l'estinzione per rinuncia espressa. Con questa pronuncia la Corte ha affermato che le situazioni d'ineguaglianza e discriminazione ereditate dal regime giuridico vigente prima dell'entrata in vigore della Costituzione sono incompatibili con il sistema di valori costituzionali successivo e, dunque, vanno rimosse, consentendo l'esercizio dei diritti fondamentali negati. Si tratta, pertanto, di un criterio interpretativo dell'efficacia temporale delle pronunce della Corte Costituzionale rispetto alle situazioni maturate prima dell'entrata in vigore della Carta costituzionale che può incidere su tutti i diritti inviolabili, in quanto ontologicamente caratterizzati dall'imprescrittibilità e giustiziabilità in ambito nazionale ed internazionale.

2.2. I diritti fondamentali nel nucleo familiare. (Francesca Ceroni)

La materia dei rapporti familiari si segnala, nell'ambito del diritto civile, come uno dei settori in cui più forte appare la tensione tra esigenze di stabilizzazione del quadro giurisprudenziale, in funzione del consolidamento di diritti già riconosciuti e tutelati, ed esigenze di revisione correlate all'individuazione di nuove situazioni di vantaggio emergenti da una realtà socio-economica in continuo divenire e da una legislazione anch'essa in fase di trasformazione.

Significativa, in proposito, appare l'evoluzione della più recente giurisprudenza in materia di separazione, adozione e provvedimenti *de potestate*, che ha posto in rilievo la centralità dell'interesse del minore ai fini della conformazione dei relativi procedimenti, mettendola in relazione con i principi del giusto processo, sanciti dall'art. 111 Cost., così come riformulato con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, e con quelli consacrati dalle convenzioni internazionali, per farne discendere una serie di conseguenze in ordine alle garanzie apprestate a tutela del minore ed al regime d'impugnabilità dei provvedimenti.

Nel solco di un consolidato orientamento, tracciato dalle sentenze delle Sezioni Unite 28 gennaio 1995, n. 1026 (Rv. 490060) e 2 aprile 1998, n. 3387 (Rv. 514129), e confermato (tra le altre) dalle sentenze 5 settembre 1997, n. 8619 (Rv. 507613), 2 agosto 2002, n. 11582 (Rv. 558856) e dall'ordinanza 20 ottobre 2004, n. 20498 (Rv. 577768), con l'unica voce dissonante rappresentata da S.U. 9 gennaio 2001, n. 1 (Rv. 544134), la sentenza 17 giugno 2006, n. 14091 (Rv. 608597) ha infatti ribadito che i provvedimenti modificativi, ablativi o restitutivi della potestà dei genitori, resi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330, 332, 333 e 336 cod. civ, configurano espressione di giurisdizione volontaria non contenziosa, perché non risolvono conflitti fra diritti posti su un piano paritario, ma sono preordinati alla esigenza prioritaria della tutela degli interessi dei figli e sono, altresì, soggetti alle regole generali del rito camerale, sia pure con le integrazioni e specificazioni

previste dalle citate norme, sicchè detti provvedimenti, anche ove adottati dalla corte d'appello in esito a reclamo, non sono idonei ad acquistare autorità di giudicato, nemmeno "*rebus sic stantibus*", in quanto sono modificabili e revocabili non solo "*ex nunc*", per nuovi elementi sopravvenuti, ma anche "*ex tunc*", per un riesame (di merito o di legittimità) delle originarie risultanze, con la conseguenza che essi esulano dalla previsione dell'art. 111 Cost., e non sono quindi impugnabili con ricorso straordinario per cassazione.

Per converso, il rilievo conferito all'interesse del minore ha indotto la Corte, con le sentenze 30 ottobre 2009, n. 23032 (in corso di massimazione), e 4 novembre 2009, n. 23411 (in corso di massimazione), ad una revisione del pur consolidato orientamento che escludeva la ricorribilità per cassazione, sempre ai sensi dell'art. 111 Cost., del decreto della corte d'appello che abbia pronunciato, ai sensi dell'art. 317-*bis* cod. civ., sull'affidamento dei figli di genitori non coniugati, sul presupposto che le relative statuizioni, in quanto modificabili e revocabili dallo stesso giudice minorile, e non idonee quindi ad incidere in modo definitivo sulle posizioni soggettive degli interessati, non avessero natura decisoria (cfr. Cass., Sez. Un., 30 novembre 2007, n. 25008, Rv. 602804; 25 gennaio 2002, n. 911, Rv. 551854). Determinanti, ai fini di tale "*revirement*", sono apparse le modificazioni introdotte dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, la quale, esprimendo un'evidente scelta di assimilazione della posizione dei figli naturali a quelli nati nel matrimonio, quanto al loro affidamento, ha dichiarato applicabili, anche in questo settore, le regole da essa introdotte per i procedimenti di separazione e di divorzio, segnando, sulla scia di un indirizzo legislativo risalente alla riforma del diritto di famiglia, un definitivo allontanamento del procedimento di cui all'art. 317-*bis* da quelli di cui agli artt. 330, 333 e 336, ed avvicinandolo a quelli di separazione e divorzio con figli minori.

Con riguardo a questi ultimi, peraltro, l'idoneità ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure "*rebus sic stantibus*", ha costituito motivo per la riaffermazione, da parte della sentenza 21 ottobre 2009, n. 22238 (in corso di massimazione), della ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., dei decreti emessi dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso i provvedimenti del tribunale che decidono sulle istanze di modifica delle disposizioni accessorie alla separazione, ivi comprese quelle relative all'affidamento dei figli minori: si è infatti ribadito che tali pronunce hanno carattere decisorio, sia pure per un tempo determinato, in rapporto alle mutevoli posizioni soggettive delle parti e dei figli minori, e devono pertanto considerarsi definitive nei loro effetti fino all'eventuale modifica di dette posizioni, accertata nei modi e nelle forme previsti dalla legge (nel medesimo senso, in precedenza, le sentenze 7 dicembre 2007, n. 25619, Rv. 600766, 10 maggio 2007, n. 10669, Rv. 596796, 16 maggio 2005, n. 10229, Rv. 581493).

In sede di separazione e divorzio, l'esigenza di porre l'interesse del minore al centro delle valutazioni finalizzate all'adozione dei provvedimenti che lo riguardano, pur non avendo portato al superamento della tradizionale impostazione, secondo cui i figli non possono considerarsi parti in senso formale, ha consentito ampie aperture in favore di una più effettiva rappresentazione dei loro bisogni e delle loro aspirazioni nell'ambito del procedimento, essendosi rilevato, con la sentenza n. 22238 cit. (in corso di massimazione), che, relativamente all'affidamento e alla disciplina del diritto di visita del genitore non affidatario, essi sono portatori di interessi contrapposti o comunque diversi rispetto a quelli dei loro genitori, che permettono di qualificarli come parte in senso sostanziale, con la conseguenza che il loro mancato ascolto, ai fini dell'adozione dei predetti provvedimenti, costituisce violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo.

Tale affermazione sembra porsi come naturale sviluppo di quelle decisioni che, in tema di illecita sottrazione internazionale di minori, pur non riconoscendo effetti preclusivi all'opposizione del minore, ai fini dell'emissione del provvedimento di rimpatrio, hanno attribuito una rilevanza cognitiva al suo ascolto, qualora si possa riconoscere ad essi capacità di discernimento, sul presupposto che l'esito di quei colloqui consente al giudice di valutare direttamente se sussista o meno il fondato rischio, per il minore medesimo, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici o psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile (cfr. Cass., 27 luglio 2007, n. 16753, Rv. 598495; 16 aprile 2007, n. 9094, Rv. 596676; 18 marzo 2006, n. 6081, Rv. 587795).

In tale materia, d'altronde, l'interpretazione della disciplina vigente appare influenzata in misura determinante non solo dagli indirizzi espressi dalle più recenti modificazioni della normativa interna, ma anche dai principi affermati dal diritto internazionale pattizio, costituendo ormai quasi una consuetudine il richiamo dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e dell'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio 1996, resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77, che riconoscono al minore dotato di capacità di discernimento il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa e di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda., salvo che l'audizione possa risultare dannosa per il minore stesso.

Ed è proprio la considerazione delle fonti normative internazionali che, in materia di adozione, ha consentito di applicare, attraverso un'interpretazione evolutiva, alcune delle garanzie processuali introdotte dalla legge 28 marzo 2001, n. 149 nel sistema della legge 4 maggio 1983, n. 184 anche in pendenza della sospensione della loro efficacia, prevista dal decreto-legge 24 aprile 2001, n. 150 e succ. mod. Con la sentenza 4 maggio 2009, n. 10228 (rv. 608016), è stata infatti affermata la

necessità di assicurare, nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità, che il minore sia autonomamente rappresentato in giudizio e tutelato nei suoi preminenti interessi mediante la nomina di un curatore speciale, in difetto della quale il procedimento deve considerarsi affetto da nullità assoluta, insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, in tal modo pervenendosi al superamento del limite imposto dall'art. 17 della legge n. 184 cit., che, nel suo testo originario, imponeva la nomina del curatore speciale nel solo giudizio di opposizione alla predetta dichiarazione, quale litisconsorte necessario (cfr. al riguardo, Cass., 18 dicembre 2003, n. 19437, Rv. 569060; 21 settembre 2000, n. 1291, Rv. 540327).

2.3. Diritto di uguaglianza e regime patrimoniale familiare. (Francesca Ceroni)

Il diritto di uguaglianza e la pari dignità dei coniugi ha contrassegnato l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità relativa al regime patrimoniale familiare. Su questo versante, gli intereventi della Corte sono stati contrassegnati da uno sforzo costante di pervenire all'individuazione di assetti di interessi che, senza sacrificare le esigenze di certezza connesse alla disciplina della circolazione dei beni, assicurino quell'uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi sulla quale, ai sensi dell'art. 29 Cost., è ordinato il matrimonio, e la cui realizzazione ha rappresentato uno degli obiettivi della riforma del diritto di famiglia.

Tale duplicità d'intenti traspare evidente dalla recente sentenza 28 ottobre 2009, n. 22755 (in corso di massimazione), con cui le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza riguardante l'individuazione delle condizioni necessarie ai fini dell'esclusione dalla comunione legale dei beni immobili acquistati da uno dei coniugi in costanza di matrimonio ritenendo che la ricognizione derivante dalla dichiarazione dell'altro coniuge, contenuta nell'atto di trasferimento, non possa avere efficacia vincolante rispetto ai terzi.

Nella difficile ricerca di un equilibrio tra la garanzia di ordine formale rappresentata dalla dichiarazione resa dal coniuge nell'atto e quella di ordine sostanziale costituita dalla necessità di un riscontro del carattere personale dell'acquisto, la sentenza n. 22755 ha osservato che, poiché nel sistema definito dagli artt. 177 e 179, primo comma, cod. civ. l'inclusione nella comunione è un effetto automatico dell'acquisto di un bene personale da parte di uno dei coniugi in costanza di matrimonio, è solo la natura effettivamente personale del bene a poterne determinare l'esclusione dalla comunione; rispetto ad essa, pertanto, l'intervento adesivo del coniuge non acquirente può rilevare non già come atto negoziale di rinuncia alla comunione, ma solo come prova dei presupposti di tale effetto limitativo.

