

CAPITOLO NONO

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Guido Vidiri

SOMMARIO: 1. Il ricorso per cassazione e rito del lavoro: l'assegnazione dei ricorsi alle sezioni. – 2. L'art. 376 c.p.c. tra *ius ligatoris* ed *ius constitutionis*. – 3. Corte di cassazione ed art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. – 4. Corte di cassazione ed art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c. – 5. Corte di cassazione e contratti collettivi nazionali di lavoro. – 6. Corte di cassazione, contratti collettivi ed artt. 360, 1° comma, n. 3 e 369, 2° comma, n. 4, c.p.c. – 7. Giudizio di legittimità, interpretazione delle c.d. clausole elastiche ed art. 360, 1° comma, nn. 3 e 5, c.p.c. – 8. Giudizio in cassazione ed art. 420 *bis* c.p.c. – 9. La nuova regolamentazione dei provvedimenti sulle spese del processo.

1. Il ricorso per cassazione e rito del lavoro: l'assegnazione dei ricorsi alle sezioni

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 11 agosto 1973, n. 533 si è evidenziato che la suddetta legge non conteneva altra norma riguardante il ricorso per cassazione, all'infuori dell'art. 19, che istituiva presso la Corte di cassazione una sezione incaricata esclusivamente della trattazione delle controversie in materia di lavoro (controversie individuali di lavoro e in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie), che giudicava con un numero invariato di cinque votanti. Si è altresì rilevato come la suddetta disposizione finisse per incidere sull'art. 376 c.p.c. e sull'art. 142 disp. att. c.p.c., nel senso che il primo presidente dovesse assegnare la trattazione dei ricorsi avverso le sentenze, pronunziate in controversie in materia di lavoro, soltanto alla sezione lavoro, alla quale non poteva assegnare ricorsi contro sentenze, pronunciate su controversie aventi altro oggetto, da ciò facendosi poi scaturire la conseguenza che ove nel ri-

corso fossero contenuti, insieme con motivi di competenza delle Sezioni Unite, motivi di competenza delle sezioni semplici, queste dovessero pronunciare con separata sentenza dopo la pronunzia delle Sezioni Unite ⁽¹⁾.

Dato il tempo trascorso per ripetuti interventi legislativi – e soprattutto per effetto della novella del 26 novembre 1990, n. 353 e più di recente del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e della legge 18 giugno 2009, n. 69 – la regolamentazione del processo – sotto molti versanti equiparabile ad un cantiere sempre aperto – ha subito numerose e rilevanti modifiche, anche con riferimento al ricorso per cassazione ed all'assegnazione della trattazione dei giudizi di legittimità; materia questa ultima che è stata da ultimo ridisegnata in più punti con la ricordata legge 18 giugno 2009, n. 69 ⁽²⁾.

Una delle esigenze maggiormente rimarcate negli ultimi tempi è stata di sicuro quella di deflazionare l'enorme contenzioso della Corte di cassazione, chiamata a decidere un numero di controversie che, per la sua crescita esponenziale, è suscettibile di incidere negativamente in termini qualitativi su di una risposta di giustizia che, per l'organo da cui proviene, è destinata comunque a fungere da referente per quanti operano nel mondo del diritto.

Proprio in considerazione di tale esigenza nella sua relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario del 2009 il Primo Presidente della Cassazione – nella condivisione dell'iniziativa governativa per l'introduzione di un « filtro » ai ricorsi davanti alla Suprema Corte, funzionalizzato ad un controllo preventivo sull'ammissibilità degli stessi – dichiarava: « Si tratta di una riforma fondamentale, che avrebbe un duplice importantissimo beneficio: – per la Corte stessa, non più oberata da questioni bagatel-

⁽¹⁾ Così: V. ANDRIOLI, in AA.Vv. (A. PROTO PISANI-G. PEZZANO-C.M. BARONE-V. ANDRIOLI), *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1974, p. 449.

⁽²⁾ Per i primi e già numerosi commenti sul nuovo processo in cassazione e sui diversi istituti regolati sulla legge n. 69 del 2009 vedi: G.F. RICCI, *La riforma del processo civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Torino, 2009, pp. 60-81; AA.Vv., in *La Giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, a cura di S. CHIARLONI, in *Giur. it.*, giugno 2009, c. 153 ss.; A. BRIGUGLIO, *Ecco il « filtro »!* (*L'ultima riforma del giudizio di cassazione*), in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1275 ss.; G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale?* (*Considerazioni minime di un giudice del lavoro*), in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, p. 505 ss. Da ultimo per un esame ad ampio spettro della novella del 2009 sui vari istituti processuali vedi: AA.Vv., *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. Ianniruberto-U. Morcavallo, II ed., Milano, 2010.

lari » – e per l'intero sistema Giustizia perché consentirebbe alla Corte « di concentrarsi ancora di più sul suo ruolo di "indirizzo", migliorando tempi dei processi e certezza degli indirizzi ».

La pronta concretizzazione della iniziativa governativa ha portato, dunque a ridisegnare attraverso la riscrittura dell'art. 376 c.p.c. l'assegnazione dei ricorsi ad « apposita sezione », con una procedura però complessa e per di più cadenzata su una molteplicità di fasi regolate da disposizioni improntate ad una tecnica legislativa non sempre ineccepibile.

Siffatta procedura di assegnazione dei ricorsi, alla stregua dell'art. 376 c.p.c., può essere sintetizzata – pur con le riserve derivanti da una carenza di chiarezza in più punti del dato normativo da molti denunciata – nei seguenti passaggi:

– il primo Presidente – tranne quando ricorrono le circostanze di cui all'art. 374 c.p.c. per cui i ricorsi vanno rimessi alle Sezioni Unite per la loro decisione ⁽³⁾ – assegna i restanti ricorsi ad « apposita sezione ». Detta Sezione, distinta da tutte le altre e composta, come scritto nel nuovo art. 67 *bis* del r.d. sull'ordinamento giudiziario, « di regola » da magistrati appartenenti a tutte le sezioni della Corte, è deputata ad un primo esame dei ricorsi ed ad una loro scrematura al fine di dichiarare (previa nomina ad opera del suo Presidente di un giudice relatore ed a seguito del deposito da parte di quest'ultimo di una relazione ed, ancora, della osservanza della procedura di cui al 2° comma dell'art. 380 *bis* c.p.c.) la immediata e definitiva chiusura con ordinanza dei processi ai sensi del-

(3) L'inammissibilità del ricorso *ex art.* 360 *bis* c.p.c. viene pronunciata con ordinanza – così come avviene per tutte le ipotesi previste dall'art. 375 c.p.c. – direttamente dalle Sezioni Unite in ogni caso in cui si prospetti una questione di giurisdizione atteso che a seguito della riscrittura dell'art. 142 disp. att. c.p.c. (per effetto dell'art. 19 del d.lgs. n. 40 del 2006) le suddette sezioni possono sulla base di un proprio potere discrezionale – ad esempio in ragione del principio della ragionevole durata del processo – decidere l'intero ricorso invece di allungarne i tempi di definizione facendo approdare il ricorso ad una sezione semplice (sembra condividere una siffatta opinione: G. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro*, in *Giustizia civile tra nuovissime riforme*, in *Giur. it.*, 2009, c. 1562). Per il rilievo che il sistema decisorio delle Sezioni unite non è assoggettato al filtro della nuova sezione speciale e che, pertanto, beneficerà di un solo rito camerale che, pur svolgendosi nelle forme del nuovo art. 380 *bis* c.p.c., deciderà di tutte le ipotesi previste dai nn. 1 a 5 dell'art. 375 c.p.c. vedi G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 77.

l'art. 375, 1° comma, nn. 1 e 5, nonché dell'art. 360 *bis* c.p.c.; norma questa ultima che deve fungere, per la suddetta sezione, da parametro delle fattispecie di inammissibilità in ragione del generale richiamo operato dal già citato art. 375, n. 1 alla « inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto » ⁽⁴⁾;

– nel caso in cui non sia stato possibile decidere con immediatezza il ricorso perché ritenuto ammissibile e non manifestamente fondato o infondato, il Collegio della « apposita sezione » rimette gli atti al primo Presidente, che procede all'assegnazione del ricorso ad una sezione semplice, il cui Presidente a sua volta designa ai sensi dell'art. 377, 1° comma, ultimo periodo, c.p.c. il giudice relatore; questi – che non può essere colui che in precedenza è stato relatore nella « apposita sezione », per essere già intervenuto in una fase del processo con un suo provvedimento che in qualche misura incide sulla sua definizione ⁽⁵⁾ – deposita, quando appaiono ricorrere le ipotesi previste dall'art. 375, 1° comma, nn. 2 e 3, in cancelleria altra « relazione con la concisa esposizione dei motivi in base ai quali ritiene che il ricorso possa essere deciso in camera di consiglio », mentre nel caso in cui non ricorrono le suddette ipotesi « la Corte rinvia la causa alla pubblica udienza » (art. 380 *bis*, 3° e 4° comma, c.p.c.);

– la lettera del combinato disposto dell'art. 375 c.p.c. e dell'art. 380 *bis*, 1° e 3° comma, c.p.c. – ed il principio dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo e non da ultimo la necessità che non si configurino sin dalla fase iniziale del processo in cassazione provvedimenti contrastanti emessi in camera di consiglio con consequenziali e non encomiabili incertezze – portano ad affermare che il relatore nominato dal presidente della sezione semplice è vincolato dalle conclusioni del primo relatore e dalla declaratoria della « apposita sezione » di ammissibilità del ricorso, e che la sezione filtro potrà chiudere il processo, come detto, in camera di consiglio oltre che nel caso del n. 1 dell'art. 375 c.p.c. anche in quello del n. 5, sempre però che in quest'ultima ipotesi

⁽⁴⁾ In questi termini vedi: G. COSTANTINO, *op. loc. cit.* Più in generale sull'esegesi dell'art. 360 *bis* c.p.c. (intitolato alla inammissibilità del ricorso) e sul filtro al giudizio di cassazione nel quadro dei poteri di decisione della Corte di Cassazione vedi. P. VITTORIA, *Il filtro per l'accesso al giudizio di legittimità*, in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, II ed., cit., p. 142 ss.

⁽⁵⁾ *Contra* però: G. COSTANTINO, *op. loc. cit.*

non si debba provvedere in ragione del disposto dell'art. 375, n. 2, c.p.c. alla integrazione del contraddittorio o sempre che non debba essere eseguita la notificazione dell'impugnazione a norma dell'art. 332 c.p.c. ovvero che la notificazione non debba essere rinnovata. In tali eventualità infatti si dovranno rinviare gli atti al primo presidente che dovrà passare il ricorso alla sezioni semplici per disporre i suddetti adempimenti e per poi provvedere di conseguenza ai sensi del n. 5 dell'art. 375 c.p.c. ⁽⁶⁾.

Va rilevato in un siffatto assetto ordinamentale che la norma dell'art. 142 disp. att. nel testo modificato dalla novella del 2006 – consentendo alle Sezioni Unite, competenti sul motivo attinente alla giurisdizione, di decidere anche sugli altri motivi contenuti nel ricorso per cassazione – può tradursi in relazione alle controversie in materia di lavoro in una elusione di fatto delle ragioni poste a base della istituzione presso la Corte di cassazione di una Sezione competente a trattare in via esclusiva le suddette controversie. E ciò dovrebbe portare – nel rispetto del disposto del già citato art. 19 della legge n. 533 del 1973 e del principio del giudice naturale – ad escludere che le sezioni Unite possano decidere anche nel merito le controversie sul lavoro. A tale conclusione sembra indurre la lettera dell'art. 142 disp. att. che, con lo statuire che la trattazione unitaria di tutti i motivi del ricorso è consentita solo allorquando ciò appaia « opportuno », non può trovare applicazione nei i casi in cui la decisione dell'intero ricorso finisca per tradursi in una lesione di una norma di legge, non potendo in tale lesione individuarsi di certo una ragione di « opportunità » ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Cfr. Sul punto G.F. RICCI, *La riforma del processo*, cit., pp. 75-76, che rileva al riguardo come le decisioni di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza costituiscano pronunzie che presuppongono la completa partecipazione al giudizio di tutte le parti a cui il diritto si riferisce.

⁽⁷⁾ Per un esame approfondito del disposto dell'art. 142 disp. att. c.p.c. vedi da ultimo: F. CIPRIANI, in AA.VV., *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura dello stesso F. CIPRIANI, Padova, 2009, *sub* art. 142 disp. att., p. 506 ss. che – dopo avere evidenziato come a seguito della riforma ad opera della novella del 2006 sia stata in materia di giurisdizione, attraverso il combinato disposto della suddetta norma di attuazione e dell'art. 374 c.p.c., soppressa – al di fuori dei ricorsi proposti avverso le decisioni del Consiglio di Stato o della Corte dei conti – la competenza esclusiva delle Sezioni Unite sulla questione di giurisdizione, e dopo avere altresì rimarcato come le suddette Sezioni Unite abbiano ora la possibilità, con ricadute favorevoli sulla durata del processo, decidere anche gli altri motivi contenuti nel ricorso per cassazione – osserva però criticamente come, a segui-

2. L'art. 376 c.p.c. tra *ius litigatoris* ed *ius constitutionis*

Come si evince da quanto ora detto la procedura di assegnazione dei ricorsi si sviluppa attraverso percorsi articolati e complessi che inducono a condividere l'assunto critico di chi osserva che se proprio si voleva creare una apposita sezione ai fini di una opportuna « scrematura » del contenzioso – e per il cui funzionamento occorre in ogni caso sottrarre forze alle sezioni semplici – le si dovevano attribuire contemporaneamente tutti i compiti previsti dai nn. 1 a 5 dell'art. 375 c.p.c. in modo da evitare ogni duplicazione del rito camerale ⁽⁸⁾.

Per di più l'art. 376 c.p.c. fa sorgere dubbi di costituzionalità sul versante dell'art. 111, 2° comma, Cost., qualora si dovesse ritenere nella scia di un indirizzo dottrinario che, dopo l'esame della apposita sezione-filtro sull'inammissibilità del ricorso, ben può la sezione semplice rivisitare il medesimo profilo di inammissibilità già in precedenza valutato, perché tutto ciò importerebbe un ingiustificato e costituzionalmente inaccettabile spreco di attività processuale ⁽⁹⁾.

Su un diverso versante e con specifico riferimento al disposto ed alla portata dell'art. 360 *bis* c.p.c. – dopo essersi affermato che la funzione della Corte di cassazione, oltre che nell'assicurare « l'esatta osservanza della legge » (nel che sta il suo precipuo compito della tutela dello *ius li-*

to della più recente riforma del 2009, un ricorso avente ad oggetto non solo motivi, come la giurisdizione, di competenza delle Sezioni Unite possa ora essere esaminato in ragione del disposto dell'art. 376 c.p.c. da tre differenti sezioni: prima le Sezioni Unite investite direttamente dal primo presidente; poi, qualora le Sezioni Unite non decidessero tutto il ricorso, l'« apposita sezione »; e, infine, qualora neppure questa definisse il giudizio, la sezione semplice cui il primo presidente abbia assegnato gli atti ai sensi dell'art. 376, 1° comma, parte seconda. Ne consegue – aggiunge testualmente l'autore – che « chi, come me, aveva segnalato la non esaltante realtà dei ricorsi per cassazione decisi con due sentenze *ex art.* 142 disp. att. c.p.c., si ritrova ora a dovere prendere spiacevolmente atto che certe assurdità, lungi dall'essere eliminate, sono state riproposte ed esasperate » (p. 521).

⁽⁸⁾ In tali termini cfr.: G.F. RICCI, *La riforma del processo*, cit., p. 77, che dopo avere definito il descritto meccanismo come « decisamente negativo » prevede che lo stesso risulterà foriero di un sovraccarico di lavoro della Corte sì da pervenire ad una soluzione opposta a quello che il legislatore si era prefissato, che era quello di deflazionare il carico della cassazione.

⁽⁹⁾ Su tale assunto e su diversi dubbi in termini di costituzionalità scaturenti dalla recente riforma vedi *amplius*: A. CARRATTA, *Il « filtro » al ricorso per cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, c. 1565 ss.

tigatoris), si realizza anche con il garantire l'« interpretazione uniforme » e « l'unità del diritto oggettivo nazionale » – si è rilevato che tutto ciò suona chiaramente, in ragione dell'origine del codice di rito del 1942, come proclama di uno stato etico che ha un suo diritto da conservare, al quale i giudici di merito devono ora conformarsi e del cui ossequio la Suprema Corte deve farsi garante sicché in tale ottica il giudice di merito finirebbe per essere ridotto « alla sterile figura del funzionario burocrate, tenuto ad attenersi alle direttive del massimo organo giudiziario e privato di qualsiasi capacità creativa » ⁽¹⁰⁾.