Ne consegue che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente, pur risultando necessario, in funzione di documentazione della natura personale del bene acquistato, non preclude l'esercizio di

una successiva azione di accertamento, volta a riscontrare l'effettiva sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 177, rispetto alla quale, tuttavia, la natura della dichiarazione resa spiega un rilievo determinante, nel senso che, ove alla stessa debba riconoscersi l'efficacia di confessione stragiudiziale, l'accoglimento della domanda richiederà la revoca della stessa, nei limiti in cui è ammessa dall'art. 2732 cod. civ., mentre, qualora debba riconnettersi il valore di mera manifestazione di un comune intento, occorrerà accertare quale destinazione il bene abbia ricevuto effettivamente, indipendentemente da ogni indagine sulla sincerità del proposito così manifestato.

Il "*favor*" che tale decisione esprime per l'inclusione nella comunione degli acquisti compiuti anche separatamente dai coniugi, in linea con gli indirizzi di fondo sottesi alla riforma del diritto di famiglia, incontra un limite esclusivamente nella tutela della buona fede dei terzi acquirenti a titolo oneroso, ai quali l'intervenuto annullamento dell'atto non è opponibile, ai sensi dell'art. 1445 cod. civ., fatti salvi, ovviamente, gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale.

Tale limite è connaturato alle esigenze di certezza nella circolazione dei beni, la cui valutazione, sotto un profilo diverso ma complementare, si pone alla base anche della sentenza 13 ottobre 2009, n. 21659 (in corso di massimazione), con cui le Sezioni Unite si sono occupate della delicata questione afferente al regime di pubblicità delle convenzioni matrimoniali, confermandone l'applicabilità anche all'atto costitutivo del fondo patrimoniale, previsto dall'art. 167 cod. civ., la cui opponibilità ai terzi deve pertanto considerarsi condizionata all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, rispetto alla quale la trascrizione nei registri immobiliari resta degradata al rango di mera pubblicità-notizia, mentre nessun rilievo assume la mera conoscenza dell'atto che i terzi abbiano "*aliunde*" acquisito.

Nell'ottica della presente trattazione, improntata al rilievo di eventuali continuità o discontinuità nella giurisprudenza della Corte, merita di essere sottolineata anche l'esigenza di stabilizzazione che tale pronuncia esprime rispetto ad un pur consolidato orientamento (cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24798, Rv. 604822; 5 aprile 2007, n. 8610, Rv. 597151; 15 marzo 2006, n. 5684, Rv. 588113; 28 novembre 2002, n. 12864, Rv. 531329), non raccogliendo l'auspicio posto con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, che aveva segnalato l'opportunità di una rimeditazione della questione, alla luce della natura asseritamente dichiarativa dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, dalla quale sarebbe derivata, oltre all'esclusione della possibilità di qualificare lo stesso come convenzione patrimoniale, nel senso di cui all'art. 162 cod. civ., l'incongruità di un sistema pubblicitario che escluda l'opponibilità del vincolo al terzo acquirente, ancorché lo stesso ne sia venuto a conoscenza attraverso l'esame dei registri immobiliari.

Confermata la natura di convenzione matrimoniale dell'atto in questione, in linea con la propria giurisprudenza, la Corte ha evidenziato la nuova funzione pubblicitaria attribuita dalla riforma del

diritto di famiglia all'annotazione nei registri dello stato civile, affermando che, in virtù della natura speciale da riconoscersi alla disposizione di cui all'art. 162, quarto comma, cod. civ. e dell'eliminazione dell'ultimo comma dell'art. 2647 cod. civ., la trascrizione nei registri immobiliari svolge ormai una funzione residuale, nell'ambito del duplice regime pubblicitario introdotto dal legislatore, il quale, come ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza 6 aprile 1995, n. 111, trova giustificazione nel generale rigore necessario alle deroghe al regime legale e nell'esigenza di contemperare gli interessi contrapposti della conservazione del patrimonio per i figli fino alla maggiore età dell'ultimo di essi e dell'impedimento di un uso distorto dell'istituto a danno delle garanzie dei creditori.

2.4. Il diritto all'autodeterminazione. (Francesco Cirillo)

Anche nell'anno 2009 la giurisprudenza della Corte di cassazione è stata chiamata a pronunciarsi più volte sia su diritti fondamentali tradizionalmente rientranti nella categoria – come quello alla salute e quelli alla riservatezza ed all'immagine – sia su altri che, pur presenti nella riflessione giurisprudenziale, non erano stati al centro di pronunce particolarmente recenti. La scelta tra le sentenze è stata, di conseguenza, guidata dall'obiettivo di sottolineare il collegamento rispetto ai precedenti orientamenti, in chiave di continuità o di discontinuità.

In questa prospettiva, perciò, si ritiene opportuno rammentare, innanzitutto, la sentenza n. 10741 del 2009 (rv. 608387), relativa ai diritti del concepito.

La pronuncia in esame trae spunto da un caso di responsabilità professionale in ambito sanitario. Una donna affetta da problemi di sterilità si rivolge ad un centro specializzato; qui le vengono somministrati – sotto la guida di due medici – alcuni farmaci che consentono il concepimento; la donna viene regolarmente controllata fino al momento della nascita; il bambino, però, presenta purtroppo una serie di gravissime anomalie, con ogni probabilità determinate dal carattere teratogeno dei farmaci somministrati. Prende così avvio la causa civile intentata contro i due medici e contro il centro specializzato (dove aveva avuto luogo anche il parto). In primo grado, il giudizio si conclude con l'affermazione di responsabilità della sola casa di cura e il rigetto della domanda nei confronti dei due medici; in appello, la condanna viene estesa anche ai due medici, in solido con la casa di cura.

Alla Corte di cassazione vengono sottoposti numerosi motivi di ricorso, da tutte le parti in causa, connessi, innanzitutto, con la violazione del dovere di informazione. Accertata inoppugnabilmente, infatti, sulla base delle consulenze tecniche d'ufficio. disposte in fase di merito, la natura teratogena del farmaco somministrato, il primo problema che la Corte viene chiamata a risolvere è quello della sussistenza o meno, ai fini risarcitori, di una violazione di tale dovere nei confronti del nascituro. La

Corte risponde affermativamente seguendo un complesso *iter* che, attraverso la ricostruzione di una serie di norme sopravvenute rispetto al codice civile e con il richiamo di numerose pronunce di giurisprudenza ordinaria e costituzionale, perviene all'affermazione per cui, sia pure limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, deve essere riconosciuta al nascituro la soggettività giuridica. Punto di partenza è che l'evolversi del quadro normativo e giurisprudenziale conduce necessariamente a ritenere superato il ruolo – un tempo fondamentale – del codice civile. Dopo aver evidenziato la centralità della Costituzione nel quadro delle fonti normative, la sentenza richiama, fra l'altro, l'art. 1 della legge n. 40 del 2004 (sulla procreazione medicalmente assistita), che riconosce la tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro, e l'art. 1 della legge n. 194 del 1978 (sull'interruzione volontaria della gravidanza), secondo cui lo Stato riconosce il valore della maternità e tutela la vita umana fin dal suo inizio. La ricognizione delle fonti sulla centralità del diritto alla vita si estende alle fonti sovranazionali (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e alla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 35 del 1997).

L'ampia premessa qui rapidamente tratteggiata porta la Corte alla conclusione per cui la soggettività giuridica è un concetto più ampio di quello di capacità giuridica delle persona fisica disciplinato dall'art. 1 cod. civ., con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona. Il nascituro o concepito, quindi, è titolare di autonoma soggettività giuridica, in quanto titolare di interessi personali (diritto alla vita, alla salute, all'identità personale) rispetto ai quali la nascita costituisce *condicio iuris* imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori.

Nella pronuncia in esame si ravvisano profili di continuità e di discontinuità rispetto alla giurisprudenza precedente. La sentenza – mentre dichiara di condividere le conclusioni cui sono giunte le precedenti n. 11503 del 1993 (rv) e n. 14488 del 2004 (rv. 575705) a proposito dell'esistenza, in capo al nascituro, di un diritto a nascere sano, inteso come esplicazione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. – espressamente prende le distanze, lasciando intendere di voler cambiare il corso della giurisprudenza, dalle medesime pronunce sopra citate là dove esse espressamente negavano che al concepito potesse riconoscersi la personalità giuridica. Ciò perché – osserva la sentenza in commento – «non si può riconoscere all'individuo-concepito la titolarità di un interesse protetto senza attribuirgli soggettività». Di conseguenza, partendo dall'esistenza di un diritto del concepito a nascere sano, la Corte ammette in capo al medesimo il diritto al risarcimento del danno per mancato assolvimento del dovere di informazione (nei confronti dei genitori) e per somministrazione di farmaci teratogeni pur nella doverosa consapevolezza del rischio esistente (e scientificamente documentato).

Sotto un diverso e non meno interessante profilo, invece, la sentenza in commento si pone in linea di continuità con la giurisprudenza precedente (v. la medesima sentenza n. 14488 del 2004 e la sentenza n. 16123 del 2006, rv. 591479): ci si riferisce al punto dell'esistenza o meno di un dovere di informazione con riguardo all'interruzione della gravidanza. Mentre, infatti, un problema di responsabilità per omessa informazione circa la possibilità di interrompere la gravidanza si pone – a causa dell'esistenza delle gravi malformazioni a carico del nascituro – nei confronti della madre, cui la legge n. 194 del 1978 riconosce il relativo diritto, la pronuncia in commento nega che analogo diritto al risarcimento possa esistere nei confronti del nascituro. Ciò perché, in conformità ai precedenti in ultimo richiamati, l'ordinamento non riconosce l'esistenza di un diritto «a non nascere se non sani», non essendo previsto nel nostro ordinamento il c.d. aborto eugenetico.

In realtà dovrebbe forse coerentemente dirsi, tornando ad un argomento oggetto di interessanti riflessioni della dottrina già molti anni fa, che l'ordinamento giuridico non può proteggere l'interesse a non esistere.

Pur avendo ad oggetto un diritto fondamentale del tutto diverso, ossia quello di contrarre matrimonio, la sentenza n. 8941 del 2009 (rv. 607866) si presenta di notevole interesse, anche perché innovativa rispetto al passato pur senza accenti di autentica "rottura". Per comprenderne in pieno tale carattere di novità, è necessario fare una premessa sulla vicenda in esame ed un breve cenno ai precedenti giurisprudenziali, che la stessa sentenza richiama.

Si trattava, nella specie, della successione ereditaria di un fratello ed una sorella rispetto al defunto padre, che aveva redatto un testamento olografo. Nella scheda testamentaria il genitore, dopo aver compiuto una certa divisione dei beni ereditari tra i figli ed aver disposto un legato nei confronti del nipote, aveva stabilito che il figlio maschio – ove non si fosse nuovamente sposato al momento dell'apertura della successione – avrebbe ricevuto, in sostituzione della legittima, l'usufrutto (anziché la piena proprietà) di un certo immobile e degli altri beni a lui destinati, rimanendo la nuda proprietà integralmente alla figlia, in quanto madre di due figli. Il testamento viene impugnato limitatamente a tale condizione, chiedendo il figlio che la stessa venga considerata come non apposta, ai sensi degli artt. 634 e 636 del codice civile. La domanda, accolta dal tribunale, viene respinta dalla corte d'appello, che ritiene la liceità della condizione.

Alla Corte di cassazione viene chiesto, quindi, di pronunciarsi sulla affermata liceità di quella che è certamente una condizione apposta al testamento, e la questione involge – com'è facile intuire – il problema della libertà matrimoniale: nella vicenda in esame, infatti, in caso di mancato (nuovo) matrimonio, il figlio maschio avrebbe ricevuto una quota dell'eredità certamente di minor valore, risultandone in tal modo, anche se indirettamente, un incentivo al matrimonio. E qui si impone un chiarimento. La giurisprudenza di legittimità è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla c.d.

condizione di celibato o di vedovanza, che l'art. 636 cod. civ. definisce "illecita", ma con prevalenza in riferimento ad ipotesi nelle quali la condizione vincolava l'istituto a *non* prendere moglie o marito; nel caso in esame, invece, il matrimonio si sarebbe tradotto in un risultato economicamente favorevole per il chiamato all'eredità.

Fatte queste premesse, ben si comprende il filo conduttore della sentenza in esame, la quale richiama alcune pronunce anteriori, prendendone però esplicitamente le distanze. La Corte ricorda, innanzitutto, che la propria precedente giurisprudenza, nell'intento «di salvaguardare nella maggiore misura possibile la volontà del testatore, ha fornito una interpretazione restrittiva dell'art. 636, primo comma, cod. civ.», giungendo ad affermare che tale norma non è violata «nei casi in cui la condizione non sia dettata dal fine di impedire le nozze, ma preveda per l'istituto un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituto, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio» (sentenza n. 2122 del 1992 rv. 475854). Analogamente, ricorda la sentenza in esame, «è stata considerata lecita la condizione che lasci un ampio margine di scelta all'istituto, in modo da non porre a suo carico una limitazione psichica intollerabile, e si è esclusa tale intollerabilità nella ipotesi della condizione, apposta dal testatore alle attribuzioni fatte all'erede, di non contrarre matrimonio con persona determinata, o quella di contrarre matrimonio (sentenza n. 150 del 1985 rv. 438355), ovvero di contrarlo con persona appartenente alla stessa classe sociale dell'istituto (sentenza n. 102 del 1986, rv. 443754)».

La sentenza n. 8941, dopo aver ricordato che simili pronunce si collegano ad un assetto sociale – tipico del 1942 e ormai completamente mutato – che vedeva con favore il matrimonio, osserva che «la questione della liceità delle clausole limitative delle libertà dell'istituto va rivisitata alla luce del riconoscimento, ad opera delle sopravvenute disposizioni costituzionali, dei fondamentali diritti di libertà». Da ciò consegue che la condizione di contrarre matrimonio è comunque illecita. Ciò non tanto alla luce del citato art. 636, quanto dell'art. 634 cod. civ., «risultando la condizione di cui si tratta in contrasto con norme imperative e con l'ordine pubblico, in quanto limitativa della libertà dell'individuo in merito alle fondamentali scelte di vita, in cui si esplica la sua personalità ai sensi dell'art. 2 della Costituzione». Il richiamo all'art. 2 della Carta fondamentale – che già in precedenza la Corte ha utilizzato come parametro sul quale costruire l'individuazione dei diritti fondamentali della persona non esplicitamente riconosciuti (v. le sentenze n. 7713 del 2000 rv. 537372 e n. 6507 del 2001 rv. 546572) – unito a quello all'art. 29 Cost., è assai significativo, perché la sentenza in commento riconosce «la diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona». Ad ulteriore completamento della motivazione, la Corte si riallaccia ad una serie di

pronunce della Corte costituzionale che hanno sottolineato l'importanza del vincolo matrimoniale e la necessità che le scelte in tale ambito siano sottratte ad ogni forma di condizionamento.

Come si vede, quindi, la sentenza n. 8941, pur ponendosi in una linea di apparente continuità, segna, in sostanza, un significativo mutamento della giurisprudenza, coerente con il quadro costituzionale e con la normativa sovranazionale oltre che sensibile ai profondi mutamenti della società, ormai assai diversa rispetto a quella che si rispecchiava nel codice del 1942.

2.5. Le formazioni sociali. (Alberto Tilocca)

La riflessione della Corte sulle formazioni sociali si è incentrata quest'anno sui partiti politici ed, in particolare, sul grado di derogabilità al regime ordinario codicistico proprio delle associazioni non riconosciute, di cui tali enti, costituzionalmente garantiti, possono usufruire. In primo luogo è stato affrontato il delicato problema della responsabilità patrimoniale di partiti e movimenti politici (Cass. n. 14612 del 2009 rv. 608603) rispetto al quale era stata prospettata alla Corte la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 bis della l. n. 157 del 1999 (introdotto dall'art. 39 *quaterdecies* del d.l. n. 273 del 2005, convertito con modificazioni dalla l. n. 51 del 2006) nella parte in cui esonera gli amministratori dei partiti e dei movimenti politici dalla responsabilità per le obbligazioni contratte in nome e per conto delle predette organizzazioni salvo che abbiano agito per dolo o colpa grave, ed istituisce un fondo di garanzia al servizio delle suddette obbligazioni. La Corte, pertanto, svolge la sua funzione nomofilattica per la prima volta rispetto a questo innovato regime speciale di responsabilità patrimoniale e lo fa stabilendo principi che forniscono un quadro interpretativo pressoché completo delle problematiche sollevate dalla peculiarità della nuova normativa.

In primo luogo la Corte ribadisce che i partiti politici, ancorché espressamente previsti dalla Costituzione conservano la qualificazione giuridica di associazioni non riconosciute. In secondo luogo chiarisce che la *ratio* della norma risiede nella volontà di non far gravare sull'operatività dei partiti politici le preoccupazioni di carattere personale che potrebbero condizionare l'attività di coloro attraverso i quali agiscono. In secondo luogo viene limitata l'operatività del nuovo regime esclusivamente agli amministratori ovvero ai soggetti ai quali fa stabilmente capo la gestione del partito e che ne assumono secondo le regole statutarie la rappresentanza così come previsto dall'art. 36 cod. civ. Un ulteriore limite viene individuato nelle sole obbligazioni assunte in nome e per conto del partito. All'interno di questi rigorosi confini la nuova norma viene ritenuta costituzionalmente legittima, con riferimento all'art. 3 e 41 della Cost. in quanto l'operatività del Fondo di garanzia, esclude un'ingiustificata disparità di trattamento o una limitazione della libertà d'iniziativa economica, prevedendo, peraltro, le fonti di alimentazione del Fondo predetto. Inoltre la Corte sottolinea la funzione costituzionale dei partiti prevista dall'art. 49 come ulteriore giustificazione al

predetto regime derogatorio. Come può osservarsi, al di fuori di questo definito ambito di applicazione rimane fermo l'orientamento elaborato dalla Corte in tema di responsabilità patrimoniale nelle associazioni non riconosciute che pone come principio regolatore la buona fede e la trasparenza nei rapporti economico-commerciali, facendo ricadere gli effetti dell'attività svolta su chi concretamente ha agito per conto dell'associazione, indipendentemente dalla titolarità statutaria del potere di rappresentanza (Cass. n. 26290 del 2007 rv. 600857). Tale principio potrà, in conclusione operare anche per i partiti politici quando le obbligazioni verranno assunte da soggetti diversi dagli "amministratori" così come rigorosamente identificati dalla Corte.

Sotto un altro versante la costante tendenza della Corte a non estendere regimi giuridici privilegiati in favore di appartenenti a partiti politici o gruppi parlamentari si è manifestata anche attraverso la pronuncia n.11207 del 2009 (rv. 608156), con la quale, il gruppo parlamentare è stato qualificato associazione non riconosciuta con conseguente piena operatività dell'art. 38 cod. civ. Peraltro con la precedente pronuncia delle S.U. 27863 del 2008 (rv. 605702) che aveva risolto la pregiudiziale questione di giurisdizione in ordine alla stessa controversia, era stato chiarito che un Gruppo Parlamentare è attivo su due distinti piani, il primo squisitamente parlamentare, in relazione al quale i gruppi costituiscono gli strumenti necessari per lo svolgimento delle funzioni proprie del Parlamento, e il secondo, più strettamente politico, che concerne il rapporto del singolo gruppo con il partito politico di riferimento, ed in ordine al quale operano pienamente le regole delle associazioni non riconosciute, senza che possa invocarsi l'autodichia parlamentare come fonte alternativa applicabile (conforme a tale orientamento S.U. Ord. n.3335 del 2004).

Anche nell'ambito delle formazioni sociali di maggiore rilievo costituzionale, quali i partiti politici, può, in conclusione, evidenziarsi una tendenziale stabilizzazione di alcuni principi che concorrono ad una regolamentazione esauriente e completa del profilo cruciale relativo ai rapporti con i terzi. Si tratta, come per i gruppi parlamentari, di associazioni non riconosciute; nell'individuazione del soggetto responsabile nei confronti dei terzi il criterio da seguire è quello dell'effettività e non quello della titolarità formale del potere di rappresentanza; l'eccezionale regime di responsabilità patrimoniale introdotto di recente per i partiti politici è di stretta interpretazione anche se si applica anche ai giudizi in corso.

2.6. Le soggettività deboli. (Alberto Tilocca)

Con la sentenza n. 9628 del 2009 (rv. 607599) si è ulteriormente consolidato il quadro dei principi interpretativi che la Corte ha individuato in ordine al nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6.