E in un siffatto approccio critico con riguardo specificamente alla lettera dell'art. 360 *bis* c.p.c. – laddove afferma che il ricorso è inammissibile quando 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 delle stessa – si è detto che « probabilmente » la suddetta norma può volere significare: *a*) che se la questione di diritto è stata decisa in senso *conforme* all'orientamento della Corte il ricorso per essere ammissibile deve fornire elementi idonei a « mutare » detto orientamento; *b*) che, invece, se la questione di diritto è stata decisa in maniera *difforme* dall'orientamento della Corte il ricorso per essere ammissibile deve fornire elementi idonei a riportare la decisione della questione nell'ambito dell'orientamento della Corte, e quindi offrire elementi atti a « confermare » tale orientamento ⁽¹¹⁾.

Sulle indicate premesse la mancata predeterminazione dei criteri ai quali deve attenersi la « sezione filtro » ha fatto sorgere dubbi di costituzionalità con riferimento: al disposto dell'art. 111, 7° comma, per rimettere alla valutazione discrezionale del Collegio la scelta se emettere o me-

⁽¹⁰⁾ Così G.F. RICCI, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁽¹¹⁾ In tali termini: G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 68. Per l'assunto che con la disciplina del 2009 la ricevibilità del ricorso è affidata alla presenza di clausole oggettive, nella sostanza riconducibili alla circostanza che il ricorso non si presenti in contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte o, quando un tale contrasto vi sia, non proponga al riguardo di tale giurisprudenza un ragionamento critico che almeno al primo vaglio appaia plausibile vedi: P. VITTORIA, *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRUGLIO e B. CAPPONI, Padova, 2009, pp. 240-241, secondo cui dipenderà da come la Cassazione intenderà il rapporto da instaurare tra precedente e necessità evolutive della giurisprudenza, se l'applicazione del filtro darà il risultato di condurre nel tempo ad una radicale diminuzione dei ricorsi che le sono oggi rivolti.

no una decisione nel merito del ricorso; all'art. 3 Cost. per consentire alla suddetta sezione di valutare in maniera differente situazioni identiche con violazione quindi del principio di uguaglianza; all'art. 111, 1° comma, Cost. per non essere i criteri di valutazione predeterminati dal legislatore ma rimessi al « fai da te » del Collegio decidente.

Per di più un eccessivo tasso di discrezionalità in capo alla « apposita sezione » si è ravvisato anche nella valutazione di apparente infondatezza della censura relativa alla violazione dei « principi regolatori del giusto processo » perché il catalogo di detti « principi », non è predeterminato a livello legislativo, ma è solo in parte ricavabile dal dettato costituzionale ⁽¹²⁾.

Ed al fine di attestare la netta propensione a preferire sullo *ius constitutionis* lo *ius litigatoris* si è anche rammentato come in un sistema nel quale non ha cittadinanza lo *stare decisis* e nel quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge, il precedente ha una efficacia meramente persuasiva e può averla se riguarda l'effettiva *ratio decidendi* e non anche se costituisce un *obiter dictum* o un principio affermato nell'interesse della legge, osservandosi così che una prudente interpretazione della nuova normativa, della quale indubbiamente l'attuale cassazione è capace, potrebbe salvarla dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 111, 7° comma, Cost. impedendo il rischio della trasformazione del giudizio di legittimità in un giudizio arbitrario ⁽¹³⁾.

Ma al di là dell'esame sulla consistenza delle indicate critiche, risulta invece difficilmente contestabile che il riconoscere per ogni tipo di controversia alla apposita Sezione ex art. 376 c.p.c. la verifica per la sussi-

⁽¹²⁾ Sul punto vedi: A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 1566. Sulla portata applicativa dei principi del giusto processo – da configurarsi come quello che si svolge secondo le garanzie del contraddittorio, della parità delle parti e della terzietà ed imparzialità del giudice e che abbia una durata ragionevole garantita dalla legge – e sulle ricadute della violazione di tali principi sugli atti processuali di gestione del processo vedi da ultimo: G. VIDIRI, *Le nullità processuali e il giusto processo*, in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, cit., p. 303 ss.

⁽¹³⁾ Per tali considerazioni vedi: G. COSTANTINO, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 1563, il quale ricorda anche che in un assetto ordinamentale in cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge il precedente frutto della effettiva decisione di una controversia indica che, molto probabilmente, controversie analoghe saranno decise nello stesso modo mentre il principio affermato nell'interesse della legge, come l'*obiter dictum*, è una opinione autorevole, ma proprio perché resa in astratto e non in riferimento ad una specifica controversia, ha una efficacia diversa dal precedente o non ne ha affatto.

stenza dei presupposti di una pronunzia in camera di consiglio anche in relazione al disposto dell'art. 375, 1° comma, n. 5, c.p.c. unita alla possibilità che – in ragione del dettato dell'art. 67 *bis* r.d. n. 12 del 1941 – il Collegio non includa al suo interno neanche un componente della Sezione lavoro configura un *vulnus* alla lettera nonché alla *ratio* dell'art. 19 della legge n. 533 del 1973, che ha istituito presso la Corte di cassazione una sezione che, incaricata « esclusivamente » della trattazione in materia di controversie individuali di lavoro (e di previdenza ed assistenza obbligatorie), potrebbe ora vedersi spogliata in maniera definitiva ed irreversibile della funzione ad essa sola devoluta di esaminare nel merito tali controversie. E tutto ciò in un contesto di regolamentazione del ricorso per cassazione che ha visto, con il d.lgs. n. 40 del 2006, l'espresso riconoscimento della specialità – con la conseguenziale ricaduta in termini processuali – della materia del lavoro soprattutto attraverso l'istituto dell'accertamento pregiudiziale *ex* art. 420 *bis* c.p.c., e la riscrittura degli artt. art. 360, 1° comma, n. 3, 366, 1° comma, n. 6 nonché dell'art. 369, 2° comma, n. 4, c.p.c.

È inoltre ugualmente innegabile il pericolo che la sezione-filtro – investita nella sua delicatissima funzione di compiti di particolare incisività sull'esito delle controversie dell'intero contenzioso – possa ergersi ad organo se non unico ma, di certo, il più influente nei compiti di custode della funzione nomofilattica della Corte di cassazione sino a sovrapporsi alle stesse Sezioni Unite; ed è infine, anche difficilmente confutabile l'eventualità che si presentino rischi di corti circuiti e di rimbalzi interni, che finirebbero per aggravare, anziché alleggerire, gli impegni della cassazione ⁽¹⁴⁾.

3. Corte di cassazione ed art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c.

Si è detto che il punto focale più controverso della recente legge n. 69 del 2009 è la soppressione del quesito di diritto di cui all'art. 366 *bis* c.p.c. ⁽¹⁵⁾, la cui spiccata funzione deflattiva è stata sostituita con una

⁽¹⁴⁾ In questi termini vedi: C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, pp. 75-77.

⁽¹⁵⁾ Sulle aspettative che la formulazione del quesito di diritto *ex* art. 366 *bis* c.p.c., ora abrogato, aveva creato come strumento volto, da un lato, a promuovere l'impiego di

nuova norma collocata all'esordio della disciplina del giudizio di cassazione, e cioè con 360 *bis* c.p.c., oggetto ora di vivace dibattito sviluppatosi, come si è visto, anche sui dubbi di costituzionalità che la sua lettura ha fatto sorgere nonché sulla scarsa e modesta potenzialità ed efficacia che a tale nuovo assetto normativo si accompagna, tanto che della disposizione scrutinata si è preferito patrocinare una interpretazione di tipo più rassicurante ritenendola soltanto un primo esperimento sul piano di una prescrizione con « valenza altamente simbolica », capace di « scremare » soltanto i ricorsi manifestamente inammissibili e manifestamente infondati ⁽¹⁶⁾.

L'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. stabilisce che il ricorso è inammissibile quando 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.

È stato rilevato che, in mancanza di specificazioni, deve ritenersi inammissibile il ricorso quando i principi su cui esso si fonda siano contrari – oltre che ai pronunziati delle Sezioni Unite – anche ai *dicta* delle sezioni semplici ⁽¹⁷⁾. Ma a ben vedere il ricorso deve essere dichiarato inammissibile pure allorquando ad un iniziale indirizzo giurisprudenziale ne sia seguito uno diverso, perdurante nel tempo e fondato su un mo-

una migliore tecnica forense nella redazione del ricorso per cassazione ed a renderne più agevole la lettura del ricorso – al fine di una pronta identificazione delle questioni da risolvere e di accelerazione dei tempi della giustizia – e, dall'altro, a fornire uno stimolo capace di potenziare l'attività di formazione ed aggiornamento professionale degli avvocati, vedi per tutti: R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1387 s.

⁽¹⁶⁾ Sul punto vedi *amplius*: C. CONSOLO, *Una buona novella al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 740, che precisa di condividere una siffatta interpretazione della nuova disposizione sempre che si dispongano sin dall'inizio dei protocolli applicativi concordati così da sterilizzare in partenza la tentazione di avvicinare questa previsione che in qualche misura ricorda quella oligarchica e francamente inaccettabile del processo inglese del *leave* (oggi, dopo la riforma Woolf, chiamato più pudicamente *permission*, ma pur sempre ammantato di qualche autoritarismo opportunistico)

⁽¹⁷⁾ Per l'opinione secondo cui la giurisprudenza della Corte possa identificarsi anche in quella delle sezioni semplici ai fini della declaratoria di inammissibilità *ex* art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. vedi: R. GIORDANO, *Giudizio di cassazione*, in C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile (dal 2005 al 2009)*, in *Supplemento al n. 6/09 di Giust. civ.*, c. 76.

dificato contesto normativo o, ancora, allorquando a fronte di più decisioni conformi e fondate su un concorde ed articolato *iter* argomentativo, si riscontri qualche isolata e non sufficientemente motivata decisione contraria. E nell'opera di compiutamente delimitare l'ambito operativo della citata disposizione si è rimarcato anche come essa addossi alla « apposita sezione » *ex art.* 376 c.p.c. una difficile opera selettiva tra i diversi arresti giurisprudenziali al fine di individuare tra essi quelli capaci di fungere da parametri valutativi; il che presuppone un preventivo esame dei pregressi indirizzi che, oltre al dato numerico, deve tenere in non secondaria considerazione la chiarezza dei pronunziati, l'articolazione delle ragioni fondanti e la correttezza sul versante logico-giuridico del supporto motivazionale; elementi tutti questi capaci di fare assurgere a parametro di riferimento per l'ammissibilità del ricorso anche un solo precedente persuasivo ed autorevole in forza delle ragioni che lo sorreggono⁽¹⁸⁾.

E nella stessa direzione si è anche precisato che corollario implicito, quanto ovvio, della regola espressa dall'art. 360 *bis*, n. 1 è che « a terreno vergine » – è cioè dove la sentenza impugnata, nella parte investita dal ricorso, risolva esplicitamente o implicitamente una o più *questiones iuris* nuove o comunque non affrontate dalla giurisprudenza della Suprema Corte – il ricorso è da considerarsi senz'altro ammissibile (con successiva rimessione alle Sezioni Unite ove la « questione di massima » sia « di particolare importanza ») perché per definizione non potrà riscontrarsi un parametro di inammissibilità, che venga costruito sulla conformità fra sentenza impugnata e pregressa giurisprudenza⁽¹⁹⁾.

L'esame sulle recenti innovazioni di cui alla legge n. 69 del 2009

⁽¹⁸⁾ In questi sensi: G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia*, cit., p. 525 e nota 38, secondo cui il rilievo che vengono ad assumere nei *dicta* giurisprudenziali i motivi posti a fondamento degli stessi emerge indirettamente dal testo del n. 1 dell'art. 360 *bis* c.p.c. che, con l'espressione di cui alla parte finale della disposizione (« se ... l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa »), mostra di volere consentire l'ammissibilità dei ricorsi anche nel caso in cui i motivi che li sorreggono siano volti a confermare la giurisprudenza della Corte di cassazione perché devono valere anche in tali ipotesi le medesime esigenze di rafforzamento dei compiti nomofilatici della Corte di cassazione, che stanno alla base dell'art. 363 c.p.c. e che giustificano l'enunciazione del principio di diritto.

⁽¹⁹⁾ In questi precisi termini: A. BRIGUGLIO, *Ecco il « Filtro »!*, cit., p. 1284.

ed, in primo luogo, sulla norma ora scrutinata ha indotto al condivisibile rilievo che oggi « nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina ed alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo, e quindi un ruolo produttivo di regole giuridiche » ⁽²⁰⁾. E nella stessa direzione si è anche osservato che l'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. – oltre a configurarsi come norma con finalità indubbiamente nomofilattica – è destinato a produrre sostanziali modifiche capaci di caratterizzare l'intero assetto ordinamentale del nostro processo in modo radicalmente differenziato rispetto al passato, costituendo un passaggio definitivo del graduale e consistente avvicinamento – sia per quanto riguarda il processo ordinario che quello del lavoro – ai sistemi del *common law* perché la suddetta norma conferma l'opinione diffusa che il codice di rito non è più fonte esclusiva della disciplina processuale, in larga misura ora devoluta ai pronunziati della Corte di cassazione ⁽²¹⁾.

Del resto, la lettura di diverse disposizioni della novella del 2009 dimostra come il legislatore, nell'introdurre alcune disposizioni capaci di incidere in modo significativo su punti nodali del processo, abbia in alcuni casi tradotto in termini quasi ripetitivi i *dicta giurisprudenziali*, come è avvenuto con il 3° comma dell'art. 345 c.p.c. nella parte in cui regola la produzione di nuovi documenti in sede di appello ⁽²²⁾. In altri casi la citata novella ha invece finito per codificare principi, oggetto di numerosi

⁽²⁰⁾ In tali termini: P. GROSSI, *Il diritto tra potere ed ordinamento*, Napoli, 2005, pp. 53-54 e, per considerazioni analoghe, G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in *Lezioni magistrali*, collana diretta da F. DE SANCTIS e F. FICHERA, Napoli, 2007, pp. 33-34, che evidenzia come la centralità della giurisprudenza sia fenomeno di tale ampiezza e profondità da travalicare ormai da tempo i confini istituzionalizzati sempre più angusti degli ordinamenti nazionali, per investire, entro una rete di rapporti reciproci per lo più ancora informali, svariati ambiti ordinamentali, dal diritto interno al diritto comunitario, al diritto internazionale, a quello transnazionale.

⁽²¹⁾ In questi termini: G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia*, cit., pp. 520-521.

⁽²²⁾ Al riguardo cfr.: Cass., Sez. Un., 20 aprile 2005, n. 8203, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1051, con nota di B. CAVALLONE, *Anche i documenti sono « mezzi di prova » agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, ed in *Giur. it.*, 2005, c. 2315, con nota di L. LOMBARDO, *La produzione di nuovi documenti nel giudizio civile di appello: la pronuncia delle Sezioni unite 20 aprile 2005, n. 8203 e i problemi ancora aperti nell'interpretazione dell'art. 345, comma 3, c.p.c.*

pronunziati dei giudici di legittimità, quale quello di non contestazione con il 1° comma dell'art. 115 c.p.c. ⁽²³⁾, nonché quello della *traslatio iu-*

⁽²³⁾ Il 1° comma dell'art. 115 c.p.c. – la cui *ratio* può ravvisarsi nel perseguimento del principio dell'economia processuale attraverso uno snellimento dell'istruttoria ed un *iter* processuale volto a chiarire sin dall'inizio della controversia il *thema decidendum* – non è certo destinato a rimanere senza impatto nella prassi forense, perché impone agli avvocati di contestare in modo specifico i fatti di controparte al fine di evitare che gli stessi possano ritenersi pacifici e, quindi, non abbisognevole di prova e possano, quindi, come tali essere posti a fondamento della decisione.

Nel delimitare, poi, l'ambito applicativo della nuova disposizione può farsi riferimento agli approdi della giurisprudenza di legittimità, perché – come si è osservato – il recente legislatore ha positivamente la più rigorosa concezione del principio di non contestazione suffragato, appunto, dalla suddetta giurisprudenza (così: C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *Le disposizioni generali*, in *La riforma del processo civile*, cit., p. 20).

È opportuno, quindi, il richiamo, tra le tante pronunzie in argomento, a Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 761 (che si legge in *Foro it.*, 2002, I, c. 2019, con nota di M.C. CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, ed *ivi*, 2003, I, p. 604, con nota di A. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, cui *adde* negli stessi sensi Cass., 22 dicembre 2005, n. 28381 e Cass., 8, agosto 2003, n. 12010), che distingue a seconda che la contestazione riguardi fatti giuridici costitutivi della fattispecie non conoscibili d'ufficio ovvero mere circostanze dalle quali può soltanto desumersi l'esistenza di codesti fatti, perché mentre nel primo caso la mancata contestazione rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea incompatibile con la negazione del fatto con conseguente inutilità di provarlo perché non controverso, nel secondo caso il comportamento della parte può essere utilizzato dal giudice come argomento di prova *ex art.* 116, 2° comma, c.p.c.