Con tale legge vi è stato, secondo le stesse parole della Corte un "superamento della rigida alternativa", tipica del regime anteriore, tra due opposti concetti, l'incapacità dell'individuo, da un parte, formalizzata negli istituti dell'interdizione/inabilitazione ovvero constatabile nell'ipotesi dell'art. 428 cod. civ., e, dall'altro, la piena capacità. Come già affermato in alcuni, rilevanti, precedenti conformi, è stato ribadito dalla Corte che l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va individuato non con riguardo al diverso e meno intenso grado d'infermità o d'impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia, ma piuttosto sulla idoneità del nuovo strumento di adeguarsi alle effettive esigenze del soggetto, in relazione alla sua maggiore flessibilità ed alla maggiore agilità della procedura applicativa. Il compito del giudice tutelare consiste, di conseguenza, nell'obiettivo di predisporre un'adeguata graduazione dei limiti alla sfera negoziale del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, tenendo conto delle sue residue capacità e competenze e dell'effettiva portata delle sue limitazioni cognitive o volitive. Tra le diverse interpretazioni possibili dell'istituto, pertanto, la Corte, con orientamento univoco dal quale non si è mai discostata (Cass. n. 13584 del 2006 rv. 589525), ha scelto quella in grado di favorire la diffusione e l'applicazione della nuova misura, in quanto fondata su "una ottica meno custodialistica e maggiormente orientata al rispetto della dignità umana ed alla cura complessiva della persona e della sua personalità, e non già del suo patrimonio", (Cass. n. 13583 del 2006) ed ha individuato la *ratio* della nuova normativa nell'intento di sacrificare il meno possibile la capacità di agire degli individui (Cass. n. 12466 del 2007 rv. 6025789, ma l'affermazione del principio è già contenuta in Corte Cost. n. 40 del 2005). Prendendo le mosse da questo inquadramento fortemente improntato al rispetto della sfera di autonomia anche della persona con deficit cognitivi o volitivi, la sentenza n. 9628 del 2009 ha stabilito che la duttilità e flessibilità degli strumenti applicativi costituiscono sicuri criteri interpretativi della nuova disciplina. Pertanto, l'amministrazione di sostegno va distinta dall'interdizione, ponendosi nella stessa linea interpretativa della Corte Costituzionale che proprio nei poteri-doveri conformativi del giudice tutelare rispetto alle esigenze del beneficiario, aveva fondato la distinzione del nuovo istituto dall'interdizione e l'inabilitazione. Ed, infatti, proprio nel potere di graduare il progetto di sostegno può cogliersi il *quid pluris* contenuto nella sentenza n. 9628 del 2009 rispetto ai precedenti, peraltro conformi.

In conclusione la Corte nel dettare, con carattere di continuità e conformità le linee di demarcazione tra gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e l'amministrazione di sostegno, ha posto al centro delle proprie soluzioni la soggettività e la personalità dell'individuo valorizzando l'autonomia decisionale e la possibilità di scelta che devono essere preservate fin dove è possibile, individuando nella personalizzazione della graduazione del sostegno lo strumento più idoneo a realizzare questo

obiettivo non solo perché meno oneroso ma soprattutto perché maggiormente rispettoso, sul piano etico sociale, della dignità della persona.

2.7. I criteri di giurisdizione nelle controversie internazionali. (Gianluigi Pratola)

Il ruolo nomofilattico svolto dalla Corte nella definizione dei criteri di individuazione della giurisdizione nelle controversie internazionali è stato caratterizzato, anche negli orientamenti del 2009, dall'esigenza di garantire l'effettività della difesa attraverso l'individuazione di criteri certi e prevedibili di radicamento della giurisdizione individuando nella fonte comunitaria (ed in particolare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia) il riferimento normativo e interpretativo di maggiore incisività. Questi interventi sono stati, per lo più, contrassegnati dall'innovazione piuttosto che dalla continuità rispetto al passato. Una tendenziale stabilizzazione si può invece riscontrare negli orientamenti diretti a definire il ruolo del giudice e delle parti nella ricerca delle fonti straniere applicabili alle singole controversie secondo i criteri di diritto internazionale privato. In primo luogo è necessario richiamare la recentissima sentenza delle S. U. n. 21191 del 2009 (rv. 609702) in materia di compravendita internazionale di cose mobili con trasporto di merci, con la quale si è stabilito, innovando il precedente consolidato orientamento, che per tutte le controversie nascenti dal contratto, ivi compresa quella relativa al pagamento dei beni alienati, sussiste la giurisdizione del giudice dello Stato del recapito finale della merce. Con questa pronuncia la Corte ha inteso dare esecuzione ai principi affermati dalla Corte di Giustizia (Sentenza 3 maggio 2007, in causa C-386/05, *Color Drack*) in ordine all'esigenza di concentrazione della giurisdizione in un'unica autorità giudiziaria competente a conoscere di tutte le vicende contrattuali, a prescindere dalla circostanza che si tratti dell'obbligazione del venditore, e si controverta, pertanto, in ordine al luogo di consegna, ovvero di quella dell'acquirente, in relazione al pagamento del prezzo delle merci ricevute. La Corte di Giustizia aveva infatti sottolineato che l'art. 5, punto 1, lett.b) del regolamento n. 44/2001, mediante il quale si determina sia la competenza internazionale che quella territoriale, miri ad unificare le norme sui conflitti di giurisdizione in materia civile e commerciale mediante norme che presentino un alto grado di prevedibilità, e pertanto a designare direttamente il foro competente senza rinviare alle disposizioni degli ordinamenti nazionali e, con riferimento specifico alla consegna, preveda un criterio di collegamento autonomo, tendenzialmente applicabile a tutte le domande fondate sul contratto di compravendita, e non solo a quelle fondate proprio sull'obbligo di consegna. La Corte di Lussemburgo, sulla scorta del legislatore comunitario ha inteso rompere, per i contratti di vendita, con la passata soluzione secondo cui il luogo di esecuzione era determinato per ciascuna delle obbligazioni controverse in conformità del diritto internazionale privato del giudice

adito; ed infatti, designando autonomamente come luogo di esecuzione il luogo in cui l'obbligazione che caratterizza il contratto deve essere adempiuta, ha centralizzato la competenza giurisdizionale nel luogo di adempimento per le controversie relative a tutte le obbligazioni contrattuali così da determinare una competenza giurisdizionale unica per tutte le domande fondate sul contratto. Le Sezioni Unite, facendo propria tale impostazione, hanno affermato il principio secondo il quale, nei contratti aventi ad oggetto la compravendita di beni mobili, una volta individuato il luogo di consegna in quello ove la prestazione caratteristica deve essere eseguita, e riconosciuto come luogo di consegna principale quello ove è convenuta l'esecuzione della prestazione ritenuta tale in base a criteri economici (e cioè il luogo di recapito finale della merce, ove i beni entrano nella disponibilità materiale e non soltanto giuridica dell'acquirente), il giudice di quello Stato è competente a decidere tutte le controversie in tema di esecuzione del contratto, ivi comprese quelle relative al pagamento dei beni ricevuti, a prescindere dal luogo in cui il vettore eventualmente incaricato prenda in consegna la merce stessa. La Corte, peraltro, giustifica la propria scelta proprio evidenziando che tale criterio, sul piano funzionale operativo, presenta l'indiscutibile vantaggio della facile percettibilità e della agevole documentabilità, superando l'inconveniente della difficile applicazione delle norme interne e convenzionali ed appare più rigorosamente rispettoso del principio di gerarchia delle fonti sopranazionali, in quanto, in linea con le previsioni del Regolamento comunitario n. 44 del 2001; si stabilisce, in sostanza, la supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto convenzionale (nella specie Convenzione di Vienna) ed al diritto interno. I principi affermati hanno, pertanto, un intrinseca vocazione alla stabilizzazione, non solo per l'autorevolezza della Corte che li ha formulati ma anche per la loro finalità fortemente semplificatrice dell'individuazione dei criteri di giurisdizione e del sistema normativo applicabile. L'attenzione al corretto reperimento delle fonti si rinviene anche nelle recenti pronunce che affrontano il problema, in passato non univocamente affrontato, dell'affermazione del principio *iura novit curia* con riferimento alle norme straniere applicabili secondo i criteri di collegamento stabiliti dal sistema di diritto internazionale privato. Tali pronunce si inseriscono nel solco già tracciato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, e si pongono in linea di continuità con alcuni principi già affermati dalla giurisprudenza di legittimità, ulteriormente consolidandoli. In particolare ci si riferisce a due significative pronunce della Corte di Cassazione dell'anno 2009 che affrontano le problematiche connesse alla conoscenza o alla conoscibilità da parte del giudice territoriale della normativa straniera applicabile. In primo luogo merita di essere segnalata la sentenza della terza sezione civile n. 14777 del 24/06/2009 (rv. 608632) che ha fortemente valorizzato il ruolo attivo delle parti nel reperimento delle fonti straniere precisando che il giudice può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati nelle convenzioni internazionali e delle informazioni acquisite tramite il

Ministero della giustizia, anche di quelle assunte mediante esperti o istituzioni specializzate, potendo ricorrere, onde garantire effettività al diritto straniero applicabile, a qualsiasi mezzo, anche informale, utilizzando qualsiasi strumento utile per la relativa acquisizione. L'individuazione del diritto applicabile risulta, nella crescente globalizzazione dei conflitti, sempre più complessa (si pensi al reperimento di fonti racchiuse in testi religiosi o dottrinali quali la *Sharia*, di centrale importanza nei conflitti familiari che coinvolgono cittadini di alcuni paesi arabi). Per questa ragione la Corte ha escluso la necessità di un'acquisizione tipizzata e limitata solo alle norme desumibili da procedimenti di cognizione formalizzati (come quello previsto nella nostra Costituzione per le fonti legislative), accogliendo, sempre con il dovuto rigore nell'esame concreto, anche altre forme di raccolta delle norme. La valorizzazione del ruolo delle parti era stata affermata anche nella precedente sentenza della sezione lavoro n. 13087 del 05/06/2009 (rv. 608740), laddove si era stabilito che l'art. 14 della legge 31 maggio 1995, n. 218 che nell'individuare un vero e proprio onere per la parte di allegazione rituale degli elementi di fatto che consentono d'individuare i criteri di collegamento per la selezione della legge applicabile, ha ritenuto inammissibile la domanda di applicazione della legge straniera proposta per la prima volta in cassazione, ritenendo che la questione avrebbe comportato accertamenti di fatto che avrebbero dovuto essere chiesti al giudice di merito, nel rispetto del contraddittorio delle parti.

Le citate pronunce del 2009, pertanto, costituiscono ulteriore esplicitazione di principi già affermati dalla precedente giurisprudenza, soprattutto con riguardo al dovere del giudice di acquisizione della normativa straniera ed alla valorizzazione dell'onere di allegazione della parte, anche se la qualificazione giuridica della procedura di acquisizione e, conseguentemente, la individuazione specifica dei poteri-doveri del giudice di acquisizione, in mancanza di allegazione della parte interessata, appaiono questioni ancora non univocamente risolte.

Anche negli orientamenti della Corte in tema di litispendenza internazionale si riscontra il consolidamento di principi già caratterizzanti gli interventi della Corte in tema di definizione dei criteri di radicamento della giurisdizione. In particolare la Corte si preoccupa di individuare criteri semplici, prevedibili, idonei ad evitare, da un lato, ogni forma di abuso del processo e, dall'altro, il pericolo di conflitti tra giudicati sulle stesse domande. Partendo da questi precisi obiettivi la Corte con la pronuncia n. 20688 del 2009 ha stabilito che la sospensione del giudizio ex art. 7 della legge n. 218 del 1995 per pregiudizialità si applica solo in caso di contemporanea pendenza di controversie davanti ad organi giudiziari di paesi diversi e non quando una delle due controversie sia rimessa ad arbitrato estero, trattandosi di un meccanismo regolativo esclusivamente del corretto esercizio della giurisdizione. Ha, inoltre, ritenuto applicabile, la disciplina processuale della litispendenza

comunitaria solo quando un procedimento possa ritenersi effettivamente instaurato, ovvero quando sia autonomamente idoneo ad avviare un procedimento destinato a concludersi con una decisione. (Cass. n. 15386 del 2009 rv. 608921). L'attenzione verso i rischi connessi alla moltiplicazione di conflitti giudiziari aventi lo stesso oggetto ha, infine, indotto la Corte con l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 11532 del 19/05/2009 (Rv. 608394) a stabilire che l'identità tra due cause pendenti davanti a giudici di Stati membri differenti è riscontrabile anche tra la domanda volta ad ottenere che il convenuto venga dichiarato responsabile di un danno e condannato al risarcimento ed una precedente domanda del medesimo convenuto, volta ad ottenere l'accertamento negativo della propria responsabilità. Sempre al fine di evitare incertezze e di limitare l'applicabilità di fori concorrenti, nella stessa pronuncia la Corte ha ulteriormente definito il criterio di radicamento della giurisdizione nelle cause relative ai "delitti o quasi delitti", indicato nell' art. 5, comma 3, Reg 44/2001, identificandolo sia in quello in cui è avvenuta l'azione che ha provocato il danno, sia in quello in cui il danno si è verificato, con la precisazione, di grande importanza ai fini della univocità del criterio, che per quest'ultimo deve aversi riguardo solo al danno iniziale, e non anche ai danni conseguenti, assumendo rilevanza esclusivamente il luogo ove il fatto causale ha prodotto direttamente i suoi effetti nei confronti di colui che ne è la vittima immediata. (in senso conforme si vedano le ordinanze delle Sezioni Unite civili n. 27403 del 13/12/2005, rv. 585879 e n. 10312 del 05/05/2006, rv. 588605). Infine di particolare rilievo è il principio affermato dall'ordinanza delle Sezioni Unite civili n. 7427 del 27/03/2009 (Rv. 607226) che per l'applicazione della regola della prevenzione per risolvere la situazione di litispendenza fra controversie pendenti dinanzi a giudici di Stati diversi, prevede che l'individuazione del momento in cui le due giurisdizioni risultino adite con le rispettive domande giudiziali deve essere effettuata - ai sensi dell'art. 7 della legge n. 218 del 1995 e alla luce della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE, sent. 8 maggio 2003, C-111/01 *Ganter Electronic*) sulla base della legge nazionale di ciascuno degli Stati in cui i processi si svolgono.

In conclusione, anche nell'ambito delle controversie internazionali, il ruolo della Corte si è fortemente caratterizzato per la funzione razionalizzatrice dei principi elaborati al fine di preservare la centralità della giurisdizione e facilitarne l'accesso, anche in questa complessa tipologia di conflitti coinvolgenti ordinamenti giuridici non conosciuti e tecniche processuali più sofisticate. Questa finalità costituisce il più incisivo segno di continuità, anche di carattere valoriale, che emerge dall'esame svolto.

3. NOMOFILACHIA E LAVORO, CONTRATTAZIONE COLLETTIVA, PREVIDENZA.

3.1. Il sindacato giurisdizionale nel licenziamento collettivo. (Giuseppe Fuochi Tinarelli)

Il licenziamento collettivo per riduzione di personale previsto dalla legge n. 223 del 1991 ricorre – secondo l’ orientamento della Suprema Corte, consolidatosi a partire dalla sentenza n. 11455 del 12 ottobre 1999 – allorché vi sia una concomitanza tra i licenziamenti, plurimi, del personale ed una operazione imprenditoriale di “riduzione o trasformazione di attività o lavoro” in presenza degli indici di rilevanza sociale previsti dalla legge.

Il disegno legislativo, invero, ha privilegiato meccanismi di controllo *ex ante*, in sede sindacale e pubblica, ad un modello di verifica *ex post*, in sede giudiziale: la decisione imprenditoriale di procedere alla riduzione del personale è stata oggetto di una accentuata procedimentalizzazione, prevedendo che l’avvio della procedura sia accompagnato dalla preventiva trasmissione, alle associazioni sindacali (e alle RAS, se costituite) di categoria e alla Direzione provinciale del lavoro, di una **comunicazione** contenente *i motivi* che determinano la situazione di eccedenza, *i motivi tecnici, organizzativi e/o produttivi* per i quali si ritiene di non poter evitare i licenziamenti, il *numero*, la *collocazione aziendale* e i *profili professionali* del personale eccedente.

Il datore di lavoro, in altri termini, nell’adottare un progetto di riduzione di personale, non è vincolato nell’*an* della decisione, ma solo sul *quomodo*, restando l’esercizio del potere di recesso condizionato al rispetto della procedura *ex lege* e all’avvio della trattativa con i sindacati.

Ciò si riverbera, inevitabilmente, sul sindacato giurisdizionale, che non può investire i motivi della riduzione di personale ma solamente il rispetto delle regole procedurali e dei criteri per l’individuazione del personale da licenziare, stabiliti per legge ovvero con accordo sindacale. La rilevanza dei profili procedurali – su cui finisce per concentrarsi lo spazio del possibile controllo giudiziale – e delle correlate conseguenze sanzionatorie riconosciute dall’art. 5 della legge n. 223 del 1991, hanno indirizzato la giurisprudenza ad apprezzare i contenuti della comunicazione preventiva prevista dall’art. 4, comma 3, della legge n. 223 del 1991.

Sulla questione la Cassazione, sezione lavoro, con la sentenza n. 84 del 2009, rv. 606313 ha affermato il principio così massimato dall’Ufficio: *“In tema di verifica del rispetto delle regole procedurali dettate per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale dalla legge n. 223 del 1991, la sufficienza dei contenuti della comunicazione preventiva di cui all’art. 4, comma 3, deve essere valutata in relazione ai motivi della riduzione di personale, sottratti al controllo giurisdizionale, cosicché, nel caso di progetto imprenditoriale diretto a ridimensionare l’organico dell’intero complesso aziendale al fine di diminuire il costo del lavoro, l’imprenditore può limitarsi*

all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti, suddiviso tra i diversi profili professionali contemplati dalla classificazione del personale occupato nell'azienda, senza che occorra l'indicazione degli uffici o reparti con eccedenza (coincidendo la collocazione dei dipendenti da licenziare con l'intero complesso aziendale) ovvero l'indicazione delle concrete posizioni lavorative o delle mansioni svolte”.

Questa affermazione, invero, trae giustificazione dall'assunto che nella fase successiva, ciascuno dei singoli licenziamenti è giustificato dal rispetto dei criteri di scelta, legali o stabiliti da accordi sindacali, sulla base delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative poste a base della scelta imprenditoriale, sulle quali – come ripetutamente affermato - non si estende il sindacato giudiziale, a cui resta estranea “la verifica dell’effettività e ragionevolezza dei motivi che giustificano, nelle enunciazioni dell’imprenditore, la riduzione di personale”.

Il progetto imprenditoriale, pertanto, quando riguardi l'intero complesso aziendale, deve indicare la ripartizione delle eccedenze per categorie professionali e per le aree del territorio nazionale, senza che ciò comporti una specifica indicazione degli uffici o reparti con le eccedenze o delle concrete posizioni lavorative, profili che esulano dalle ragioni della decisione imprenditoriale.

La disamina dei pronunziati evidenzia, da un lato, l'esistenza di un orientamento più restrittivo secondo il quale nella comunicazione debbono essere indicati, con precisione, tutti gli elementi necessari, ivi compresa l'esatta indicazione delle aree contrattuali di appartenenza dei dipendenti.

Particolarmente rappresentativa, in tale ambito, è Cass. n. 15479 del 2007, rv. 598718 secondo la quale *“In tema di procedure di mobilità e di licenziamento collettivo, la comunicazione alle r.s.a. di inizio della procedura ha sia la finalità di far partecipare le organizzazioni sindacali alla successiva trattativa per la riduzione del personale, sia di rendere trasparente il processo decisionale datoriale nei confronti dei lavoratori potenzialmente destinati ad essere estromessi dall'azienda. La mancata indicazione nella comunicazione di avvio della procedura di tutti gli elementi previsti dall'art. 4 comma 3 della legge n. 223 del 1991 invalida la procedura e determina l'inefficacia dei licenziamenti; tale vizio non è ex se sanato dalla successiva stipulazione di accordo sindacale di riduzione del personale e dall'indicazione in esso di un criterio di scelta dei dipendenti da licenziare, ed il giudice dell'impugnazione del licenziamento collettivo o del collocamento in mobilità deve comunque verificare - con valutazione di merito a lui devoluta e non censurabile nel giudizio di legittimità ove assistita da valutazione sufficiente e non contraddittoria- l'adeguatezza della originaria comunicazione di avvio della procedura (nella specie, relativamente alla riduzione del personale delle Poste, la corte d'appello aveva ritenuto carente o comunque inadeguata l'indicazione nella comunicazione preventiva alle r.s.a della "collocazione aziendale" e dei "profili professionali" del personale eccedente, ritenendo in particolare l'insufficienza del richiamo alle*

aree contrattuali, in quanto esse raggruppano professionalità estremamente varie ed eterogenee; la S.C. ha confermato la pronuncia affermando il principio di cui in epigrafe”.

Per contro, la decisione – pur in mancanza di statuizioni negli esatti termini - si pone in continuità con un approccio fatto proprio da altre decisioni e, in ispecie, da Cass. n. 21541 del 2006, rv. 596567, che, tra l'altro, aveva affermato che “... *gli spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione (ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso), con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva”.*

Nel medesimo senso, poi, paiono orientate – sia pure con specificità proprie delle vicende ivi considerate - le decisioni di Cass. n. 10590 del 2005, rv. 581514 (in riferimento a licenziamenti collettivi delimitati a specifici settori dell'azienda) e, più recentemente, di Cass. n. 24646 del 2007, rv. 600584 (relativa, tra l'altro, anche alla portata dell'obbligo del datore di lavoro in merito alle indicazioni sui possibili rimedi alternativi).

La giurisprudenza intervenuta successivamente ha, invece, dato piena continuità ai principi affermati con la decisione n. 84 del 2009.