Ed è utile al riguardo anche il richiamo a: Cass., Sez. Un., 17 giugno 2005, n. 11353 (in *Foro it.*, 2005, I, c. 1135 con nota di E. FABIANI, *Le Sezioni Unite intervengono sui poteri d'ufficio del giudice del lavoro*, ed in *Giur. it.*, 2005, I, 1, c. 322 nonché a Cass., 14 giugno 2007, n. 13878, in *Guida al diritto*, 2007, n. 35, p. 67, che più di recente ha precisato come la mancata contestazione da parte del convenuto può sortire gli effetti in precedenza indicati allorquando i dati fattuali – interessanti sotto diversi profili la domanda attrice – siano tutti esplicitati in modo esaustivo in ricorso, non potendosi considerare dimostrato per effetto della mancata contestazione ciò che non è stato detto anche perché il rito del lavoro – ma lo stesso deve potersi affermare anche per il rito ordinario – si caratterizza per una circolarità tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova con la conseguenziale impossibilità di contestare o richiedere la prova, oltre i termini preclusivi stabiliti dal codice, su fatti non allegati (o su circostanze) che pur configurandosi come presupposti o elementi condizionanti il diritto azionato, non siano stati esplicitati in modo espresso e specifico nel ricorso introduttivo.

Nello stesso tempo non può sottacersi che molte problematiche relative al principio di non contestazione non hanno trovato approdi dottrinari definitivi, come ad esempio la

dicii con l'art. 59 della legge n. 69 del 2009, pur lasciando ancora insolute numerose problematiche ⁽²⁴⁾.

tematica attinente al principio dei limiti della irreversibilità della non contestazione del « fatto costitutivo del diritto »; principio che è stato ricollegato per quanto attiene al rito del lavoro con la struttura del processo modellato per consentire che all'udienza *ex art.* 420 c.p.c. si possa giungere, con la definizione del *thema decidendum* e delle rispettive richieste istruttorie, anche alla definizione della lite (così in motivazione: Cass., Sez. Un., 17 giugno 2005, n. 11353, cit.)

⁽²⁴⁾ Sulla *traslatio iudicii* cfr. in giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1010, con nota di R. ORIANI, *È possibile la « translatio iudicii » nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, cui *adde* in argomento Corte cost., 5 marzo 2007, n. 77, pubblicata in G.U. del 14 marzo 2007, n. 11.

Nella interpretazione dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009, il 2° comma è destinato a creare maggiori incertezze per essere non di agevole lettura. Tale disposizione statuisce che – se entro il termine perentorio di tre mesi dal « passaggio in giudicato della pronunzia » di cui al comma precedente la domanda è riproposta al giudice indicato in tale pronunzia, nel successivo processo – le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti « salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito sin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute ».

In estrema sintesi a seguito di una interpretazione logico-sistematica della norma scrutinata può affermarsi tra l'altro che:

1) l'avvenuta riassunzione del processo equivale da parte di chi l'effettua alla rinunzia ad impugnare la sentenza che declina la giurisdizione (cfr.: F. AULETTA, *Decisione delle questioni di giurisdizione e discipline transitorie*, in AA.Vv., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 112);

2) la proposizione della impugnazione « interrompe i termini in corso » per la riassunzione che avvenga a cura della parte che ha proposto gravame, e sospende il procedimento riassunto, se la riassunzione è già avvenuta a cura dell'altra parte, sicché sembra qui ricorrere l'evenienza di altro giudice che « deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa », con conseguenziale applicazione dello strumento dell'art. 295 c.p.c., ritenuto « adatto in generale al coordinamento degli esiti della giustizia dei vari plessi di giudici ma sperimentato in particolare con riguardo ai diversi gradi della litispendenza » (così F. AULETTA, *op. cit.*, p. 113);

3) in caso di tempestiva riassunzione della causa sono fatti salvi tutti gli « effetti sostanziali e processuali della domanda » come se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito sin da principio, sicché l'atto introduttivo mantiene i suoi effetti sul piano processuale al fine, ad esempio, di fissare il momento determinante della giurisdizione o sul versante sostanziale per evitare le decadenze, compresa quella attinente al diritto di impugnazione, con conseguenze per molti versi analoghi a quelli riscontra-

Ed ancora, in una direzione sempre ricostruttiva delle causali di significative disposizioni della suddetta novella, è doveroso il riferimento alla nuova regolamentazione della spese del giudizio (art. 91, 1° comma; art. 96, 3° comma), non potendosi considerare ad essa estranei gli arresti dei giudici di legittimità sull'abuso del processo, che hanno portato al riconoscimento della meritevolezza dell'interesse delle parti in ragione della strumentalità fra diritto sostanziale e processo e, per l'effetto, hanno condotto a sanzionare condotte sleali e lesive delle regole di correttezza e buona fede ⁽²⁵⁾, assegnando a tali regole all'interno del processo una

bili in sede di riassunzione della causa *ex* art. 50 c.p.c. (ed ancora per altri effetti estensibili anche alla riassunzione in esame vedi, ad esempio: Cass., 4 aprile 2008, n. 8805 e Cass., 5 ottobre 1998, n. 9890, che nel quadro della unitarietà del processo riassunto con quello svoltosi dinanzi al giudice incompetente, hanno escluso la necessità di una nuova procura alle liti ai fini della riassunzione del giudizio, cui *adde*: Cass., 12 gennaio 1999, n. 258, secondo cui non incorre nel vizio di « ultra » o « extrapetizione » il giudice che, adito in riassunzione, abbia pronunciato su tutta la domanda già proposta innanzi al giudice dichiaratosi incompetente e non sulle sole diverse conclusioni formulate nell'atto di riassunzione perché in caso di riassunzione il processo continua a norma dell'art. 50 c.p.c.; e, da ultimo: Cass., 19 febbraio 2009, n. 4065, che ribadisce ancora una volta come la riassunzione *ex* art. 50 c.p.c. determini la prosecuzione del giudizio nello stato in cui esso si trovava prima della dichiarazione di incompetenza);

4) in ipotesi di riproposizione della domanda davanti al giudice munito di giurisdizione, le prove raccolte nel processo davanti al giudice *de quo* possono essere valutate come argomenti di prova in linea con l'opinione di quella dottrina che predicava, con riferimento al disposto dell'art. 50 c.p.c., la semplice efficacia di argomenti di prova o di presunzioni (in questi termini: C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *Le disposizioni generali*, cit., p. 7).

⁽²⁵⁾ Ha statuito al riguardo Cass., 11 giugno 2008, n. 15476 che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo; negli stessi sensi: Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Giust. civ.*, 2008, I, c. 2807, con nota di V. FICO, *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*, ed in *Foro it.*, 2008, I, c. 1514, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*.

Per un completo esame delle diverse problematiche relative alle spese del giudizio e

forza cogente analoga a quella attribuita dal codice civile alle disposizioni degli artt. 1175 e 1375 c.c. ⁽²⁶⁾.

Quanto ora detto induce a concludere che nella evoluzione del processo hanno dato un impulso di particolare incisività la legge 11 agosto 1973, n. 533 sul rito del lavoro ed i pronunziati del giudice del lavoro su significative disposizioni di tale legge. Non può infatti ad esempio negarsi che il nascere del c.d. principio di non contestazione vada individuato nel 3° comma dell'art. 416 c.p.c., trovando prime e significative conferme in altre successive disposizioni sempre in materia di processo del lavoro, come quella dell'art. 186 *bis*, 1° comma, c.p.c. ⁽²⁷⁾; né ugualmente può dubitarsi che alla determinazione dell'ambito di operatività della ora esaminata regola ha attivamente contribuito la giurisprudenza dei giudi-

sulla *ratio* sottesa alle numerose modifiche apportate dalla novella del 2009 agli artt. 91, 92 e 96 c.p.c. vedi da ultimo in dottrina: G. SETTIMI, *La disciplina delle spese*, in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, cit., p. 543 ss.

⁽²⁶⁾ Per un completo e meditato *excursus* sulle conseguenze a livello negoziale del principio di buona fede e per interessanti spunti ricostruttivi delle ricadute in termini di risarcimento danni o di invalidità (nullità o annullabilità) del negozio in caso di sua violazione, vedi da ultimo: A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 435 ss.

⁽²⁷⁾ Sul principio di non contestazione vedi tra i numerosi studi in materia: S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, c. 111 ss. Più di recente ancora sulla portata dell'art. 115, 1° comma, c.p.c. – come modificato dall'art. 45, 17° comma, della legge n. 69 del 2009 – vedi: G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., pp. 39-42, il quale rileva tra l'altro che nella misura in cui nella norma è stato inserito il disposto per cui la prova dei fatti può ricavarsi dalla mancata contestazione specifica degli stessi, è giocoforza ritenere che ove la parte abbia taciuto o li abbia contestati genericamente, questi fatti si debbano avere autenticamente per provati. Il che – aggiunge l'Autore – significa porre a carico della parte un onere specifico di contestare dettagliatamente ogni circostanza dedotta dall'avversario e tutto ciò equivale a fondare appunto un generale principio di non contestazione per cui la circostanza che la contestazione non avvenga solleva automaticamente l'avversario dalla prova del fatto (p. 42).

In argomento vedi pure G. BALENA, in G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile (Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009)*, sub art. 115 c.p.c., Torino, 2009, p. 34, secondo cui facendo riferimento alla « parte costituita » la norma codicistica non può applicarsi al contumace perché « il comportamento di chi, pur partecipando attivamente al processo, non contesta determinati fatti è molto più significativo, quanto alla verità dei fatti medesimi, della stessa mancata costituzione ».

ci del lavoro, che ha più volte rimarcato la necessità del convenuto di prendere posizione alla stregua del disposto dell'art. 416, 3° comma, c.p.c. « in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione », operando in tal modo una scelta volta a privilegiare un vincolo di maggiore incisività della condotta processuale della parte convenuta rispetto a quello derivante dalla lettura dell'art. 167, 1° comma, c.p.c. ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Così: Cass., 8 gennaio 2003, n. 85 secondo cui nel rito del lavoro la contestazione dei conteggi su cui si fonda la domanda attrice deve essere effettuata nella memoria di costituzione *ex* art. 416 c.p.c., ed assume rilievo solo quando non sia generica, ma involga specifiche circostanze di fatto suscettibili di dimostrare la non congruità e la non rispondenza al vero di tali conteggi, circostanze che devono risultare dagli atti o essere successivamente provate; ed ancora per l'estensione di tale principio e, quindi, per la specificità della contestazione anche nel processo tributario: Cass., 12 novembre 2004, n. 21512 nonché Cass., 5 novembre 2004, n. 21209, in *Arch. locazioni e cond.*, 2005, p. 35, secondo cui in tale processo l'obbligo dell'amministrazione di prendere posizione sui fatti dedotti dal contribuente è ancora più forte di quello che grava sul convenuto nel rito ordinario, in quanto le disposizioni degli artt. 18 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e 6 della legge 27 luglio 2000, n. 212, secondo le quali il responsabile del procedimento deve acquisire d'ufficio quei documenti che, già in possesso dell'amministrazione, contengano la prova di fatti, stati o qualità rilevanti per la definizione della pratica, costituiscono l'espressione di un più generale principio valevole anche in campo processuale per cui ne consegue che qualora il contribuente, che agisca per il rimborso di tasse o diritti non dovuti, eccepisca che documenti – bollette o lettere – comprovanti il pagamento (o la richiesta di rimborso) siano in possesso dell'amministrazione, questa è tenuta a pronunciarsi in modo specifico e motivato sul punto, perché, in difetto, il giudice potrà desumere elementi di prova da tale comportamento.

È stato osservato in tema (G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 41 nota 6) come mentre la giurisprudenza lavoristica è in linea di massima incline a ricostruire l'esistenza di un principio generale che impone la contestazione tempestiva sin dalle prime battute del processo e sulla base della quale si desume l'ambito della materia del contendere (Cass., 13 giugno 2005, n. 12636), nell'ambito del processo ordinario la giurisprudenza fa più grossa fatica a riconoscere un giudizio del genere, optando di solito per la tesi contraria secondo la quale « non esistendo nel nostro ordinamento processuale un principio che vincoli alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata dalla controparte » affinché un fatto allegato dalla parte possa considerarsi pacifico sì da potere essere posto a base della decisione ancorché non provato, non è sufficiente la sola mancata contestazione, occorre che esso sia esplicitamente « ammesso » dalla controparte o che questa, pur non avendolo contestato in modo specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su argomentazioni « incompatibili » con il suo disconoscimento (Cass., 24 ottobre 2004, n. 20916; Cass., 14 febbraio 2004, n. 2699), non mancando tuttavia qualche decisione che sembra riconoscere l'esistenza generale del principio per cui

Né può sotto altro versante sottacersi che la *traslatio iudicii* è destinata a trovare frequente attuazione in materia di pubblico impiego privatizzato negli ancora numerosi casi in cui – a seguito di pronunzie delle Sezioni Unite di individuazione del giudice cui va devoluta la giurisdizione alla stregua dell'art. 69, 7° comma, del d.lgs 30 marzo 2001, n. 155 – la controversia proposta davanti al giudice privo di giurisdizione va riassunta, con la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della relativa domanda, davanti ad altro giudice dichiarato competente dalle suddette Sezioni Unite ⁽²⁹⁾.

la mancata contestazione specifica di un fatto certo, lo rende incontroverso e non più bisognoso di prova, ricavando ciò dal disposto dell'art. 167, 1° comma, c.p.c., che impone al convenuto di prendere immediatamente posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (Cass., 6 febbraio 2004, n. 2299).

Allo stato però l'espressa introduzione dell'onere della contestazione in una norma, quella appunto dell'art. 115 c.p.c. – inserita nel titolo V sui poteri del giudice, ed avente ad oggetto la gestione delle prove da parte di quest'ultimo – porta a ritenere, per la sua significativa collocazione, che l'onere della contestazione deve configurarsi nei medesimi termini sia nel rito del lavoro che in quello ordinario, sicché non sembra più giustificabile una differenziazione sul punto tra i diversi riti, così come avveniva in precedenza, non potendo tale divaricazione dei pronunziati trovare più il suo supporto motivazionale nelle diverse espressioni adoperate dalla lettera dell'art. 167, 1° comma, c.p.c. (« Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda... ») e dell'art. 416, 2° comma, c.p.c. (« La costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio »).

⁽²⁹⁾ Va ricordato al riguardo che in relazione alle controversie di lavoro nel pubblico impiego privatizzato, protrattesi nel tempo, è costante la giurisprudenza di legittimità che riconosce ai sensi dell'art. 69, 7° comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la giurisdizione del giudice amministrativo per le questioni attinenti al periodo antecedente il 30 giugno 1998 e di quello ordinario per il periodo successivo, sempre che venga esclusa la configurabilità di un illecito permanente che porta ad individuare il giudice competente in ragione del momento in cui viene a cessare la permanenza. Permanenza esclusa nelle controversie in cui si denuncia il disconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro per essersi in presenza di prestazioni di lavoro, che si esplicano in distinte unità temporali « ciascuna delle quali va considerata a se stante posto che i modi di esplicazione dell'una nulla possono dire sui modi di esplicazione di quella successiva » (cfr. tra le tante da ultimo: Cass., Sez. Un., 11 maggio 2009, n. 10669), ed analogamente nelle controversie in cui si rivendica il diritto ad una superiore qualifica ed alle correlate differenze retributive ai sensi dell'art. 36 Cost., con la conseguenza che anche in tali casi se tali pre-

4. Corte di cassazione ed art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c.

È stato detto che il secondo motivo di inammissibilità previsto dall'art. 360 *bis* c.p.c. – riguardante il caso in cui sia manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei motivi regolatori del giusto processo – è « alquanto misterioso », sicché l'unica cosa certa, stando al testo della norma, è che anche in questo caso, come in quello regolato dall'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c., viene ricondotta nell'ambito dell'inammissibilità una ipotesi di manifesta infondatezza, che prima della riforma del 2009, sarebbe stata sanzionata con il rigetto del ricorso, mentre per il resto risulta piuttosto complicato interpretare la disposizione atteso che « la violazione dei principi regolatori del giusto processo » è una fattispecie del tutto nuova, che non trova alcun testuale riscontro nei motivi di impugnazione previsti dall'art. 360 c.p.c. ⁽³⁰⁾.

E nell'individuare poi l'ambito applicativo della previsione di cui all'art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c. si è osservato – partendo dal presupposto che il giudizio sulla manifesta infondatezza riguarda, di regola, le censure contrarie a orientamenti della Corte e considerando altresì che l'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c. sanziona già con l'inammissibilità i ricorsi proposti avverso provvedimenti che hanno deciso le questioni di diritto in modo confor-

tese vengono riferite a periodi in parte antecedenti ed in parte successivi al 30 giugno 1998 la competenza giurisdizionale non può che essere distribuita tra il giudice amministrativo in sede esclusiva ed il giudice ordinario (cfr. *ex plurimis*: Cass., Sez. Un., 12 giugno 2006, n. 13537). Si è riconosciuto invece l'illecito permanente nelle controversie in cui vengono denunciati comportamenti concretizzanti il *mobbing* con riferimento alle quali deve farsi riferimento al momento in cui cessano gli atti illegittimi vessatori e discriminatori, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario se tale cessazione avviene dopo il 30 giugno 1998 (cfr. Cass., Sez. Un., 27 novembre 2007, n. 24625, in *Dir. famiglia*, 2008, I, p. 639 nonché in motivazione Cass., Sez. Un., 12 giugno 2006, n. 13537, cit.).

⁽³⁰⁾ Così: F.S. DAMIANI, in AA.VV., *La riforma del giudizio di cassazione*, cit. a cura di F. CIPRIANI, *sub* artt. 375, 376, 380 *bis* e *ter* c.p.c. e 67 *bis* disp. att., p. 278 ss., che sottolinea anche come per comprendere quali siano i principi regolatori del giusto processo, sembra ovvio rifarsi all'art. 111 Cost., che individua una serie di garanzie processuali, quali i principi del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice, nonché della ragionevole durata del processo, che nella pratica possono essere violate, ed aggiunge anche come l'intrinseca (e necessaria) genericità dei citati principi rende assai problematica l'individuazione in concreto delle regole processuali la cui inosservanza determinerebbe la violazione dei principi del giusto processo.

me alla giurisprudenza della Corte – che tale ambito resta circoscritto a poche e particolari ipotesi, una delle quali potrebbe essere quella in cui la violazione delle regole processuali dedotta dal ricorrente riguardi una questione non espressamente decisa dal provvedimento impugnato, vuoi perché mai sollevata nel corso del giudizio (come nel caso in cui la sentenza sia stata pronunciata a contraddittorio non integro perché la relativa questione non è stata rilevata nel corso del processo) vuoi perché il giudice abbia omesso di pronunciarsi ⁽³¹⁾.

Si è anche rilevato che l'assenza di qualsiasi riferimento al vizio di motivazione *ex art. 360, 1° comma, n. 5* da parte delle disposizioni riguardanti l'inammissibilità del ricorso per cassazione mostra che il campo di applicazione dello stesso vizio abbia per effetto del disposto *n. 2 dell'art. 360 bis* subito una radicale riduzione, sicché a fronte di una denuncia di un vizio di motivazione una tale censura deve considerarsi ammissibile allorquando si configuri una violazione dei « principi generali del giusto processo », solo nei casi cioè in cui la motivazione manchi del tutto o si configuri come motivazione solo apparente in quanto meramente assertiva del *decisum*, sì da rimanere confinate nell'area della inammissibilità le altre ipotesi contemplate nell'*art. 375, n. 5, c.p.c.* ⁽³²⁾.

E sempre nel ripetuto tentativo di dare una affidabile interpretazione ad una disposizione di difficile ed incerta determinazione si è ancora sostenuto che la nuova disposizione in esame finirebbe in concreto, se non per abrogare, quanto meno per drasticamente ridimensionare l'*art. 360, 1° comma, n. 4, c.p.c.* nel senso di limitare le nullità processuali denunciabili in sede di legittimità a quelle che abbiano causato una effettiva violazione dei principi regolatori del « giusto processo » con la conse-

⁽³¹⁾ In questi termini: F.S. DAMIANI, *op. cit.*, p. 278 e negli stessi sensi BRIGUGLIO, *Ecco « il filtro »! (l'ultima riforma del giudizio di cassazione)*, in *www.judicium.it*, par. 6, per il quale tra le fattispecie reintranti nel controllo *ex art. 360 bis, n. 2, c.p.c.* rientrerebbero anche quelle « di nullità formale del processo o della sentenza o di sentenza resa a non iudice ».

⁽³²⁾ Come ricordato da G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia*, cit., p. 518, n. 22, quella esposta nel testo è sostanzialmente la lettura dell'*art. 360 bis, n. 2, c.p.c.* data dalla Commissione istituita dal Primo Presidente della Corte di cassazione per lo studio delle modifiche apportate alla disciplina del ricorso per cassazione, cui hanno partecipato i dott. Mattone (Presidente), Amoroso, Elefante, Lamorgese, La Terza, Macioce, Morcavallo, Salvago, Senese, Tirelli.

guenza che si è reputato come non possa più essere denunziata in cassazione una qualsiasi nullità processuale ma unicamente quella che leda il c.d. « ordine pubblico processuale »⁽³³⁾, lasciandosi in tal modo alla discrezionalità del giudice di merito l'individuazione delle forme processuali, con la sola limitazione del rispetto delle garanzie generali del giusto processo⁽³⁴⁾.

Al fine di riconoscere alla disposizione scrutinata un ambito di applicazione autonomo e non ancillare rispetto a quella prevista dal n. 1 può anche sostenersi che il giudizio di manifesta infondatezza previsto dal n. 2 dell'art. 360 *bis* non dipende dalla constatazione della non conformità della censura agli orientamenti della Corte, ma scaturisce all'esito di una

⁽³³⁾ Per tale opinione vedi: A. DIDONE, *Senza concreti strumenti per il giudizio civile meglio rinunciare al quesito di diritto*, in *www.static.ilsole24ore/GuidaDiritto*, che richiama a conforto del suo assunto: Cass., 24 ottobre 2008, n. 25727 secondo cui le norme processuali debbono essere interpretate in modo razionale e in correlazione con il principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), in guisa da rapportare gli oneri di ogni parte alla tutela degli interessi della controparte, dovendosi escludere – sulla base dell'art. 156, 3° comma, c.p.c. – che l'ordinamento imponga nullità non ricollegabili ad alcun ragionevole interesse processuale delle parti. Ed in argomento per un medesimo approccio teorico volto a restringere l'ambito di operatività delle nullità cfr.: Cass., 23 febbraio 2006, n. 4020 secondo cui l'eventuale nullità della procura al difensore non determina l'inesistenza dell'atto di citazione, con la conseguenza, da un canto, che quest'ultimo è idoneo ad introdurre il processo e ad attivare il potere-dovere del giudice di decidere, dall'altro, che l'atto conclusivo del processo, ossia la sentenza, è nullo per carenza di un presupposto processuale per la valida costituzione del processo, ma non inesistente, ed è perciò suscettibile di passaggio in giudicato in caso di mancata, tempestiva impugnazione per cui ne consegue che se la nullità non sia stata fatta valere in appello, essa non può essere dedotta per la prima volta nel giudizio di legittimità, a causa dell'intervenuta preclusione derivante dal principio di cui all'art. 161 c.p.c., secondo il quale tutti i motivi di nullità della sentenza si convertono in motivi di impugnazione cui *adde*: Cass., 13 novembre 2003, n. 17133, in *Giur. it.*, 2004, c. 1364, ed in *Giust. civ.*, 2004, I, c. 2668, che ha escluso la nullità della sentenza resa dal giudice di merito per il solo fatto della mancata assegnazione alle parti del termine per lo scambio delle comparse conclusive e delle memorie e, più di recente, Cass., 23 febbraio 2006, n. 4020 per la precisazione che anche la pronunzia della sentenza prima della scadenza dei termini già assegnati ai sensi dall'art. 190 c.p.c. non è di per sé causa di nullità della sentenza stessa, essendo indispensabile, perché possa dirsi violato il principio del contraddittorio, che la irrituale conduzione del processo abbia prodotto in concreto una lesione del diritto di difesa.

⁽³⁴⁾ Sul punto vedi: A. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, par. 14.

semplice valutazione discrezionale di quest'ultima, sicché le censure relative alla violazione dei principi regolatori del giusto processo dovrebbero essere dichiarate manifestamente infondate ogniqualvolta la Corte, secondo il proprio metro di giudizio, reputi che sia stato rispettato l'ordine pubblico processuale.

Ed a ben vedere una siffatta opinione sembra condivisibile, sulla base della lettera della disposizione in esame e della sua *ratio*, nonostante essa sia stata considerata « la meno apprezzabile » nell'ottica del diritto di difesa delle parti perché ricollega la grave sanzione dell'inammissibilità del ricorso ad una valutazione discrezionale della Corte ⁽³⁵⁾.

Il giusto processo si caratterizza per essere vivificato da una etica interna capace di rendere scrutinabili e controllabili « la correttezza e la lealtà di chi – parti, difensori, giudice e pubblico ministero – esercita i diritti, i poteri e gli oneri di cui è titolare, sì da impedire che possano configurarsi situazioni soggettive di insinducabilità sottratte, in quanto tali, nelle modalità del loro (positivo, mancato o rifiutato) esercizio, a qualsiasi forma di controllo, riesame e revisione impugnatoria » ⁽³⁶⁾.

Nella dottrina processualistica si è assegnato un particolare rilievo all'esame della giurisprudenza sull'art. 6 della Corte europea dei diritti dell'uomo, diretta a fissare le garanzie dell'equo processo, riconoscendosi ad esso il ruolo di rappresentare una fondamentale guida interpretativa per comprendere la reale valenza di numerose norme del giusto processo anche nel nostro ordinamento interno ⁽³⁷⁾. Su questa premessa, ed a livello

⁽³⁵⁾ Per tali accenti critici vedi ancora: F.S. DAMIANI, *op. cit.*, pp. 278-279, secondo cui comunque a fronte delle incertezze derivanti dalla previsione dell'art. 360 *bis* c.p.c. sarà compito esclusivo della stessa Corte di cassazione determinare il concreto ambito di applicazione della norma.

⁽³⁶⁾ In questi precisi termini cfr.: L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 328-330, e più ampiamente ID., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, pp. 327-377. In giurisprudenza, con riferimento ai poteri d'ufficio del giudice nel rito del lavoro si è affermato che « detti poteri – proprio perché funzionalizzati al contemperamento del principio dispositivo con quello della verità materiale – non possono mai essere esercitati in modo arbitrario », perché « il giudice in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. ed al disposto dell'art. 111, 1° comma, Cost. sul giusto processo regolato dalla legge, deve esplicitare le ragioni per le quali reputa di fare ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritiene invece di farvi ricorso » (così Cass., Sez. Un., 17 giugno 2004, n. 11353, cit.).

⁽³⁷⁾ Così R. GIORDANO, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 79, cui *adde* da ultimo per

meramente esemplificativo, si sono indicate alcune ipotesi di violazione di principi regolatori del « giusto processo », che potrebbero essere denunciate in sede di legittimità nel senso che la lesione degli stessi giustifica una pronuncia della Corte di cassazione sul merito della nullità processuale proposta *ex art.* 360, n. 4, c.p.c.; e si è poi specificato in questa direzione che, con riferimento ai poteri del giudice, è doveroso operare anche una distinzione tra quelli che attono al mero governo del processo e quelli di contro che sono idonei ad incidere sul contenuto della decisione, rispetto ai quali non può essere riconosciuta alcuna discrezionalità al giudice, poiché l'utilizzo della locuzione « giusto processo regolato dalla legge » implica una rigida determinazione legale dei presupposti dell'esercizio di tali poteri ⁽³⁸⁾. Da qui l'ulteriore assunto che la previsione della garanzia del contraddittorio tra i principi regolatori del giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost. dovrebbe comportare l'ammissibilità dei ricorsi per cassazione mediante i quali è denunciato l'esercizio da parte del giudice di poteri in via officiosa senza che sia stato previamente provocato il contraddittorio tra le parti, tutte le volte che ciò abbia inciso sullo svolgimento del processo tanto da determinare l'emanazione di una sentenza c.d. « a sorpresa », anche se in violazione del novellato art. 101 c.p.c. ⁽³⁹⁾.

quanto attiene all'esercizio dei poteri istruttori nel rito del lavoro: G. VIDIRI, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.*, 2010, II, c. 147 ss.

⁽³⁸⁾ In questi precisi termini: R. GIORDANO, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ Così ancora: R. GIORDANO, *Giudizio di cassazione*, cit., p. 79 cui *adde* in argomento C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *Le disposizioni generali*, sempre in *La riforma del processo civile*, cit., p. 15 e note 91 e 92, che rilevano come la disposizione del 2° comma dell'art. 101 c.p.c. (comma aggiunto *ex art.* 45, 13° comma, della legge n. 69 del 2009) abbia, in omaggio alle indicazioni della dottrina più autorevole, positivizzato una nuova concezione del principio del contraddittorio, non più inteso quale limitato al rapporto tra le parti private in causa, bensì in termini di più ampio dovere di collaborazione del giudice nella individuazione, con l'ausilio delle parti stesse, del *thema probandum* e del *thema decidendum*; e che precisano altresì come la riforma in esame sia, quindi, « espressione del passaggio dalla concezione classica del contraddittorio in senso debole che, partendo dall'assunto dell'eguaglianza formale delle parti del processo, intende la parità delle armi tra le stesse quale meccanica contrapposizione di tesi ed attribuisce al giudice poteri anche d'ufficio nella ricerca di una verità oggettiva e precostituita, a quella più recente che intende il contraddittorio in senso forte, ovvero con maggiore attenzione all'effettività della tutela giurisdizionale quale regolamentazione del dialogo tra le parti nonché tra le parti stesse ed il giudice il quale, nella ricerca di una verità soltanto probabile, diviene il

A ben vedere l'individuazione della portata da assegnarsi alla disposizione ora in esame non può prescindere dalla preliminare considerazione che la sua interpretazione appare direttamente condizionata dalle finalità perseguite dalla recente novella del 2009 che, nel riaffermare la funzione nomofilattica della Cassazione, ha introdotto modifiche sostanziali capaci di caratterizzare – come già si è avuto modo di osservare – l'intero assetto ordinamentale del nostro processo in modo radicalmente differenziato rispetto al passato, sì da rappresentare un passaggio significativo del graduale e consistente avvicinamento – sia per quanto riguarda il processo ordinario che per quello del lavoro – ai sistemi di *common law* perché l'intera norma dell'art. 360 *bis* c.p.c. conforta l'opinione diffusa che si vada verso un diritto in buona misura a formazione giurisprudenziale ⁽⁴⁰⁾.

Tutto ciò porta a condividere l'assunto di chi ritiene verificata una emersione di una « sempre maggiore tendenza a configurare anche per gli ordinamenti di *civil law* una efficacia del precedente non meramente persuasiva, ma *ex se*, per il solo fatto di esistere » ⁽⁴¹⁾, e l'opinione di chi, su un piano più generale, rileva che oggi « nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina ed alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo, e quindi un ruolo produttivo di regole giuridiche » ⁽⁴²⁾.

Una lettura del disposto dell'art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c. che voglia realisticamente tenere conto del nuovo e più incisivo ruolo assegnato dal recente legislatore alla Corte di cassazione non può, pertanto, che condurre alla conclusione che la garanzia del « giusto processo » – come quella della « sua ragionevole durata » – debba fungere da parametro di costituzionalità per il giudice di legittimità, chiamato a dare una corretta in-

garante di una procedura legata alle tecniche di una ragione sociale, dialettica e giustificativa ».

⁽⁴⁰⁾ In argomento vedi *amplius* G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia*, cit., p. 520 ss.

⁽⁴¹⁾ In tali termini: U. MORCAVALLO, *Il diritto applicato e la sua individuazione. Appunti per la massimazione e per una rassegna di giurisprudenza nella prospettiva nomofilattica del giudizio di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2006, II, c. 160.

⁽⁴²⁾ Sul punto vedi: P. GROSSI, *Il diritto tra potere ed ordinamento*, Napoli, 2005, pp. 53-54.

interpretazione delle norme di rito ed ad individuarne l'ambito operativo. Ciò comporterà la sanzionabilità, con la declaratoria di inammissibilità del ricorso, di quelle condotte processuali, che si concretizzano in *errores in procedendo*, e cioè in violazione dei principi regolatori del c.d. « ordine pubblico processuale », delle regole poste a fondamento del giusto processo – quali quelle del contraddittorio, del diritto di difesa, dell'accesso al giudice e della sua imparzialità ed indipendenza, – nonché nel *vulnus* della garanzia della « ragionevole durata del processo », volta ad impedire una ingiustificata protrazione dei tempi della giustizia attraverso una elusione delle preclusioni, dei termini perentori e di quelli decadenziali ⁽⁴³⁾.

Non può negarsi che a seguito della esaminata rivisitazione del processo operata dai recenti interventi legislativi siano stati ora affidati alla Corte di cassazione poteri decisori, la cui particolare incisività ha suscitato riserve da parte della dottrina processualistica in ragione di possibili limitazioni al diritto di difesa delle parti a seguito di un pur possibile anomalo esercizio di tali poteri, a cui non fa riscontro la previsione di forme di controllo e di praticabili rimedi. Timori e preoccupazioni destinati però a ridimensionarsi se la Corte di cassazione – cui sono stati accreditati compiti nuovi anche a seguito della generale consapevolezza che la certezza del diritto ed i tempi della giustizia hanno, più di quanto avveniva in passato, ricadute immediate anche sul versante economico – non si approprierà di compiti impropri sì da disapplicare o abrogare con illegittime opzioni ermeneutiche le norme di rito sottoposte al suo esame ma procederà – come sinora ha fatto – ad una interpretazione adeguatrice di dette norme volta ad attualizzare i principi dell'art. 111 Cost., non

⁽⁴³⁾ Cfr. al riguardo in motivazione: Cass., Sez. Un., 20 aprile 2005, n. 8202 e 8203, cit. che evidenziano come – pur non potendosi di certo attraverso il sistema delle preclusioni ledere il diritto di difesa delle parti e vanificare la ricerca della verità materiale – la garanzia della « ragionevole durata del processo » (riconosciuta come diritto dall'art. 6 della convenzione europea, ed ora espressamente sancita dall'art. 111, 2° comma, Cost.) debba fungere da parametro di costituzionalità delle norme processuali per essere oggetto di un interesse collettivo di tutte le parti, « costituzionalmente tutelato non meno di quello di un giudizio equo ed imparziale », per cui l'opera ermeneutica del dato normativo deve accompagnarsi alla consapevolezza che i termini acceleratori e le preclusioni volte ad impedire l'ingresso nel processo di un fatto e/o di una prova, sono funzionalizzati proprio a tutelare il suddetto principio della « ragionevole durata » e quello, ad esso correlato, dell'« economicità » del processo.

relegando gli stessi ad una funzione meramente programmatica o evocativa ⁽⁴⁴⁾.