Con la sentenza n. 4653 del 2009, rv. 608249, infatti, si è, in primo luogo, ribadita una netta soluzione di continuità rispetto alla decisione n. 15479 del 2007, precisando che la sufficienza dei contenuti della comunicazione preventiva di cui all'art. 4, comma 3, della legge 23 luglio 1991 n. 223, “*deve essere valutata in relazione ai motivi della riduzione di personale, che restano sottratti al controllo giurisdizionale, cosicché, ove il progetto imprenditoriale sia diretto a ridimensionare l'organico dell'intero complesso aziendale al fine di diminuire il costo del lavoro, l'imprenditore può limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti, suddiviso tra i diversi profili professionali previsti dalla classificazione del personale occupato nell'azienda, senza che occorra l'indicazione degli uffici o reparti con eccedenza”.*

In termini analoghi si è poi espressa (esplicitamente in motivazione) anche la successiva sentenza n. 5034 del 2009, rv. 607714, che si è limitata a garantire continuità al principio senza neppure prendere le distanze dal pregresso orientamento, ed ha confermato l'esigenza di un ancoraggio alle

specifiche ragioni di carattere tecnico organizzative poste a base del licenziamento collettivo per valutare la necessità o meno di una maggiore specificazione delle posizioni lavorative e delle articolazioni aziendali sulle quali la riorganizzazione è destinata ad incidere.

Sotto un diverso versante, poi, merita di essere considerata la coeva sentenza n. 5089 del 2009, rv. 607755, che, nel porsi in linea di continuità con il principio affermato con sentenza n. 21541 del 2006, ha ribadito i presupposti argomentativi e la *ratio* posta a sostegno della sentenza n. 84 del 2009, evidenziando che gli spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più *“gli specifici motivi della riduzione del personale, ma la correttezza procedurale dell'operazione (ivi compresa la sussistenza dell'imprescindibile nesso causale tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso), con la conseguenza che non possono trovare ingresso, in sede giudiziaria, tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo ..., si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva”*.

Tale progressione – che involge i diversi ambiti di riferimento della problematica e investe il nucleo fondamentale della portata del sindacato giudiziale e della necessaria valutazione del nesso di causalità tra i motivi del progetto imprenditoriale e i contenuti della comunicazione – porta pertanto a ritenere che gli orientamenti, sulla specifica questione, pur di formazione recente nella loro chiara esplicitazione, possano ugualmente ritenersi già sufficientemente consolidati.

3.2. Il trasferimento di azienda. (Fulvio Baldi)

In tema di trasferimento di azienda un ruolo assai significativo assume la sentenza n. 16198 del 2009, rv 609812, che consapevolmente cristallizza una serie di principi cardine in materia. In particolare la decisione ha applicato l'art. 2112 c.c. nell'ambito del processo di organizzazione del settore elettrico attuato con d.p.c.m. 4 agosto 1999 di approvazione del piano per la cessione dell'ENEL, ai sensi dell'art. 8, comma 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, mancando ogni riscontro a favore di una sua disapplicazione e tenuto conto che l'attività era stata accompagnata da un intenso intervento sindacale proprio in materia di trasferimento del personale alle nuove società.

La decisione n.16189, come la successiva sentenza n. 18820 del 2009, individuano innanzitutto la *ratio* delle disposizioni desumibili dall'art. 2112 cod. civ. nell'esigenza di un equilibrato bilanciamento tra contrapposti interessi a copertura costituzionale, ravvisabili, da un lato, nella libertà di iniziativa imprenditoriale e, dall'altro, nel diritto dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro, facendone discendere la conseguenza della sua piena applicazione anche in presenza di

interventi legislativi diretti a disciplinare cessioni di aziende o di loro rami, ancorché con il limite dell'espressa previsione dell'inapplicabilità o dell'oggettiva e totale incompatibilità con altra legge successiva.

In particolare, va evidenziata la parte della pronuncia che si sofferma sulla cessione del "ramo di azienda", suscettibile di autonomo trasferimento da ricondursi alla disciplina dettata per la cessione dell'intera azienda: al riguardo la S.C., con orientamento consolidato (in conformità v. sentenze n. 13171 del 2009, n. 6452 del 2009, n. 19740 del 2008, n. 5932 del 2008, n. 8017 del 2006, n. 20012 del 2005, n. 19842 del 2003) e in omaggio alla giurisprudenza comunitaria (v. Corte di Giustizia, sentenza 24 gennaio 2002, C-51/00 Temco nonché sentenza 6 marzo 1996, cause riunite C – 171/94 e C – 172/94), ritiene che per esso debba intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, il cui accertamento presuppone la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, nell'eventuale trasferimento della clientela, infine, nella valutazione del grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione. Per effetto di dette caratteristiche la cessione di azienda si differenzia dalla cessione del contratto ex art. 1406 cod. civ., attenendo quest'ultima alla vicenda circolatoria del solo contratto ed atteso che essa comporta la sola sostituzione di uno dei soggetti contraenti e necessita, per la sua efficacia, del consenso del lavoratore ceduto. Il ramo di azienda, per le sentenze in commento, non può essere validamente identificato in un'astratta e potenziale idoneità allo svolgimento di un'attività futura, ma coinvolge solo entità già organizzate in modo stabile, avuto riguardo alla sostanziale perseguibilità di quello specifico settore dell'impresa.

La stessa sentenza n. 16189 qui evidenziata precisa che, fin dai tempi antecedenti le modifiche introdotte con il d.lgs. n. 18 del 2001 all'art. 2112 cod. civ., è configurabile il trasferimento di un ramo di azienda pure nel caso in cui la cessione abbia ad oggetto solo un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze, purché essi siano stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi chiaramente individuabili. In ciò l'orientamento giurisprudenziale è consolidato, come emerge anche dalle sentenze n. 5709 del 2009, n. 5932 del 2008, n. 206 del 2004 e n. 10761 del 2002. Sicché, la configurabilità del trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche i soli lavoratori è sostenibile sempre che questi ultimi, per essere stati addetti ad un medesimo ramo dell'impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni ed esperienze comuni, siano capaci di svolgere autonomamente - e, quindi, pur senza il

supporto di beni immobili, macchine, attrezzi di lavoro o altri beni - le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro.

Altre precisazioni ricavabili dalla pronuncia in esame concernono l'ambito applicativo del trasferimento di azienda, ugualmente inteso in senso ampio dalla giurisprudenza della S.C., secondo linee interpretative che accompagnano oramai stabilmente l'esegesi dell'art. 2112 cod. civ.

Al riguardo, in primo luogo, la pronuncia ha ritenuto che l'art. 2112, cod. civ. - nel testo modificato dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990, che ha recepito la direttiva comunitaria 77/187/Cee (successivamente modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 18 del 2001) - in applicazione del canone dell'interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale alla norma di diritto comunitario ed anche in considerazione dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee (sentenze 25 gennaio 2001, C-172/99, 26 settembre 2000, C-175/99 e 14 settembre 2000, C-343/98), possa essere applicato anche nei casi in cui il trasferimento dell'azienda non derivi dall'esistenza di un contratto tra cedente e cessionario, ma sia riconducibile ad un atto autoritativo della P.A., con conseguente diritto dei dipendenti dell'impresa cedente alla continuazione del rapporto di lavoro subordinato con l'impresa subentrante, purché si accerti l'esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese. Anche tale assunto segna un orientamento consolidato, come è dimostrato dalla conformità di esso alle sentenze n. 8054 del 2004 e n. 21023 del 2007.

In secondo luogo, la decisione, sempre in omaggio ad un'esegesi di ampio respiro dell'art. 2112 cod. civ., ha ritenuto configurabile un trasferimento d'azienda anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, purché si sia in presenza di un passaggio di beni di non trascurabile entità, tale cioè da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa e realizzabile anche in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo. Anche tali affermazioni, oltre a recepire la sentenza della Corte di Giustizia del 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94, rappresentano la condivisione – secondo linea di continuità consapevole – di una giurisprudenza costante della S.C. (v. sentenze n. 26215 del 2006, n. 493 del 2005, n. 15468 del 2000, n. 14568 del 1999).

3.3. La contrattazione collettiva nel giudizio di legittimità. (Francesco Buffa)

Il contratto collettivo ha una natura duplice, partecipando sia del carattere dei documenti (in quanto tali, soggetti ai rigidi termini di produzione propri del rito del lavoro), sia del carattere di atti normativi, oggi in taluni settori perfino in grado di derogare alla legge, o comunque di atti contenenti un criterio di giudizio (sicché per la conoscenza ed acquisizione degli stessi potrebbero rilevare i doveri del giudice, tanto più in relazione ai peculiari poteri officiosi del giudice del lavoro, ex artt. 421 e 425 cod. proc. civ.).

Dalla richiamata *ambiguità* discendono gli snodi procedurali affrontati dal giudice di legittimità in ordine alla produzione in giudizio del contratto collettivo ed alle sue modalità e, per altro verso, alla possibilità di interventi officiosi di acquisizione. E' generalmente affermato, infatti, che sulla parte che invoca in giudizio l'applicazione di un contratto collettivo post-corporativo incombe l'onere di produrlo. Ove la parte abbia indicato, ma non prodotto, il contratto collettivo invocato, un orientamento recente ha connotato di maggior rigore l'onere di produrre il contratto proprio per la funzione integrativa del ricorso che esso assolve: così, Cass. n. 6969 del 2009, rv. 607427, secondo la quale, nel rito del lavoro, il convenuto ha l'obbligo, sancito a pena di decadenza dall'art. 416, terzo comma, cod. proc. civ., di indicare specificamente, nella comparsa di costituzione, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi e, in particolare, i documenti che deve contestualmente depositare, dovendosi ritenere possibile una successiva produzione, anche in appello, solo se sia giustificata dal tempo della formazione dell'atto ovvero dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (si trattava, nella specie, della produzione di un contratto collettivo antecedente, ritenuta inammissibile in quanto tardiva, rispetto alla fonte collettiva successiva indicata nella memoria di costituzione).

Un diverso orientamento, che fa capo a Cass. n. 18584 del 2008, rv. 604754, ritiene, invece, che il giudice possa intervenire d'ufficio, a prescindere dalle decadenze nelle quali siano incorse le parti, ove l'acquisizione sia necessaria: secondo tale decisione, alla parte che invoca in giudizio l'applicazione di un contratto collettivo post-corporativo incombe l'onere di produrlo, con la conseguenza che, in caso di mancata produzione di esso e di contestazione della controparte in ordine all'esistenza e al contenuto dell'invocato contratto, il giudice deve rigettare la domanda nel merito, trovandosi nell'impossibilità di determinare l'*an* e il *quantum* della pretesa fatta valere; soltanto nell'ipotesi in cui la controparte non abbia contestato l'esistenza e il contenuto del contratto invocato, ma si sia limitata a contestarne l'applicabilità, sussiste, per il giudice, il potere-dovere, ex art. 421 cod. proc. civ., di acquisire d'ufficio, anche attraverso una consulenza tecnica, il contratto collettivo di cui l'attore, pur non indicandone gli estremi, abbia tuttavia fornito idonei elementi di identificazione. Il principio è risalente a Cass. n. 9724 del 1994, rv. 488677, secondo la quale il contemperamento del principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale comporta che, quando non siano controversi l'esistenza ed il contenuto di un contratto collettivo, il giudice ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio all'acquisizione di esso, ai fini della relativa valutazione ed interpretazione, senza che a ciò siano di ostacolo preclusioni o decadenze in danno delle parti, specie ove non già espressamente dichiarate. La considerazione, infine, del contratto o accordo collettivo quale fatto sul quale costituire un criterio di giudizio, lo vale a distinguere dai fatti strettamente posti a fondamento della domanda, sicché si è ammesso (v., in particolare, Cass. n. 23745 del 2008, rv.