5. Corte di cassazione e contratti collettivi nazionali di lavoro

Il d.lgs. n. 40 del 2006 modificando il 3° comma dell'art. 360, 1° comma, c.p.c. ha aggiunto al motivo di ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto anche quella dei contratti ed accordi collettivi nazionali di lavoro, così recependosi un sistema che aveva già trovato spazio in materia di contratti collettivi di lavoro con le pubbliche amministrazioni, essendo alla stregua dell'art. 63, ultimo comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, censurabile in cassazione « la violazione o falsa applicazione dei contratti collettivi nazionali di cui all'art. 40 ».

Tale innovazione ha ravvivato un antico dibattito sulla natura dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni di categoria

In relazione a tale problematica una dottrina ha patrocinato una opzione estensiva del concetto di fonte di diritto, capace di includervi qualsiasi espressione di volontà precettiva, riconoscibile ed accessibile nonché di essere assunta in sede giurisdizionale quale criterio di giudizio, non importando che la volontà venga manifestata attraverso un atto oppure attraverso un comportamento ⁽⁴⁵⁾.

Nella stessa direzione si è ricordato come altra dottrina abbia invece evocato la *Stufentheorie*, nell'ambito della quale « l'originaria natura negoziale dell'atto non è affatto ostativa rispetto al riconoscimento della normativa e della capacità di innovare l'ordinamento, che sono le carat-

⁽⁴⁴⁾ Per un *excursus* sulle numerose decisioni della Corte di cassazione che hanno fatto – nell'operare una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme – espresso riferimento al disposto dell'art. 111 Cost. vedi: G. VIDIRI, *La « ragionevole durata » del processo: interventi normativi e giurisprudenza di legittimità*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 580; ID., *L'art. 111, co. 2, Cost. e le recenti pronunzie della Cassazione sul processo*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 173.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto: ROSELLI, *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, I ed., Milano, 2007, p. 478, il quale ricorda al riguardo che Riccardo Orestano parlava di « fonti-fatto » e rileva altresì che la consuetudine si forma attraverso un comportamento collettivo, che però deve rilevare la volontà di osservare e di conservare un precetto giuridico.

teristiche ritenute peculiari della fonte del diritto, compendiate nella celebre formula che richiama l'effettività » ⁽⁴⁶⁾; e con riferimento a tale indirizzo si è poi rilevato che esso vuole esprimere in buona sostanza l'insoddisfazione per una soluzione gradualistica che, nel tentativo di mediare tra posizioni contrapposte, sconta, « la medesima ambiguità che stava a fondamento della visione ordinamentale Kelseniana, giusta la quale fonte del diritto poteva equivalere a fonte di giuridicità » ⁽⁴⁷⁾.

All'esito di un *iter* argomentativo – volto ad individuare gli elementi richiesti per l'attribuzione della natura di fonte del diritto oggettivo – si è ritenuto sussistente il riconoscimento come fonte di diritto oggettivo alla contrattazione collettiva per il pubblico impiego privatizzato di livello nazionale, stipulata nel rispetto del procedimento di cui all'art. 43 del lgs. n. 165/2001, la cui efficacia *erga omnes* discende proprio da questa natura normativa.

Analoga natura di fonte si è invece negata alla contrattazione collettiva per l'impiego privato di livello nazionale ancorché la sua violazione sia ora anche essa deducibile con ricorso per cassazione ⁽⁴⁸⁾.

Ed ancora – trascurandosi di considerare la riforma per quanto attiene alla sua incidenza sulla teoria delle fonti del diritto – con riferimento alle finalità perseguite si è rilevato come essa abbia inteso incidere sulla funzione nomofilattica della Corte di cassazione in relazione alla parte

⁽⁴⁶⁾ Per tale assunto vedi: V. MAIO, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti ed accordi collettivi nazionali dell'art. 64 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e 420 bis c.p.c.*, in AA.VV., *La tutela dei diritti nel processo del lavoro. I. I diritti individuali nel processo di cognizione*, a cura di M. DELL'OLIO, Torino, 2006, p. 380.

⁽⁴⁷⁾ Al riguardo cfr.: R. PESSI, *Il giudizio di cassazione nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 908.

⁽⁴⁸⁾ In tali precisi termini cfr.: G. AMOROSO, in AA.VV., *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di F. CIPRIANI, Padova, 2009, *sub* art. 360 c.p.c., pp. 108-109. In argomento per una analisi completa e ragionata sulle diverse posizioni dottrinarie vedi: ROSELLI, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., cit., p. 243 ss., la quale ritiene che l'attuale formulazione dell'art. 360, n. 3, c.p.c. esprima « in modo non equivoco la volontà non già di cambiare i connotati alla Corte di Cassazione, facendone un giudice di merito, bensì di equiparare in tutto e per tutto le norme del contratto collettivo alle altre norme di diritto » (p. 238), anche se – aggiunge l'autore – la natura del suddetto contratto non comporta l'applicabilità dell'art. 12 delle preleggi ma dei canoni ermeneutici degli art. 1362 ss. c.c. (p. 269 ss.).

normativa della contrattazione collettiva, fornendo risposte alle domande di giustizia capaci di pervenire il contenzioso con *dicta* autorevoli e idonei a far cessare le ragioni del contendere ⁽⁴⁹⁾.

Il contratto collettivo è stato autorevolmente ritenuto in un risalente passato, come un ibrido avente – come si è detto, con un espressione divenuta ormai di uso comune, nella dottrina giuslavoristica – « il corpo del contratto e l'anima della legge » – ed è stato su tale punto assoggettato nelle sue singole clausole alle regole di interpretazione della legge, a seconda che vi fosse identità o meno tra gli autori ed i destinatari del comando contenuto nella singola pattuzione. A ciò si è pervenuti sul rilievo che il contratto di diritto comune, disciplinato dalle regole ermeneutiche del codice civile vincola – diversamente da quanto accade per le norme di legge – solo le parti del contratto stesso ⁽⁵⁰⁾.

Nell'attuale dottrina giuslavoristica nessuno ha seguito una simile opinione che finirebbe per condurre ad una inammissibile frantumazione del contratto collettivo ed ad una diversificazione della sua unitaria natura, con ricadute di natura sostanziale e processuale difficilmente spiegabili sul piano razionale ⁽⁵¹⁾.

Ed infatti – al di là di una pur autorevole opinione contraria che ha propugnato una piena fungibilità fra fonti legali e fonti collettive che finirebbe per trovare solo un limite di natura soggettiva (nella necessità

⁽⁴⁹⁾ Così in particolare: F.P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 63 ss.

⁽⁵⁰⁾ Per tale opinione vedi: F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1927, p. 121, e per analoga opinione SANTI ROMANO, *Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche*, in *Archivio di studi corporativi*, Padova, 1930, p. 37 ss.

⁽⁵¹⁾ Sul punto vedi *amplius*: G. VIDIRI, *La certezza del diritto e l'interpretazione dei contratti collettivi*, in *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Quaderni di diritto del lavoro, vol. I, Milano, 2004, p. 88, che osserva tra l'altro come il seguire l'indirizzo sostenuto nell'abrogato codice civile, imporrebbe ai fini interpretativi una distinzione tra parte obbligatoria del contratto collettivo – la c.d. parte gestionale volta a regolare i rapporti tra le sole organizzazioni sindacali stipulanti – cui andrebbero applicate le regole ermeneutiche dettate per la generale attività negoziale (artt. 1362 e ss. c.c.), e la parte normativa del contratto stesso – destinata invece a disciplinare i rapporti dei lavoratori rappresentati dal sindacato – assoggettabile invece, in ragione, appunto, della molteplicità dei destinatari (da identificarsi in una pluralità dei lavoratori) alle regole proprie della interpretazione della legge.

che la contrattazione sia opera delle organizzazioni di più estesa rappresentatività), ed un limite di natura contenutistica (in quanto la subordinazione alla legge sussisterebbe solo in presenza di norme poste a tutela delle primarie esigenze di dignità, libertà e sicurezza della persona umana)⁽⁵²⁾ – l'intera dottrina giuslavoristica ha condiviso la natura privatistica del contratto collettivo post- corporativo, che trova il suo fondamento nella natura di soggetto privato del sindacato di cui l'autonomia negoziale è la più significativa espressione nonché nel mandato che il lavoratore, all'atto dell'associarsi, conferisce all'organizzazione per agire in nome e per conto proprio, finendo in tal modo per accertharne gli scopi, gli obiettivi, le opzioni ideologiche e le modalità del suo operare⁽⁵³⁾.

E la tesi della natura privatistica degli accordi o contratti è stata costantemente seguita dalla giurisprudenza di legittimità che, nel regolare le diverse problematiche venute al suo esame – come quelle attinenti alla interpretazione delle pattuizioni sindacali, all'estensibilità del contenuto del contratto collettivo anche ai non iscritti al sindacato per effetto della adesione (esplicita o implicita) di costoro al suo contenuto, alla applicazione a tali contratti della regola della libertà di forma – ha sempre fatto applicazione di regole e principi civilistici. Ed in identica direzione la giurisprudenza si è mossa pure con riferimento ai contratti collettivi del

⁽⁵²⁾ Per tale indirizzo dottrinario, che assimila la rappresentanza riconosciuta al sindacato a quella legale in ragione della sua capacità di incidere sulla intera collettività dei lavoratori, vedi: G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, p. 403 ss. e, per una analoga opinione, G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, 1985, p. 390 ss.

Più in generale per uno spostamento della problematica della natura del contratto collettivo dal diritto privato al diritto pubblico vedi: F. NEUMAN, *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, 1983, p. 20, che ha parlato di « autolegislazione » (*Selbstgesetzgebung*), cui *adde*, con riferimento all'ordinamento italiano, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1950, p. 587.

⁽⁵³⁾ Per l'elaborazione del diritto sindacale secondo schemi privatistici vedi: F. SANTORO PASSARELLI, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. giur.*, 1950, p. 299, nonché gli articoli e commenti pubblicati tra il 1949 ed il 1958, e raccolti poi in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 115 ss., cui *adde*, in epoca successiva, A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1966, I, p. 336; A. CESSARI, *Il « favor » verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966.

settore pubblico, che sono stati da essa equiparati agli atti normativi ai soli fini processuali dell'ammissibilità della denuncia di violazione e falsa applicazione di clausole nel ricorso per cassazione (art. 63, 5° comma, del d.lgs. n. 165 del 2001 e, poi, art. 360, 1° comma, n. 3, c.p.c., nel testo novellato dal d.lgs. n. 40 del 2006), senza che però ne sia stata alterata, sul piano sostanziale, la natura di atti negoziali ⁽⁵⁴⁾.

In tale contesto normativo – che caratterizza, anche alla stregua del disposto dell'art. 39 Cost., la natura privata del sindacato e della sua autonomia negoziale – la censurabilità del contratto collettivo in cassazione non può considerarsi requisito sufficiente per fare assurgere detto contratto a fonte di diritto. apparendo più coerente con l'attuale assetto ordinamentale ritenere che il recente legislatore in ottemperanza alla assegnatagli delega – volta « a disciplinare il procedimento di cassazione in funzione nomofilattica » – abbia inteso fare del controllo della Corte di cassazione uno strumento capace di garantire una uniforme interpretazione del contratto ed una sua corretta applicazione ⁽⁵⁵⁾.

Non può però sottacersi che l'encomiabile fine di pervenire ad approdi affidabili può indurre però ad estendere – per la specificità della materia in esame – il controllo di legittimità oltre l'ambito della violazione di legge nel solco di una prassi che ha già spinto sovente il sindacato della Cassazione a lambire nell'esame della controversia la conoscenza di dati fattuali a somiglianza di quanto avviene – come è stato fatto notare – ogni qual volta venga esercitato un sindacato su norme elastiche, concetti giuridici indeterminati e clausole generali ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. in tali sensi: Cass., Sez. Un., 8 luglio 2008, n. 18621, che proprio sulla natura negoziale del contratto collettivo del settore pubblico ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale avverso una clausola di contratto stesso, potendo l'incidente di costituzionalità essere proposto soltanto nei confronti di atti aventi forza di legge; nello stesso senso cfr. tra le tante: Cass., 24 gennaio 2008, n. 1582; Cass., 23 ottobre 2007, n. 22234; Cass., 17 marzo 2005, n. 5892, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 449, con nota di C. LANNIRUBERTO, *Riflessioni sull'interpretazione del contratto collettivo*.

⁽⁵⁵⁾ Per tale opinione cfr.: R. TISCINI, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, Padova, 2009, p. 36 ss.

⁽⁵⁶⁾ Così ancora: R. TISCINI, *op. cit.*, p. 28 e nota 17.

6. Corte di cassazione, contratti collettivi ed art. 360, 1° comma, n. 3 e 369, 2° comma, n. 4, c.p.c.

Come si è detto in precedenza il disposto dell'art. 360, 1° comma, n. 3 nel consentire il ricorso per cassazione anche in caso di violazione dei contratti collettivi trova il suo fondamento non nell'intento di riconoscere detto contratto come nuova fonte del diritto ma in quello diverso di rafforzare – unitamente al disposto dell'art. 420 *bis* c.p.c. – i compiti nomofilattici della cassazione in materia di lavoro al fine di assicurare una maggiore certezza in un settore nel quale in precedenza non era stata rara la diversità della risposta giudiziaria ad identiche domande di giustizia, con la conseguenza che detta diversità finiva per tradursi in una ingiustificata differenziazione di trattamento tra lavoratori con la stessa collocazione lavorativa, fino al punto di pervenire ad una concreta legittimazione per via giudiziaria di una violazione di fatto di diritti a copertura costituzionale.

Pericolo che se non eliminato viene ora ad essere drasticamente ridimensionato per il disposto dell'art. 369, 2° comma, c.p.c., perché il legislatore – con il prescrivere a pena di improcedibilità il contestuale deposito del ricorso con i contratti o accordi collettivi sui quali esso si fonda – ha voluto impedire che la sorte della controversia venga condizionata dalla mancata acquisizione al processo delle pattuizioni sindacali ad opera della parte interessata o per il mancato esercizio dei poteri ufficiosi del giudice. Considerazione questa che porta a ritenere che – conformemente a quanto statuito in giurisprudenza con riferimento alla pregiudiziale *ex* art. 420 *bis* c.p.c. – la parte ha l'onere di depositare *ex* art. 369, 2° comma, n. 4, c.p.c. a pena di improcedibilità del ricorso il testo integrale del contratto o accordo, atteso il carattere strumentale dell'indicato adempimento rispetto all'adeguato esercizio della funzione nomofilattica da parte della Corte di cassazione ⁽⁵⁷⁾. Ed invero non sembra condivisibile l'assunto secondo cui l'onere di depositare i contratti e gli accordi collettivi, imposto a pena di improcedibilità, vada riferito alle sole clau-

⁽⁵⁷⁾ In questi termini: Cass., 16 luglio 2009, n. 16619, che evidenzia anche come la improcedibilità non possa essere impedita dal deposito *ex* art. 372 c.p.c., stante l'incompatibilità di tale deposito con le finalità sottese alla normativa legale sull'accertamento pregiudiziale.

sole della cui violazione il ricorrente si duole ⁽⁵⁸⁾, ostando all'accoglimento di tale tesi sia la lettera della legge sia la considerazione che dovendo di regola nella interpretazione dei contratti collettivi seguirsi il criterio logico-sistematico il deposito dell'intero contratto fornisce al giudice tutti i necessari strumenti ermeneutici per un esame esaustivo delle problematiche riguardanti l'applicazione del detto contratto e per assicurare, conseguentemente, una maggiore tenuta dei *dicta* giurisprudenziali e per meglio garantire il perseguimento della certezza del diritto ⁽⁵⁹⁾.

Va evidenziato che quanto sinora detto in relazione alla improcedibilità del ricorso per cassazione *ex art.* 369 c.p.c. per il mancato deposito dei contratti collettivi ha validità solo con riferimento ai contratti di diritto privato e non per quelli del comparto pubblico.

La giurisprudenza ha statuito che nelle controversie in cui si discute sull'efficacia e la validità di un contratto di diritto pubblico o sull'ambito applicativo di esso (o di una sua clausola) non va dichiarata l'improcedibilità del ricorso *ex art.* 369 c.p.c. nel caso in cui il ricorrente non abbia depositato il contratto collettivo di diritto pubblico cui fa riferimento.