604809), l'esercizio del potere-dovere di chiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti o accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa (art. 425 cod. proc. civ.).

La questione è in parte semplificata con riferimento al giudizio di cassazione, in ragione della previsione dell'art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., nella nuova formulazione di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, e dell'onere, ivi contenuto, di produzione dei contratti collettivi a pena di improcedibilità. La portata della norma, peraltro, è stata circoscritta dalla giurisprudenza di legittimità, che ha escluso l'operatività della sanzione sia in relazione al mancato deposito del contratto collettivo di diritto pubblico (Cass., SU, n. 23329 del 2009), in considerazione del relativo peculiare procedimento formativo e di pubblicità, assicurato dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (ai sensi dell'art. 47, comma 8, del decreto legislativo n. 165 del 2001), sia in relazione alla necessità di produzione del c.c.n.l. in riferimento al regolamento di giurisdizione (Cass., SU, n. 21558 del 2009, rv. 609449), ove, ai fini dell'accertamento della fondatezza del ricorso, si è ritenuta non necessaria la produzione del contratto collettivo, pur richiamato a sostegno della devoluzione della controversia alla giurisdizione affermata.

Deve darsi atto, peraltro, del non univoco orientamento in tema di produzione integrale dei contratti collettivi o soltanto *in parte qua agitur*, questione che si riconnette strettamente ai poteri istruttori officiosi del giudice, dei quali la Corte di Cassazione sarebbe del tutto priva, sicché, la produzione integrale del testo contrattuale sarebbe il solo strumento idoneo a consentire alla Corte una cognizione ampia ed un pieno esercizio dei poteri nomofilattici.

Sul tema, Cass. n. 15495 del 2009 rv. 609037, ha affermato che l'onere di depositare i contratti e gli accordi collettivi su cui il ricorso si fonda non può dirsi soddisfatto con la trascrizione nel ricorso delle sole disposizioni della cui violazione il ricorrente si duole attraverso le censure alla sentenza impugnata, dovendosi ritenere che la produzione parziale di un documento sia non solamente incompatibile con i principi generali dell'ordinamento e con i criteri di fondo dell'intervento legislativo di cui al citato d.lgs. n. 40 del 2006, intesi a potenziare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, ma contrasti con i canoni di ermeneutica contrattuale dettati dagli artt. 1362 cod. civ. e seguenti e, in ispecie, con la regola prevista dall'art. 1363 cod. civ., atteso che la mancanza del testo integrale del contratto collettivo non consente di escludere che in altre parti dello stesso vi siano disposizioni indirettamente rilevanti per l'interpretazione esaustiva della questione che interessa.

La diversa affermazione che l'onere in discorso possa essere assolto mediante il deposito di un estratto del contratto contenente le norme della cui violazione il ricorrente si duole (sempre che non sia stata invocata una lettura sistematica dell'atto o di norme-parametro) ha avuto, invece, più volte ingresso nella giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 19695 del 2007, Cass., Sez. U, n. 16540 del

2008, con riferimento al ricorso contenente una denuncia di conflitto di giurisdizione, e, da ultimo, Cass. n. 2855 del 2009, rv. 606405).

Qualche contrasto si registra in sede di procedimento di accertamento pregiudiziale della validità, efficacia ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali di cui all'art. 420-bis cod. proc. civ., sede per la quale deve essere rimarcata la peculiarità dei poteri della Corte di cassazione nel giudizio *de quo*. Invero, in tale giudizio, la Corte di legittimità, pur adottando i canoni di ermeneutica negoziale indicati dal codice civile, si muove secondo una metodica peculiare in ragione della portata che assume la sua decisione, destinata a provocare una pronuncia che tende a fare stato in una pluralità di controversie cosiddette "seriali", non essendo, quindi, vincolata dall'opzione ermeneutica adottata dal giudice di merito, pur se congruamente e logicamente motivata, giacché può autonomamente pervenire, anche tramite la libera ricerca all'interno del contratto collettivo di qualunque clausola ritenuta utile all'interpretazione, ad una diversa decisione sia per quanto attiene alla validità ed efficacia del contratto, sia in relazione ad una diversa valutazione del suo contenuto normativo. Ciò in quanto la funzione nomofilattica che la Corte esercita presuppone la certezza e stabilità delle statuizioni, con la conseguenza che della medesima disposizione contrattuale non possono darsi interpretazioni contrastanti.

Per quanto detto, la giurisprudenza di legittimità aveva dapprincipio (Cass. nn. 24654 e 5050 del 2008) esteso, al richiamato procedimento, l'onere, ex art. 369, comma secondo, n. 4, cod. proc. civ., di depositare tempestivamente, a pena di improcedibilità del ricorso, il testo integrale del contratto collettivo al quale la domanda si riferisce, ritenendo insufficiente il deposito di un estratto del contratto contenente alcuni articoli, atteso il carattere strumentale del cennato adempimento rispetto al pieno esercizio della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

In seguito, con la sentenza n. 15322 del 2009, rv. 609224, la S.C. ha escluso, nel procedimento di accertamento ex art. 420-bis cod. proc. civ., l'applicabilità del disposto di cui all'art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., ove le parti abbiano concordemente indicato le clausole contrattuali costituenti il perimetro delle disposizioni rilevanti ai fini dell'esame e dell'interpretazione delle pattuizioni di cui si lamenta la violazione o la falsa applicazione, ritenendo una diversa soluzione improntata ad un eccessivo formalismo ed in contraddizione con il perseguimento delle finalità di certezza e nomofilachia sottese alla speciale procedura. Al di fuori di quel peculiare profilo del concorde perimetro delimitato dalle parti delle disposizioni rilevanti violate o falsamente applicate la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16619 del 2009, rv. 609489, ha ribadito l'onere di depositare, a pena di improcedibilità del ricorso ex art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., il testo integrale del contratto o accordo sul quale il ricorso si fonda,

rimarcando il carattere strumentale dell'indicato adempimento rispetto all'adeguato esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte di legittimità.

3.4. Il diritto alla promozione automatica del lavoratore temporaneamente assegnato a mansioni superiori e gli oneri probatori. (Rossana Mancino)

Per lungo periodo la S.C., a partire da Cass. n. 2991 del 1983, rv. 427903 e Cass. n. 4740 del 1989 rv. 464145, si era espressa, in tema di diritto alla promozione automatica del lavoratore temporaneamente assegnato a mansioni superiori, nel senso che incombesse al lavoratore l'onere di provare di aver sostituito un lavoratore assente senza diritto alla conservazione del posto.

Il fatto costitutivo del diritto alla promozione automatica era costituito, secondo il consolidato e ventennale orientamento, dall'assegnazione a mansioni superiori per sostituire un lavoratore assente senza diritto alla conservazione del posto, onde l'esclusione del diritto del lavoratore alla promozione nei casi di sostituzione determinata da sospensione del rapporto del lavoratore sostituito per cause predeterminate dalla legge (quali sciopero, ferie, adempimento di funzioni pubbliche elettive, infortuni, malattia, gravidanza, puerperio, chiamata alle armi) o dalla contrattazione collettiva. Al lavoratore incombeva, pertanto, l'onere di provare di aver sostituito un lavoratore assente senza diritto alla conservazione del posto.

In continuità con tale indirizzo, Cass. n. 3529 del 1999, rv. 525188 e Cass. n. 4312 del 2000, rv. 535383 avevano ribadito tralasciamente che il fatto costitutivo, nella temporanea assegnazione a mansioni superiori, si identificasse nella sostituzione del lavoratore assente senza diritto alla conservazione del posto e che della relativa prova, ai fini del diritto alla promozione automatica, non potesse che esserne onerato il lavoratore.

L'arresto della S.C. n. 15406 del 2009, rv. 609549, ha mutato un indirizzo che, se pur aveva resistito per circa un ventennio, risultava, ormai, distonico nel sistema dei principi più recenti in ordine al riparto dell'onere probatorio nella materia lavoristica tra lavoratore, titolare di un diritto, e datore di lavoro e, ancor più in generale, in materia di inadempimento delle obbligazioni, in ordine alla "disponibilità" e "prossimità" della prova tra creditore e debitore.

Un passo avanti, verso una rimediazione del criterio di distribuzione dell'onere della prova in raccordo con l'esigenza di tutela effettiva dei diritti, la Corte aveva già compiuto nel 2008, allorché aveva sottolineato che la ripartizione dell'onere probatorio tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, dovesse tenere conto, oltre che della tradizionale partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio - riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o

troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio - della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova. Muovendo da tale importante premessa, la Corte di legittimità, con la sentenza n. 20484 del 2008, rv 604543 è pervenuta all'affermazione del principio per cui l'onere della prova negativa dei fatti che possano essere noti solo all'imprenditore, e non anche al lavoratore, incombe sul datore di lavoro e non sul lavoratore. La controversia, nella specie, concerneva il riconoscimento di un premio di produttività in relazione ai positivi risultati economici raggiunti dall'impresa: gli elementi di competitività e i risultati economici correlati all'andamento dell'azienda sono stati annoverati, dalla S.C., tra gli elementi suscettibili di conoscenza solo da parte dell'imprenditore, onde a carico di questi è stato posto il relativo onere probatorio.

Nondimeno, segnando una tappa ancor più significativa nella rimeditazione della ripartizione degli oneri probatori, due anni prima, le Sezioni Unite, con la sentenza n.141 del 2006, rv. 585625, erano intervenute a comporre un contrasto di giurisprudenza in tema di ripartizione dell'onere probatorio con riferimento al requisito dimensionale dell'impresa ai fini dell'applicabilità della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, o meglio, al fine di escludere la tutela reale, valutando gli opposti orientamenti proprio, fra l'altro, per profili attinenti alla prossimità o meno della prova rispetto alla parte onerata. La sentenza n.141 del 2006, dunque, aderendo all'orientamento all'epoca minoritario, avevano rimarcato, con autorevolezza, che la soluzione della ripartizione dell'onere probatorio, in assenza di indicazioni univoche del legislatore, non potesse prescindere dalla finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore, privo della "disponibilità dei fatti idonei" a provare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa, a differenza del datore di lavoro cui fa capo l'organizzazione aziendale e il quale ha piena consapevolezza del numero dei lavoratori occupati. La decisione ha, in altre parole, enunciato il criterio della maggiore vicinanza o disponibilità della prova deducendolo direttamente dall'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione e di difesa in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio e ricondotto il diritto del lavoro al diritto comune delle obbligazioni.