⁽⁵⁸⁾ Per l'indirizzo volto a limitare l'onere del deposito solo alle clausole richiamate dalle parti vedi: Cass., 24 settembre 2007, n. 19695, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 1169, con nota di R.M. PARIS, *Retribuzione – parametro del TFR: modalità di deroga del principio della onnicomprensività della retribuzione da parte della contrattazione collettiva*, e successivamente: Cass., 2 luglio 2009, n. 15495; Cass., Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16540. Più di recente per la statuizione secondo cui l'adempimento dell'onere richiesto a pena di improcedibilità non è soddisfatto con la trascrizione nel ricorso delle sole disposizioni della cui violazione il ricorrente si duole, ma solo con il deposito dell'intero contratto vedi *ex plurimis*: Cass., 19 marzo 2010, n. 6736; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3894. Infine, per la precisazione che qualora il documento sia stato prodotto nelle fasi di merito dello stesso ricorrente, la prescrizione *ex art.* 369 c.p.c. è osservata se nel ricorso si specifichi che il fascicolo è stato prodotto e la sede in cui il documento è rinvenibile cfr. Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 7161, ord.

⁽⁵⁹⁾ In giurisprudenza sulla prevalenza del criterio logico-sistematico su quello letterale nella interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune vedi tra le tante: Cass., 6 febbraio 2009, n. 3027; Cass., 3 aprile 2007, n. 8307; Cass., 22 giugno 2006, n. 14461; Cass., 9 maggio 2006, n. 10434, che ribadiscono tutte un indirizzo risalente a Cass., 6 maggio 1998, n. 4598 (in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 563, con nota di S. LIEBMAN, *Contrattazione collettiva e regole dell'interpretazione*), sulla cui statuizione vedi per penetranti considerazioni: L. MENGONI, *Interpretazione della legge e interpretazione del contratto collettivo*, in AA.VV., *Nuovi contributi per l'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Saggi di Notiziario giur. lav.*, a cura di R. FLAMMIA, Roma, 2000, pp. 37-39.

A tale riguardo i giudici di legittimità hanno rimarcato i caratteri di specialità che contraddistinguono i contratti di diritto pubblico stante la dettagliata regolamentazione delle parti legittimate alla stipula, il loro procedimento formativo, la verifica da parte della Corte dei Conti della compatibilità economica e finanziaria dei relativi costi, nonché la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (art. 47, 8° comma, del d.lgs n. 165 del 2001); ed hanno sotto altro versante rilevato gli effetti anche essi speciali del contratto di lavoro pubblico (derogabilità delle norme legali e regolamentari *ex* art. 2, 2° e 3° comma, del d.lgs. n. 165 del 2001; ricorribilità in cassazione per violazione e falsa applicazione delle norme collettive ed accertamento pregiudiziale su efficacia, validità ed interpretazione di norme collettive, *ex* artt. 63, 5° comma, e 64 del suddetto d.lgs. n. 165). Elementi tutti questi che hanno indotto parte della dottrina a qualificare detto contratto come fonte di diritto e che, valutati unitariamente, portano ad escludere che possa sostenersi una equiparazione del contratto collettivo di diritto pubblico a quello di diritto privato e che possa, conseguentemente, legittimarsi una interpretazione del disposto dell'art. 369 c.p.c. volta ad impedire – con l'estendere l'ambito applicativo della improcedibilità – l'esame nel merito della controversia. Una contraria soluzione non risulterebbe sorretta da alcuna giustificazione atteso che la *ratio* della norma scrutinata va individuata nel mancato deposito di atti documentali, negoziali o processuali che – conoscibili solo ad iniziativa delle parti del giudizio – contribuiscono a definire il *thema decidendum* sia sul versante delle questioni di rito che di quelle di merito, e che risultano indispensabili perché consentono al giudice di esaminare ed accertare la fondatezza del ricorso ⁽⁶⁰⁾. Come hanno osservato i giudici di legittimità, all'origine dell'innovazione di cui al testo del n. 4 del-

⁽⁶⁰⁾ Sul collegamento tra declaratoria di improcedibilità e impossibilità di pervenire ad una decisione per mancanza di atti e documenti necessari alla decisione, ma non acquisiti ritualmente al processo, vedi: Cass., 24 ottobre 2003, n. 15996, e tra le tante e sempre per considerazioni estensibili alla fattispecie in oggetto: Cass., Sez. Un., 18 marzo 1999, n. 145, secondo cui il mancato deposito – ai sensi del 3° comma dell'art. 369 c.p.c. – dell'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, comporta – qualora il fascicolo non risulti comunque acquisito – l'improcedibilità del ricorso – rilevabile d'ufficio – solo se la sua consultazione, in dipendenza del tenore del motivo di impugnazione, appaia indispensabile ai fini della decisione della Suprema Corte; ed in epoca più recente: Cass., 2 settembre 2004, n. 17221.

l'art. 369 c.p.c., ad opera del d.lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40, non è di certo estranea la circostanza che il deposito del contratto collettivo di lavoro era in precedenza sostanzialmente affidato alla iniziativa, non sempre rituale e tempestiva, delle parti del giudizio, e che l'esperienza giudiziaria aveva dimostrato come non avesse dato esito positivo il potere del giudice di chiedere alle associazioni sindacali il testo dei contratti o accordi collettivi di lavoro, anche aziendali, da applicare nella causa (art. 425, 4° comma, c.p.c.); accordi e contratti che, pur distinguendosi dai restanti fatti di causa, finivano quindi per risultare ad essi equiparati con riferimento ai tempi ed ai modi di acquisizione al processo.

E proprio, dunque, nell'esigenza di evitare ogni possibile ostacolo – configurabile per quanto detto solo nelle controversie aventi ad oggetto l'esame di pattuizioni private – ad una esaustiva e tempestiva conoscenza da parte del giudice di dette pattuizioni, costituenti le regole del giudizio, che va individuata, quindi, la ragione della nuova formulazione del citato art. 369 c.p.c.

Della presa consapevolezza di tale esigenza deve considerarsi corollario la conclusione che l'estensione della sanzione di improcedibilità anche ai contratti di lavoro pubblico potrebbe presentare profili di dubbia legittimità, perché oltre a risultare – è bene ribadirlo – priva di qualsiasi razionale giustificazione finirebbe in concreto per concretizzare una mancata risposta ad una domanda giudiziaria pur in presenza – come si è detto – di tutti gli elementi – di fatto e di diritto – che consentono una definitiva risoluzione della controversia nel rispetto dei principi *ex* art. 111 Cost. del processo « giusto e di ragionevole durata » ⁽⁶¹⁾.

Né per seguire l'opinione della improcedibilità del ricorso anche in materia di contrattazione collettiva pubblica vale, come pure è stato fatto ⁽⁶²⁾, richiamarsi alla portata letterale dell'art. 369, 2° comma, n. 4, c.p.c., che invece della validità di tale opinione costituisce smentita. Ed invero è sufficiente osservare sul punto come la lettera della suddetta norma – con l'accostare a pena di improcedibilità ... « gli atti processuali ed i documenti » ai « contratti o accordi collettivi » – mostra come la fi-

⁽⁶¹⁾ Cfr. per tali argomentazioni in motivazione: Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2009, n. 21558, cui *adde* successivamente Cass., Sez. Un., 4 novembre 2009, n. 23329, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 478, con nota di M. TATARELLI, *L'onere di depositare in cassazione i contratti collettivi non riguarda la contrattazione pubblica*.

⁽⁶²⁾ Così: Cass., 6 luglio 2009, n. 15815.

nalità della norma sia soprattutto quella di porre a disposizione del giudice di legittimità sin dall'inizio della controversia elementi decisori che, in precedenza non erano sempre acquisiti al processo in modo tempestivo ed esauriente, sicché non di rado il ricorso per cassazione, sulla base del principio di autosufficienza, non poteva trovare ingresso in sede di legittimità tanto da impedire l'esame del merito della controversia. Eventualità mai riscontrabile in presenza di atti, come quelli dei contratti del comparto pubblico, la cui conoscibilità è acquisibile agevolmente e nella loro completezza attraverso adeguati strumenti conoscitivi che possono definirsi, per gli effetti che ne derivano, di pubblicità legale ⁽⁶³⁾.

È opportuno poi sotto altro versante constatare che i giudici di legittimità, di fronte a questioni di particolare importanza, si sono (subito) mostrati ben disposti a cogliere l'occasione – attraverso quanto statuito dall'art. 363, 3° comma, c.p.c. – della declaratoria di inammissibilità per esercitare la funzione didattica di indirizzo giurisprudenziale attraverso l'enunciazione del principio di diritto anche nelle materie ordinariamente sottratte al loro controllo ⁽⁶⁴⁾. Orbene, l'esigenza della uniformità del-

⁽⁶³⁾ A ben vedere sembra costante da parte del d.lgs. n. 40 del 2006 il riferimento alla contrattazione collettiva di diritto privato perché il richiamo nell'art. 360, 1° comma, n. 3 e nell'art. 420 *bis*, 1° comma, rispettivamente ai « contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro » ed alle « clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale di lavoro », evoca unicamente le pattuizioni nel settore privato dove la contrattazione sindacale è tradizionalmente articolata in sede nazionale e locale (contrattazione regionale, provinciale ed aziendale, ecc.) mentre nel settore pubblico i contratti collettivi di lavoro si distinguono in nazionali ed integrativi (art. 45 del d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. in tali termini: G. REALI, *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di F. CIPRIANI, Padova, 2009, *sub* 363 c.p.c., p. 222, che precisa come mentre il ricorso del Procuratore Generale abbia continuato a rimanere lettera morta, la pronuncia d'ufficio ha già conosciuto le prime applicazioni da parte della Cassazione, che sembra avere accolto con favore la novità normativa (Cass., 12 maggio 2008, n. 11657; Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2007, I, c. 766; Cass., Sez. Un., 21 maggio 2007, n. 11682).

Per attestare il rilievo assegnato dalla giurisprudenza all'enunciazione del principio di diritto è utile il riferimento da ultimo a: Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19051, secondo cui la dichiarazione di estinzione del giudizio di Cassazione, emessa dalle Sezioni Unite della cassazione sulla base della rinuncia al ricorso sopravvenuta alla emissione del decreto di fissazione della adunanza in camera di consiglio non preclude alla medesima Corte, in composizione collegiale, di usare del potere di enunciare su questioni di particolare importanza il principio di diritto nell'interesse della legge: Cass., Sez. Un., 1 giugno 2010, n. 13332, che configura la richiesta di enunciazione del principio di diritto

le decisioni e della certezza del diritto, porta ad auspicare che si possa pervenire nella realtà fattuale – anche attraverso pronunzie d'ufficio da parte della Corte di cassazione – all'enunciazione del principio di diritto pure in materia di interpretazione di clausole dei contratti collettivi, essendosi sovente in presenza di questioni di particolare importanza, la cui soluzione comporta rilevanti effetti socio-economici in ragione del numero dei destinatari di tali clausole ⁽⁶⁵⁾.

7. Giudizio di legittimità, interpretazione delle c.d. clausole elastiche ed art. 360, 1° comma, nn. 3 e 5, c.p.c.

La *ratio essendi* della funzione nomofilattica è stata da sempre correlata alla salvaguardia del principio di cui all'art. 3 della Costituzione in quanto l'uniforme interpretazione della legge si traduce in una garanzia di effettiva uguaglianza – o meglio di non irragionevole disparità in casi simili – di trattamento di cittadini di fronte alla legge. E nemmeno può trascurarsi la considerazione che sussista un reciproco e stretto collegamento tra nomofilachia, tempo del processo e certezza del diritto non potendosi mettere in dubbio che la interdipendenza – o meglio la circolarità di effetti – tra resistenza nel tempo dei principi giurisprudenziali e

nell'interesse della legge, rivolto alla Cassazione del P.G. ai sensi dell'art. 363 c.p.c., non come impugnazione ma come procedimento autonomo, concretizzantesi non in un ricorso ma in una iniziativa che, per essere diretta a consentire il controllo sulla uniforme interpretazione della legge, non deve essere notificata alle parti, prive di legittimazione a partecipare al procedimento.

⁽⁶⁵⁾ Per la tesi secondo cui deve ritenersi che la questione di particolare importanza non deve vertere soltanto sull'inammissibilità del ricorso, potendo investire anche profili diversi su cui la Corte di cassazione non ha potuto pronunciarsi proprio a causa della declaratoria di inammissibilità vedi: G. REALI, *op. cit.*, p. 180 ss., che osserva altresì come la contraria opinione appare in contrasto con l'intenzione del legislatore, volta chiaramente a consentire alla Corte, nonostante l'inammissibilità del ricorso, di pronunciare nell'interesse della legge il principio di diritto; ancora per la considerazione che un diverso indirizzo finirebbe per svuotare la disposizione dell'art. 363 c.p.c. privandola di gran parte del suo significato: M. TARUFFO, *Una riforma della cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 769, che rileva altresì la particolare difficoltà di procedere in concreto alla individuazione delle questioni di particolare importanza in tema di inammissibilità del ricorso. Sul ricorso nell'interesse della legge vedi *amplius* da ultimo: G. IANNIRUBERTO, *Il « nuovo volto » dell'art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1081 ss.

riduzione del contenzioso, comporti il più agevole perseguimento del principio della « ragionevole durata del processo » (art. 111, 2° comma, Cost.). Né può dubitarsi, infine, che una perdurante durata dei pronunziati – doverosa in assenza del sopraggiungere di eventi giustificativi di un *revirement* – contribuisca a rendere certo il diritto con ricadute positive non soltanto sul versante istituzionale di una maggiore credibilità del servizio giustizia ma anche su quello socio-economico perché una risposta giudiziaria improntata ad un alto tasso di alea determina sui settori portanti dell'economia effetti deleteri, disincentivando gli investimenti di capitali e ponendo seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale ⁽⁶⁶⁾.

La certezza del diritto, che – è bene ribadirlo ancora una volta – rappresenta la ragione ultima dei compiti nomofilattici della Cassazione non potrà però né essere *assoluta*, in ragione della soggettività insita in ogni attività di interpretazione della norma, né *definitiva* per essere ogni operazione ermeneutica – e segnatamente quella dei giudici operanti in aree socialmente sensibili come i giudici del lavoro – in buona misura condizionata dall'evolversi del contesto socio-economico in cui interagisce, anche perché ogni legge lungi dal rimanere immutabile, vive insieme alla società che deve regolare ⁽⁶⁷⁾.

Tutto ciò non può portare però a concludere che la norma si presenti davanti al giudice che è chiamato ad interpretarla come una scatola vuota che attende soltanto di essere riempita in qualsiasi modo, né può affatto accreditare opzioni ermeneutiche che, sotto l'usbergo della interpretazione evolutiva, portino non a far vivere la norma nel mutato contesto

⁽⁶⁶⁾ È stato scritto con riferimento alla certezza del diritto – da considerarsi requisito essenziale della *libertas agendi* di ciascuno – che analogamente alla « concezione della scienza, secondo la quale essa introduce la certezza nella conoscenza, può ben dirsi che il diritto con la sua norma introduce la certezza nella vita sociale, garantendo la qualifica dei comportamenti possibili » (così: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, ora anche in un volume della collana « Civiltà del diritto », diretta da F. MERCADANTE, Milano, 1968, p. 49), ed è stato anche evidenziato che « la scienza giuridica deve mirare soltanto a sapere quale è il diritto non a crearlo », perché « solo quando il giurista abbia la coscienza di questo suo limite e non tenti di sovrapporsi al dato positivo che trova dinanzi a sé, l'opera sua è benefica per il diritto » (in questi termini: P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, nel suddetto volume della citata collana, p. 175).

⁽⁶⁷⁾ Sul punto vedi *amplius*: G. VIDIRI, *Contratto di lavoro termine e continuazione di una infinita e travagliata storia: la sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 881.

sociale ma a farla morire attraverso una interpretazione disapplicativa dei valori ad essa sottesi, perché dal giudice considerati divergenti da quelli da esso auspicati. Ed invero solo principi giuridici affidabili, seppure di non eterna tenuta, possono impedire una deriva verso l'assoluta assenza dei valori ed il nichilismo giuridico.

Di certo le conseguenze negative cui si è accennato possono divenire concrete nel settore giuslavoristico, in cui si riscontrano materie che sono suscettibili – usando una felice espressione di un illustre studioso ⁽⁶⁸⁾ – di essere, per gli interessi sociali che coinvolgono, declinate demagogicamente e che, per essere sovente disciplinate da clausole generali o c.d. elastiche ⁽⁶⁹⁾, volte a consentire ampio spazio all'attività ermeneutica del giudice, possono di fatto determinare (si pensi alla « giusta causa » o al « giustificato motivo » di cui all'art. 1 legge 15 luglio 1966, n. 604, o alle « ragioni di carattere tecnico, produttivo organizzativo o sostitutivo » di cui all'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368) un *vulnus* al principio della certezza del diritto, attraverso la formazione di indirizzi giurisprudenziali in qualche misura condizionati se non da pregiudizi ideologici, dalla formazione culturale e dai valori di vita privilegiati da chi di volta in volta è chiamato a decidere.

Ne consegue che l'approdo alla certezza del diritto non può che essere il doveroso esito di un processo « giusto », che veda l'attività ermeneutica del giudice – anche a fronte di norme caratterizzantesi per l'ampiezza e la genericità del loro contenuto – funzionalizzata, dapprima, alla ricerca, talvolta invero non agevole, della *voluntas legis* e, di poi, alla sua puntuale e completa applicazione. Tutto ciò richiede un giudice che, nel rispetto dei principi della Costituzione e di quelli generali dell'ordinamento, sia nei momenti decisionali scevro da pregiudizi, preconcezioni, e da pur legittime opzioni culturali e socio-politiche; che non caratterizzi il suo ruolo in funzione salvifica o che si assegni altre missioni improprie, ma che abbia invece della giustizia una « concezione laica » e che assuma, quindi, piena consapevolezza che il più cogente e nobile dei suoi do-

⁽⁶⁸⁾ Cfr.: A. VALLEBONA, *Lavoro precario e infortuni mortali tra demagogia e realtà*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 423 ss.

⁽⁶⁹⁾ Come è stato precisato in dottrina, con l'espressione « clausola generale » si vuole fare riferimento a quei concetti usati dal testo della norma, caratterizzati da una elevata indeterminatezza e necessitanti, pertanto, in quanto tali di « integrazione » in sede di applicazione della norma alla fattispecie concreta.

veri e, nello stesso tempo, forse il più difficile da osservare compiutamente è quello di affrancarsi – per essere effettivamente imparziale e libero – da ogni possibile condizionamento ⁽⁷⁰⁾.

L'*iter* argomentativo seguito spiega perché con riferimento alle clausole elastiche il compito di controllo di legittimità della Corte di cassazione si presenti per molte ragioni non agevole.

Ed invero in primo luogo va evidenziato come si imponga nella materia in esame una corretta, meditata e responsabile gestione dei canoni ermeneutici al fine di non superare il confine sempre labile che passa tra una *interpretazione delimitativa* (in senso restrittivo o estensivo) dell'ambito applicativo della norma ed una interpretazione *disapplicativa* e, quindi, in concreto *abrogativa* della stessa ⁽⁷¹⁾.

Va poi evidenziato come il controllo di legalità spettante alla Corte di cassazione – cui spetta di garantire con i suoi pronunziati un diritto stabile nel tempo – sia reso possibile attraverso la esperibilità del ricorso *ex art. 360, 1° comma, nn. 3 e 5 c.p.c.*

Più specificatamente i giudici di legittimità devono identificare – a fronte di clausole generali – i principi da osservare o gli *standards* valutativi da rispettare da parte del giudice di merito nella effettuazione del suo giudizio e del suo compito di assoggettare le fattispecie sottoposte al suo esame alla fattispecie legale astratta, prevista dalla norma attraverso la espressione letterale adoperata. In tale direzione gli stessi giudici, in sede di controllo della decisione impugnata, devono quindi accertare – ai sensi del disposto del n. 3 per quanto attiene alle questioni di diritto e del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. per quanto attiene alle questioni di fatto – se il giudice di merito abbia al caso di specie applicato i principi e gli *standards* valutativi già identificati ed abbia sussunto correttamente la fattispecie concreta in quella legale ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ In questi termini vedi: G. VIDIRI, *Contratto di lavoro a termine*, cit., p. 882.

⁽⁷¹⁾ Osserva in generale G. ALPA, *La certezza del diritto nella età dell'incertezza*, in *Lezioni magistrali*, collana diretta da F. DE SANCTIS e F. FICHERA, Napoli, 2006, pp. 63-64, che l'approccio ermeneutico alle fonti del diritto muove dalla insufficienza delle fonti formali ai fini della determinazione del diritto in concreto, ma non si spinge sino alla creazione libera del diritto, dovendosi affidare a regole e principi; e questi ultimi, con la loro molteplice finalità, « costituiscono il margine di confine tra il diritto positivo ed il mondo dei valori in cui si muove l'interprete ».

⁽⁷²⁾ Un diverso indirizzo dottrinario ha invece affermato che tutta l'attività di qua-

In questi suoi compiti la Corte di cassazione è spesso chiamata, segnatamente nell'area giuslavoristica, a pronunciare *dicta* che, destinati a divenire sovente diritto vivente, richiedono un'attenta ed equilibrata opera di bilanciamento tra valori che – pur diversi tra loro – ricevono ugualmente copertura costituzionale, e che quindi impongono al giudice una ricerca paziente e rigorosa della *voluntas legis*.

8. Giudizio in cassazione ed art. 420 *bis* c.p.c.

È stato osservato, da un lato, che la contrattazione collettiva o, meglio, la poca chiarezza delle clausole contenute nei contratti collettivi,

lificazione del fatto configura un giudizio di diritto, come tale suscettibile di sindacato in sede di legittimità sul presupposto che la sussunzione del fatto alla norma costituisce appunto una valutazione giuridica assoggettabile come tale al sindacato *ex art.* 360, n. 3, c.p.c., il quale a ben vedere « offre lo strumento piano, senza pericoli di indebito sconfinamento nella *quaestio facti*, per il pieno controllo ripetitivo da parte della Corte ». Così: G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 742 anche per la precisazione che se però la Corte, non per condizionamenti tecnico-processuali che non esistono, ma per sue visioni di politica del diritto vuol lasciare ai giudici di merito il governo della norme elastiche ben può farlo da incensurabile organo di vertice quale è, autolimitando i suoi poteri al mero controllo di logicità della opzione valutativa altrui; ed ancora e sempre per l'assoggettabilità al sindacato *ex art.* 360, n. 3, c.p.c.: E. FABIANI, *Orientamenti della cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 18456; ID., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, in *Giurisdizione sistematica di diritto processuale civile*, a cura di A. PROTO PISANI, Torino, 2003.

Si è però rilevato – esaminando l'applicazione nell'area giuslavoristica delle clausole elastiche – come non appaia giustificato abbandonare il tradizionale criterio incentrato sulla netta distinzione tra giudizio di fatto, di competenza del giudice di merito, e giudizio di diritto, devoluto ai giudici di legittimità (così: A. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 441), e si è anche rimarcato come una diversa soluzione contraddica il dato di comune esperienza che le disposizioni definite norme elastiche richiedono accertamenti capaci di dare concretezza ai precetti legali a carattere indeterminato e a segnare la loro operatività, e come specialmente nel processo del lavoro debba sovente procedersi – ai fini dell'accertamento sulle condotte delle parti e sull'elemento soggettivo che le sorregge – a controlli su numerosi dati fattuali, con un stretto intreccio tra questioni di fatto e questioni di diritto e con una frequente accentuazione del carattere di decisi-
 vità degli accertamenti di merito (cfr. al riguardo: G. VIDIRI, *La certezza del diritto e l'interpretazione dei contratti collettivi*, in *Dialoghi. I. L'interpretazione dei contratti collettivi*, in *Quaderni di diritto del lavoro*, Milano, 2004, p. 92 ss.).

possa sovente dar vita a controversie seriali e, quindi, ad un alto numero di controversie giudiziali e, dall'altro, che la previsione, anche per le controversie di lavoro privato – dopo quelle di lavoro pubblico – del ricorso per cassazione « per violazione o falsa applicazione (...) dei contratti collettivi nazionali di lavoro » ha indotto il legislatore ad estendere alle controversie di lavoro privato quanto era già stato stabilito per le controversie di lavoro pubblico ⁽⁷³⁾. E si è al riguardo poi precisato che si sia così, oltre che voluto deflazionare il contenzioso giudiziario e nello stesso tempo velocizzare con uno specifico *iter* procedurale il processo nelle suddette controversie, anche porre un freno al fenomeno, in precedenza spesso verificatosi, di interpretazioni opposte da parte dei giudici di merito su una medesima clausola contrattuale che – risultando comunque incensurabili in cassazione *ex art.* 360, n. 3 o *ex art.* 360, n. 5, c.p.c. in relazione ai canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss. c.p.c. – finivano per determinare una ingiusta diversità di trattamento tra lavoratori anche all'interno della stessa impresa con una lesione al principio della certezza del diritto e, conseguentemente, alla stessa credibilità della risposta giudiziaria ⁽⁷⁴⁾.

È stato opportunamente ricordato con riferimento alle controversie di lavoro pubblico che il giudice delle leggi – con considerazioni però estensibili anche al contenzioso sul lavoro privato – nel ritenere infondati i dubbi di legittimità sollevati da più parti sul disposto dell'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001 per violazione degli artt. 3 e 111 Cost. ⁽⁷⁵⁾ –

⁽⁷³⁾ Cfr. in tali termini: G. TRISORIO LIUZZI, in *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., a cura di F. CIPRIANI, *sub art.* 420 *bis*, pp. 470-471; ed ancora tra gli altri: ROSELLI, *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, I ed., cit., p. 477 ss. nonché A. VALLEBONA, *La nomofilachia accelerata della cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 724 ss.

⁽⁷⁴⁾ Sul punto vedi: G. IANNIRUBERTO, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi dopo il d.lgs. 40 del 2006*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 452, e più di recente dello stesso autore sempre *L'accertamento pregiudiziale sulla interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi*, nella seconda edizione del *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 111 ss.

⁽⁷⁵⁾ Sulla pregiudiziale in materia di contratti di lavoro pubblico vedi per tutti: L. DE ANGELIS, *Accertamento pregiudiziale ex art. 68 bis d.lgs. n. 29/1993, rispetto della legge da parte del giudice, ruolo della dottrina*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2000, pp. 621-625, ed, in epoca più recente, per tutti: G. TRISORIO LIUZZI, *L'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi dal d.lgs. n. 80/1998 al d.lgs. n. 40 del 2006*, a

ha affermato che il meccanismo previsto dalla suddetta norma può « in qualche misura “sacrificare” l’interesse del singolo lavoratore dedotto nel giudizio individuale », in quanto appartiene alla discrezionalità del legislatore optare per una soluzione che, a fronte di un modesto sacrificio del singolo, sia idonea a produrre in termini di certezza (e, quindi, fra l’altro di prevenzione di imponenti contenziosi e di più agevole definizione di altre controversie pendenti) « rilevanti vantaggi di carattere generale » ⁽⁷⁶⁾; ed ha altresì supportato la sua decisione anche con la considerazione che il previsto meccanismo della risoluzione della pregiudiziale è destinato ad operare solo a fronte di una seria questione interpretativa e che la decisione finale della Corte di cassazione, senza ledere il principio della soggezione del giudice alle leggi, vincola solo in via tendenziale tutti i giudici, contestualmente o in futuro, investiti della stessa questione ⁽⁷⁷⁾.

Ma l’effettivo perseguimento delle finalità volute dal legislatore è stato messo in dubbio ritenendosi che il meccanismo dell’accertamento pregiudiziale, previsto per evitare controversie in serie, continuerà ad essere scarsamente applicato. A conforto di tale opinione è stato osservato che sospendere automaticamente una controversia individuale – e sacrificare l’interesse del singolo lavoratore anche quando la causa è matura per la decisione – non sembra contribuire ad evitare le controversie di serie, tanto più che la decisione della cassazione non vincola nel suo contenuto gli altri giudici chiamati a pronunciarsi sulla identica questione, perché è lasciata ad essi la possibilità di decidere diversamente la questione con sentenza non definitiva, ricorribile in cassazione ⁽⁷⁸⁾.

cura di M.G. GAROFALO e R. VOZA, *La deflazione del contenzioso del lavoro. Il caso delle Pubbliche amministrazioni*, Bari, 2007, p. 293; G. VIDIRI, *La questione pregiudiziale ex art. 64 d.lgs. n. 165 del 2001*, in *Giust. civ.*, 2006, II, c. 65; P. CURZIO, *Accertamento pregiudiziale sull’efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi*, in *Riv. critica dir. lav.* 2003, 8.

⁽⁷⁶⁾ Al riguardo cfr.: Corte cost., 7 giugno 2002, n. 233, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1770.

⁽⁷⁷⁾ Vedi sul punto: Corte cost., 5 giugno 2003, n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2232.

⁽⁷⁸⁾ Così: G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, pp. 491-492, che sottolinea l’incompatibilità della sospensione *ipso iure* del giudizio prevista ex art. 420 *bis* c.p.c. – a prescindere dalla fondatezza della impugnazione – con le controversie del lavoro, che dovrebbero essere invece caratterizzate per loro intrinseca natura da celerità ed immediatezza, per cui sarebbe stato meglio contemplare una sospensione discrezionale su concorde richiesta delle parti, analogamente a quanto previsto nell’art. 279 c.p.c., perché ciò avrebbe consen-

Ed in senso particolarmente critico nei riguardi dello istituto in esame si è poi dedotto che non si riesce a comprendere come si possa attribuire ai giudici di legittimità il compito di verificare – in contrasto con il ruolo ad essi devoluto ai sensi dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario – l'esatta applicazione di contratti e accordi, non limitandosi a verificare l'esatta applicazione delle norme codicistiche in materia contrattuale ma indicando anche, attraverso un giudizio di fatto, quale sia il modo corretto di interpretare il contratto, senza preoccuparsi nello stesso tempo di individuare gli strumenti (probatori) attraverso i quali i suddetti giudici possono acquisire gli elementi necessari per formulare il loro giudizio ⁽⁷⁹⁾.

Ed ancora si è osservato nella stessa ottica come l'istituto in esame non valga a limitare in alcun modo, in termini di efficacia e di vincolatività dei contratti collettivi, gli effetti negativi scaturenti dalla mancata attuazione del disposto dell'art. 39 Cost. ⁽⁸⁰⁾ e come il disposto dell'art. 420 *bis* c.p.c. non si mostri permeabile ai valori del contesto normativo di cui viene a fare parte sì da potere determinare – in una sorte di eterogenesi dei fini – più che una deflazione del contenzioso nuovi ed ulteriori dubbi sulla portata ed applicabilità delle pattuizioni sindacali con effetti negativi per la certezza del diritto ⁽⁸¹⁾.

Al riguardo in primo luogo va ricordato che le controversie sull'efficacia e la validità dei contratti collettivi di categoria possono essere decise dalla Corte di cassazione sia in via ordinaria *ex art.* 360, n. 3, c.p.c., sia

tito di evitare il sacrificio del singolo, mantenendo comunque l'intervento della cassazione.

⁽⁷⁹⁾ Per siffatta considerazione cfr.: A. CARRATTA, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 1125 ss.

⁽⁸⁰⁾ Ritiene M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XLII, Padova, 2006, p. 120, che l'art. 39 Cost., pur essendo il più avanzato tentativo di incanalare il conflitto industriale nel sistema legale e di assicurare nel contempo una protezione minima contrattuale a tutti i lavoratori di una stessa categoria, non ha trovato attuazione perché ad esso si è addebitato di volere costringere le organizzazioni sindacali in un modello che presenta istituti dall'indubbio carattere corporativo.

⁽⁸¹⁾ Per la tesi che ravvisa – in ragione dei contrasti sorti in dottrina e giurisprudenza su molte delle problematiche scaturenti dall'applicazione dell'art. 420 *bis* c.p.c. – una drastica divaricazione tra gli intenti legislativi e la realtà fattuale vedi: G. VIDIRI, *Art. 420-bis c.p.c.: norma utile o eterogenesi dei fini?*, in *Giust. civ.*, 2009, II, c. 167 ss.

in sede di impugnativa della decisione del giudice di merito *ex art. 420 bis c.p.c.*, con il possibile formarsi di un contrasto di giudicati su di una medesima questione; il che induce alla considerazione che quella efficacia rafforzata – riconosciuta alla sentenza sull'accertamento pregiudiziale alla stregua del disposto dell'art. 146 disp. att. c.p.c. – può di fatto essere vanificata da *dicta* che, per essere pronunciati a seguito di ricorsi *ex art. 360, n. 3, c.p.c.* ed all'esito di un processo articolatosi in due gradi di giudizio e dopo una esauriente istruttoria sull'intero *thema decidendum*, sono suscettibili di avere maggiore autorevolezza e di costituire precedenti giurisprudenziali con un più duraturo seguito ⁽⁸²⁾.

Inoltre, sebbene su molte problematiche non sembrano più permanere dubbi – come, ad esempio, su quella riguardante la natura della questione pregiudiziale come presupposto necessario per interaprendente l'*iter* procedurale disciplinato dall'art. 420 *bis c.p.c.* ⁽⁸³⁾ o su quella attinente alla applicabilità di tale norma al solo giudizio di primo grado ⁽⁸⁴⁾

⁽⁸²⁾ È stato osservato che risultati maggiormente apprezzabili in termini di nomofilachia sarebbero stati raggiunti se le controversie di cui all'art. 420 *bis c.p.c.* fossero state incluse per il rilievo oggettivo da esse assunto – tramite una modifica aggiuntiva al 2° comma dell'art. 374 c.p.c. – tra quelle comportanti una questione « di massima di particolare importanza », suscettibili di essere devolute come tali alle Sezioni unite della Corte di cassazione quale organo costituzionalmente deputato a pervenire i contrasti, dal momento che – come la realtà giudiziaria ha già significamente dimostrato – non sono affatto rari all'interno della sezione lavoro, e proprio in materia di interpretazione dei contratti collettivi e loro applicazioni, soluzioni differenziate ed enunciazioni di principi tra loro contrastanti (così G. VIDIRI, *op. ult.*, cit., p. 177).