I precedenti specifici, fino a quel momento minoritari, erano costituiti da Cass. n. 613 del 1999 e 7227 del 2002, ma è verso un altro importante arresto che la decisione n. 141 del 2006 intendeva gettare un ponte ideale, ponendo il contratto di lavoro nell'alveo dell'adempimento delle obbligazioni, vale a dire la sentenza n. 13533 del 2001 che, nella prospettiva più generale dell'inadempimento delle obbligazioni, aveva tra le prime valorizzato il criterio di distribuzione dell'onere della prova basato sulla vicinanza o disponibilità dei relativi strumenti.

Cass. n. 13533 del 2001 ha dunque ritenuto, letteralmente, "conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza

peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento".

La valorizzazione, in assenza di contrarie indicazioni normative, del criterio della maggiore vicinanza e disponibilità della prova, funzionale ad assicurare una dimensione di tutela effettiva dei diritti, ha avuto ulteriore conferma, ai fini dell'applicabilità della disciplina generale ex art. 18 della legge n. 300 del 1970, con la sentenza n. 6344 del 2009, rv. 607369 che, confermando la connotazione del requisito occupazionale in guisa di fatto impeditivo dell'applicazione della tutela reale, ha onerato il datore di lavoro della duplice prova dell'esistenza di una valida causa di recesso e dell'ambito dimensionale dell'impresa preclusivo della tutela reale, in relazione al sistema delle sanzioni contro il recesso illegittimo.

Su tali autorevoli precedenti, nei quali ha trovato linfa vitale l'ulteriore approdo del criterio della vicinanza della prova come espressione del canone costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale, si innesta la discontinuità di Cass. n. 15406 del 2009 dal difforme e consolidato orientamento della Corte in tema di ripartizione dell'onere probatorio nelle controversie in cui il lavoratore reclama la promozione automatica per la temporanea assegnazione a mansioni superiori in sostituzione di lavoratori assenti senza diritto alla conservazione del posto.

La motivazione della sentenza n. 15406 prende le mosse dal dettato letterale dell'art. 2103 c.c. (come modificato dall'art. 13, l. n. 300 del 1970) ravvisandovi l'indicazione di un fatto impeditivo del diritto alla promozione automatica (la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto) e non propriamente di un fatto costitutivo negativo. Se, dunque, la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto si connota come fatto impeditivo previsto, in base alla *ratio legis*, come ipotesi di esclusione del diritto all'assegnazione definitiva, in quanto escludente la vacanza del posto, per la S.C. il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2697, comma secondo, c.c., è onerato della relativa prova.

Evidente che, se tale avvertita ripartizione dell'onere probatorio, *in subjecta materia*, promana direttamente dal canone costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale al fine di non rendere eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale del diritto del lavoratore, il canone costituzionale così compendiato con il criterio della vicinanza e disponibilità della prova può dischiudere nuovi orizzonti verso l'effettività della tutela giurisdizionale in materie in cui comunque il difficile

assolvimento della prova a carico della parte onerata finisce per ridondare in un difetto di tutela giurisdizionale.

3.5. Il comportamento delle parti del rapporto previdenziale e il decorso del termine decadenziale. (Francesco Buffa)

In materia previdenziale è stato a lungo dibattuto, in dottrina e giurisprudenza, il problema dell'incidenza del comportamento delle parti del rapporto previdenziale sul decorso del termine di decadenza (previsto in generale in materia di prestazioni previdenziali dall'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970 n. 639, autenticamente interpretato dall'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991, n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166, e poi ancora modificato dall'art. 4, comma primo e terzo, del d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito in l. 14 novembre 1992, n. 438).

La norma, come noto, prevede che “l' Istituto nazionale della previdenza sociale è tenuto ad indicare ai richiedenti le prestazioni o ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami che possono essere proposti, a quali organi debbono essere presentati ed entro quali termini. E' tenuto, altresì, a precisare i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria”. Di qui il problema della rilevanza giuridica dell'omessa indicazione, da parte dell'ente previdenziale, delle indicazioni prescritte, specie con riferimento all'incidenza (impeditiva) sul decorso del termine decadenziale.

Sul tema specifico dell'omissione dell'indicazione nell'atto degli elementi di cui all'art. 47, comma 5, si erano, in precedenza, registrati diversi orientamenti: in particolare, secondo un orientamento, l'omissione costituiva fatto impeditivo del decorso del termine decadenziale; per altro orientamento, per converso, si trattava di circostanza rilevante solo sul piano risarcitorio; infine, per altro orientamento, costituiva fatto irrilevante, riguardando termini di legge che il privato è in ogni caso tenuto a conoscere e a rispettare. La Suprema Corte, in alcune decisioni, si è mostrata tollerante nei confronti dell'ente previdenziale inadempiente, stabilendo che la decadenza decorre comunque, sia perché la legge non contempla alcuna sanzione, sia perché ciò avviene pure nel caso più vistoso in cui il provvedimento di diniego della prestazione manchi del tutto e si formi il silenzio rifiuto. La soluzione opposta muove invece dalla considerazione che la norma risponde ad un principio di civiltà giuridica e che, a seguire l'opposta interpretazione, risulterebbe pleonastica.

Secondo l'orientamento più rigoroso (espresso da Cass. n. 21595 del 2004, Cass. n. 27672 del 2005, Cass. n. 8001 del 2006 e Cass. n. 9048 del 2007), la mancanza di un provvedimento esplicito dell'INPS sulla domanda, oppure l'omissione nel provvedimento delle indicazioni prescritte dal comma quinto del detto articolo (precisazione dei gravami esperibili e dei termini per l'esercizio dell'azione giudiziaria), configurano un impedimento al decorso del termine di decadenza dalla

scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo (computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione). L'indirizzo, in particolare, ricordava che anche la Corte costituzionale (sentenze n. 86 del 1998 e n. 311 del 1994, interpretative di rigetto), con riferimento specifico a procedimenti amministrativi di tipo non autoritativo, quali quelli preordinati alla riscossione di sanzioni pecuniarie ai sensi della legge n. 689 del 1981, aveva affermato che l'art. 3, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, disponendo che "in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere", contiene un principio di carattere generale, la cui inosservanza impedisce il verificarsi di preclusioni e decadenze, siccome una diversa interpretazione vanificherebbe, in sostanza, oltre alla portata precettiva della norma, l'esigenza di effettiva tutela del cittadino.

Tale orientamento si poneva implicitamente in contrasto con quell'altro, condiviso dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, che afferma la generale esclusione del potere delle parti e dei loro comportamenti (quali che essi siano) di incidere in qualsiasi modo sul decorso del termine decadenziale: per tutte, Cass. n. 2743 del 1996, ha affermato che la decadenza dall'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale è di ordine pubblico (artt. 2968 e 2969 cod. civ.), in quanto annoverabile fra quelle dettate a protezione dell'interesse pubblico alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici, ed è pertanto rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, col solo limite del giudicato, dovendosi escludere la possibilità, per l'ente previdenziale, di rinunciare alla decadenza stessa ovvero di impedirne l'efficacia riconoscendo il diritto ad essa soggetto. Il principio dell'irrelevanza del comportamento delle parti sul decorso del termine decadenziale è stato quindi ribadito da altre pronunce (Cass. nn. 13276 e 25670 del 2007) estendendolo a tutte le ipotesi di mancato rispetto dei termini procedurali ad opera delle parti, e quindi anche al caso del tardivo ricorso del privato, come anche del tardivo provvedimento della p.a. sulla domanda amministrativa.

Con riferimento specifico all'obbligo di indicare i gravami in caso di rigetto, si era espressa poi Cass. n. 25670 del 2007, che aveva affermato il principio, ora statuito dalle Sezioni Unite, con riferimento al silenzio rigetto, ossia al caso della mancata decisione a seguito dell'impugnazione amministrativa: secondo la decisione, l'obbligo di indicare i gravami che possono essere proposti, nonché i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria, sono prescritti, dal citato art. 47, solo nella comunicazione del provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, mentre nessuna disposizione impone, invece, all'Istituto di fornire analoghe indicazioni nel provvedimento di rigetto del ricorso amministrativo.

In tale sistema di precedenti giurisprudenziali si colloca la sentenza delle Sezioni Unite, n. 12718 del 2009, rv. 608222, che valorizza la funzione di certezza giuridica propria dell'istituto della

decadenza, affermando che il decorso del termine decadenziale determina il definitivo superamento di ogni questione sulla prestazione richiesta, sicché la condotta delle parti (ed in tale ambito la violazione, ad opera dell'ente previdenziale, di specifici obblighi comportamentali, al cui ambito sono riconducibili, in ultima analisi, l'obbligo di fornire all'assicurato le indicazioni prescritte dalla norma in esame) resta irrilevante sul piano previdenziale. La sentenza statuisce infatti che, in tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali, l'art. 47 citato, dopo avere enunciato due diverse decorrenze delle decadenze riguardanti dette prestazioni (dalla data della comunicazione della decisione del ricorso amministrativo o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della detta decisione), individua infine - nella "scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo" - la soglia di trecento giorni (risultante dalla somma del termine presuntivo di centoventi giorni dalla data di presentazione della richiesta di prestazione di cui all'art. 7 della legge 11 agosto 1973, n. 533 e di centottanta giorni, previsto dall'art. 46, commi quinto e sesto, della legge 9 marzo 1989, n. 88), oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo - pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria - non consente lo spostamento in avanti del *dies a quo* per l'inizio del computo del termine decadenziale (di tre anni o di un anno). Ne consegue che, al fine di impedirne qualsiasi sforamento in ragione della natura pubblica della decadenza regolata dall'anzidetto art. 47, il termine decorre, oltre che nel caso di mancanza di un provvedimento esplicito sulla domanda dell'assicurato, anche in quello di omissione delle indicazioni di cui al comma quinto del medesimo art. 47.

In linea con l'indirizzo interpretativo più recente, le Sezioni unite escludono oggi ogni possibile incidenza della violazione della norma sul decorso del termine decadenziale: a fondamento della decisione, le Sezioni unite sottolineano il carattere pubblicistico e l'indisponibilità della decadenza di che trattasi, nonché la correlata impossibilità delle parti del rapporto previdenziale di incidere con il loro comportamento, neppure omissivo, sul decorso del termine decadenziale.

Da ciò viene fatto derivare da un lato che il silenzio dell'amministrazione non può incidere sul decorso del termine decadenziale, ma anche che la mancata indicazione dei rimedi avverso il provvedimento dell'Amministrazione non può che essere del pari irrilevante.

Da ultimo, va rammentato che la Corte, con la sentenza n. 24628 del 2009, ha ribadito l'irrilevanza del comportamento delle parti ai fini del decorso del termine decadenziale, pur in assenza di provvedimento amministrativo sulla domanda presentata dal privato.