⁽⁸³⁾ Per l'assunto che l'accertamento pregiudiziale *ex art. 420 bis* debba avvenire solo in presenza di fattispecie in cui la « la clausola contrattuale sia di contenuto oscuro e possa prestarsi a diverse e contrastanti letture interpretative oppure sia sospettabile di nullità ed efficacia » vedi: Cass., 7 marzo 2007, n. 5230, cui *adde* Cass., 19 febbraio 2007, n. 3770.

⁽⁸⁴⁾ Per tale indirizzo vedi tra le altre: Cass., 7 marzo 2007, n. 5230, cit., in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 592, con nota di M. TATARELLI, *L'art. 420 bis c.p.c. è inapplicabile nel giudizio d'appello*; ed ancora Cass., 19 febbraio 2007, n. 2077, in *Foro it.*, 2007, 1, c. 2077, con nota di A.D. DE SANTIS, *Sull'inapplicabilità dell'art. 420 bis c.p.c. al giudizio di appello*, ed in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 218, con nota di R. GALARDI, *La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 420-bis c.p.c., in materia di accertamento pregiudiziale sulla validità e interpretazione dei contratti collettivi*, ed ancora in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2007, II, p. 491, con nota di F. FABBRI, *L'accertamento « pregiudiziale » circa la validità e l'efficacia dei contratti collettivi è ammissibile solo in primo grado*. Sull'attivazione, solo nel

– continuano – a causa di una tecnica legislativa approssimativa e sotto molti versanti lacunosa – a manifestarsi incertezze su molte questioni o a rimanere insolute molte tematiche su punti non certo marginali dell'istituto in esame. Così a titolo puramente esemplificativo può evidenziarsi come permangano difformità di opinioni in termini di formulazione del quesito *ex art. 366 bis c.p.c.* ⁽⁸⁵⁾ o di individuazione degli oneri incombenenti sulle parti del giudizio ⁽⁸⁶⁾, nonché sui limiti dei poteri rimessi al giudice di legittimità ⁽⁸⁷⁾ e come non vi sia ancora alcun riscontro sui tipi di processi in relazione ai quali risulta possibile l'applicazione del procedimento in esame ⁽⁸⁸⁾.

Per concludere, quindi, l'art. 420 *bis* c.p.c. contro la volontà del legislatore sembra incentivare dubbi e riserve in una materia in cui sono ne-

giudizio di primo grado e non anche in quello di appello, della procedura anche *ex art. 64* del d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di pubblico impiego privatizzato vedi da ultimo: Cass., 19 marzo 2010, n. 6748.

⁽⁸⁵⁾ Per la necessità della formulazione del quesito cfr.: Cass., 18 febbraio 2008, n. 4008. *Contra* invece: Cass., 25 giugno 2009, n. 14919.

⁽⁸⁶⁾ Ed infatti a fronte delle statuizioni secondo cui nel processo *ex art. 420 bis* la parte ha l'onere di depositare a pena di improcedibilità del ricorso *ex art. 369*, 2° comma, n. 4, c.p.c. il testo integrale del contratto collettivo alla quale la domanda si riferisce, non essendo sufficiente il deposito di uno estratto o di singole clausole dello stesso in quanto l'indicato adempimento ha carattere strumentale rispetto al pieno esercizio della funzione nomofilattica (cfr. al riguardo: Cass., 26 febbraio 2008, n. 5050, che rimarca come il giudice di legittimità non risulti vincolato dalla interpretazione prospettata dagli interessati o dalle ragioni poste a fondamento delle domanda; e più di recente: Cass., 16 luglio 2009, n. 16619, cit.) si riscontra altro indirizzo che ha escluso l'onere del deposito ove le stesse 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 (cfr.: Cass., 30 giugno 2009, n. 15322).

⁽⁸⁷⁾ Per un diverso approccio teorico sulla carenza di istruttoria da parte del giudice di merito e sui poteri spettanti alla Corte di cassazione nel procedimento *ex art. 420 bis* vedi: Cass., 25 giugno 2009, n. 14919 nonché Cass., 24 gennaio 2008, n. 1578, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 134, con nota di G. FAVALLI, *Il punto sull'art. 420 bis c.p.c.*

⁽⁸⁸⁾ Per la tesi della non applicabilità dell'art. 420 *bis* c.p.c. nei procedimenti arbitrali, in quelli monitori e cautelari, vedi però: G. IANNIRUBERTO, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed integrazione dei contratti collettivi dopo il d.lgs. n. 40 del 2006*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 452, che fonda il suo assunto sulla particolare celerità di tali procedimenti e sulla loro minore stabilità rispetto all'ordinario giudizio di cognizione.

cessari approdi giurisprudenziali affidabili e perduranti nel tempo, a conferma che leggi lacunose, ambigue e di difficile lettura rientrano a pieno titolo tra quelle che sono state perspicuamente definite « minacce di fatto al principio della certezza del diritto » ⁽⁸⁹⁾.

9. La nuova regolamentazione dei provvedimenti sulle spese del processo

In relazione alle spese processuali la legge n. 263 del 2005, modificando il testo del 2° comma dell'art. 92 c.p.c., aveva in tema di compensazione delle spese obbligato il giudice di merito ad esplicitare i giusti motivi posti a base del suo provvedimento, e ciò al fine di porre un argine al larghissimo uso del potere di compensare le spese attraverso il frequente ricorso da parte dei giudici di merito a formule pleonastiche o generiche, che finivano in concreto senza alcuna effettiva ragione giustificativa per disapplicare il criterio generale della soccombenza, non di rado drasticamente vanificando, se non annullando, il vantaggio a livello economico derivante alla parte vittoriosa dall'accoglimento della sua domanda.

L'aver constatato come l'avvenuta modifica non ha portato nella pratica giudiziaria gli effetti sperati – perché l'aver obbligato il giudice ad esternare i « giusti motivi » non metteva al riparo dal pericolo che l'indicazione degli stessi avvenisse con l'uso di clausole di stile o di ampio contenuto suscettibile come tale di adattarsi ad una pluralità di fattispecie diverse – ha di certo determinato l'intervento del legislatore del 2009 che, condizionando la compensazione totale o parziale delle spese alla « soccombenza reciproca » o al concorso « di gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione », ha mostrato di volere ridurre a casi marginali e residuali le ipotesi di compensazione delle spese anche a fronte della stessa « soccombenza reciproca ». La disposizione in esame – a differenza di chi ha ritenuto che anche essa sia destinata ad avere una scarsa ricaduta pratica perché cambia poco qualificare le ra-

⁽⁸⁹⁾ Per la individuazione delle minacce di fatto contro la certezza del diritto vedi *amplius*: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 67 ss.; e per una sottolineatura della rilevanza del suddetto principio con specifico riferimento alle problematiche riguardanti la materia del lavoro vedi: A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 8 ss.

gioni della compensazione come « giuste » ovvero come « gravi ed eccezionali » ⁽⁹⁰⁾ – oltre ad indurre il giudice ad una compiuta applicazione della volontà del legislatore e ad una doverosa diligenza e riflessione sull'intero materiale decisorio – può ampliare gli spazi delle impugnative sui provvedimenti di compensazione delle spese – con la configurabilità anche del ricorso per cassazione *ex art. 360, n. 3, c.p.c.* – per violazione del disposto dell'art. 91 c.p.c.

Ed invero non può dubitarsi che quest'ultima disposizione – se interpretata alla stregua dell'art. 111 Cost. e specificamente alla luce dei principi di un processo giusto e di ragionevole durata (principi che sono di certo alla base anche alle disposizioni di cui all'art. 91, 1° comma, ultima parte e dell'art. 92, 3° comma, c.p.c.) – può fungere da parametro per saggiare la resistenza all'impugnazione del provvedimento sulla compensazione sulle spese, rendendo ora censurabili decisioni che in precedenza non lo erano affatto.

Ed un intento volto a conciliare la contrazione dei tempi del giudizio con una condotta collaborativa delle parti improntata al dovere di lealtà (art. 88 c.p.c.) può ravvisarsi nella modifica operata dalla legge n. 69 del 2009 all'art. 91 c.p.c. (con la sostituzione del secondo periodo del 1° comma), che ha introdotto una disposizione nella quale si è ravvisata una previsione di un possibile rovesciamento della regola « *victus victori* » perché nel caso in cui sia stata effettuata una proposta conciliativa respinta senza giustificato motivo dalla parte poi risultata vincitrice sì, ma in una misura non superiore a quella offerta, la norma prevede l'eccezionale possibilità della condanna delle spese della parte vincitrice (con opportuna e logica limitazione a quelle successive all'offerta) ⁽⁹¹⁾.

Si è voluto in tal modo seguire il principio di causalità in forza del quale le spese del giudizio vanno poste a carico di chi ha con il suo comportamento reso necessario il ricorso al giudizio e la sua continuazione ⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ Per tale considerazione vedi: C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *La riforma del processo civile*, cit., p. 14.

⁽⁹¹⁾ Così C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, pp. 29-30 che fanno però salva la possibilità di compensazione, parziale o totale, *ex art. 92 c.p.c.*

⁽⁹²⁾ Sul punto vedi S. BOCCAGNA, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in AA.Vv., *Le norme sul processo civile*, cit., p. 31, che precisa anche come la norma attribuisca rilievo al principio di causalità solo nel caso in cui la proposta venga rifiutata dalla parte ri-

Una tale disposizione – che fa in ogni caso salva la possibilità di compensazione (totale o parziale delle spese nel caso di « gravi ed eccezionali ragioni ») ⁽⁹³⁾ – appare suscettibile di una frequente applicazione del rito del lavoro che, nel ricalcare i principi chiovendiani dell'oralità, della immediatezza e della concentrazione, guarda, come attesta il disposto del 1° comma dell'art. 420 c.p.c., – all'interrogatorio libero delle parti ed al tentativo di conciliazione come passaggio doveroso per le parti e nello stesso tempo utile per una migliore e completa identificazione del *thema decidendum* e per facilitare, attraverso tale identificazione, una conciliazione che, mediando tra le avverse posizioni iniziali eviti, con il vantaggio di tutti, il pericolo dei tempi, spesso lunghi e dispendiosi, del processo. In questo contesto la norma scrutinata può, dunque, facilitare come detto – anche ad opera di un attivo intervento del giudice – soluzioni concordate inducendo le parti ad un rigoroso rispetto dei principi di lealtà e di trasparenza, la cui violazione può essere di fatto sanzionata con il pagamento delle spese. Considerazioni queste che portano a ritenere – anche in considerazione della lettera della legge (« spese del processo maturate dalla formulazione della proposta ») – che la norma in esame può trovare applicazione con riferimento soltanto alla conciliazione giudiziale, sempre che l'offerta risulti – nell'osservanza di un adempimento da considerarsi doveroso – dal verbale di causa o da altra idonea documentazione scritta ⁽⁹⁴⁾.

L'intervento del legislatore in materia di spese processuali si è concretizzato anche aggiungendo all'art. 96 c.p.c. in tema di responsabilità aggravata un ulteriore comma, che si è ritenuto avere introdotto una sorte di responsabilità oggettiva del soccombente, che si correla ad una incauta instaurazione del giudizio al fine di evitare processi pretestuosi e

sultata vincitrice, e non anche laddove sia la parte soccombente a rifiutare una proposta conciliativa che attribuisca all'avversario quanto poi gli è stato riconosciuto con la sentenza; ma – aggiunge l'Autore – il comportamento della parte non rimarrà in quest'ultimo caso privo di conseguenze, potendo essere valutato dal giudice ai fini dell'applicazione del nuovo ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.

⁽⁹³⁾ Sul punto vedi, come già detto, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 30.

⁽⁹⁴⁾ Ritiene invece S. BOCCAGNA, *op. loc. cit.*, che non vi siano ragioni per escludere l'applicazione della norma anche alla conciliazione stragiudiziale sempre che l'offerta conciliativa e le ragioni del suo rifiuto risultino da apposita documentazione scritta.

che prescinde sia dall'*an* che nel *quantum* dall'eventuale danno subito per questo dall'altra parte ⁽⁹⁵⁾.

La disposizione in esame – che riprende in parte il disposto dell'ora abrogato 4° comma dell'art. 385 c.p.c., riferito al solo giudizio di cassazione ⁽⁹⁶⁾ – è stata considerata una nuova ipotesi di responsabilità processuale che si caratterizza, rispetto a quelle già esistenti, per mancare in essa del tutto a livello di predeterminazione legislativa gli elementi costitutivi della condanna ed inoltre per avere ad oggetto una somma da liquidarsi in via equitativa a prescindere dall'effettiva esistenza di un danno cagionato dalla condotta della controparte ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ In tali termini: C. ASPRELLA-R. GIORDANO, *op. loc. ult. cit.*, che sottolineano la peculiarità di una norma avente ad oggetto una condanna a favore della parte vittoriosa pur avendo la finalità di tutelare un interesse di rilevanza pubblicistica.

Per la possibilità di utilizzazione della disposizione in esame anche nei confronti del convenuto che abbia visto accogliere la domanda nei termini in cui l'attore gli aveva formulato una proposta conciliativa da lui rifiutata cfr.: A. BOVE, *Brevi riflessioni*, cit., par. 10.

⁽⁹⁶⁾ Va ricordato che il comma aggiunto all'art. 385 c.p.c. dal d.lgs. n. 40 del 2006, abrogato dall'art. 46, 20° comma, della legge 18 giugno 2009, n. 69, è destinato tuttavia – a norma dell'art. 58, 1° comma, di quest'ultima legge, che ne detta le disposizioni transitorie – a trovare ancora applicazione, per esserne l'abrogazione operativa soltanto per i giudizi di cassazione relativi ai processi instaurati dopo il 4 luglio 2009. Per una esauriente e ragionata epitome di tutte le problematiche scaturenti dall'applicazione dell'art. 385 c.p.c. vedi: G. DE LUCA, in AA.VV., in *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., a cura di F. Cipriani, p. 366 ss.

⁽⁹⁷⁾ Per tale opinione vedi, tra gli altri, S. BOCCAGNA, *op. cit.*, p. 32, ed in argomento anche G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, cit., pp. 18-19, che parla di una « misura che potrebbe rientrare nell'ambito del risarcimento dei danni c.d. punitivi già saggiati da interessante dottrina e che possono costituire un argine alle azioni sconsiderate delle parti nel processo ».

Ritiene invece S. MENGHINI, *La riforma della giustizia civile (Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009)*, cit., p. 28, che l'erogazione della pena di cui alla disposizione scrutinata presuppone un comportamento processuale illecito e la sua quantificazione, in assenza di limiti dettati dal legislatore, avviene tenendo conto del pregiudizio subito dal vincitore e dal vantaggio avuto dal soccombente a causa della condotta processuale lesiva connotata da mala fede o colpa grave. Rimarca ancora l'Autore che il giudice deve motivare in modo specifico in ordine all'*an* e al *quantum* della pena irrogata; in assenza totale la decisione è censurabile ai sensi del n. 4 dell'art. 360 c.p.c., mentre la motivazione, ove presente, è controllabile solo per manifesta illogicità *ex art.* 360, n. 5, c.p.c.

Orbene, la norma in esame, che ha sollevato riserve per avere lasciato la scelta della condanna al potere discrezionale del giudice, merita invece una convinta adesione.

E indubbio che una delle finalità sottese al 3° comma dell'art. 96 è di certo quella di deflazionare il carico giudiziario e di sanzionare – analogamente a quanto è stato già detto in tema di 3° comma dell'art. 385 c.p.c. – efficacemente, attraverso una condanna pronunziata d'ufficio e con determinazione dei danni in via equitativa, condotte temerarie, pretestuose ed improntate a mero ed inutile formalismo che per allungare i tempi della giustizia e per concretizzare danni da processo non possono che essere sanzionate nel processo.

Ne consegue che la norma in esame, se interpretata come è doveroso in senso costituzionalmente orientato non merita le censure che le sono state mosse, perché un processo rispettoso dei principi di cui al 1° e 2° comma dell'art. 111 Cost. non solo deve garantire un interesse della collettività ad un giusto processo ma non può non tutelare anche l'interesse di ciascuna delle parti in contesa ad ottenere una sollecita risposta alla domande proposte. E a corollario di tale considerazione deve concludersi che è auspicabile che l'applicazione della disposizione scrutinata non sia ridotta a casi marginali ma che attraverso essa finiscano per trovare applicazione, seppure – come è evidente con i necessari adattamenti – anche in tema di condanna *ex art. 96, 3° comma, c.p.c.* (e conseguentemente dei danni da liquidarsi) i principi che, in linea con quanto prescritto dalla Costituzione e dalla CEDU, sono stati più volte ribaditi dai giudici di legittimità ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁸⁾ Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2004, n. 1339, in *Giust. civ.*, 2004, I, c. 907 con nota di F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Durata irragionevole del processo e presunzione di danno non patrimoniale* e, da ultimo, Cass., 6 maggio 2009, n. 10412 per la statuizione che, ai sensi dell'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, il danno non patrimoniale è una conseguenza che, secondo l'«*id quod plerumque accidit*», si accompagna alla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo che, deve pertanto essere risarcito a causa della perdita dei vantaggi personali conseguibili da una sollecita risposta del servizio giustizia.