

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI TORINO

Convegno 13 marzo 2014

Il linguaggio giuridico e le sue fonti: la giurisprudenza come fonte del diritto

Il ruolo dell'avvocato nel divenire della giurisprudenza

Marco Weigmann

* * *

Il ruolo dell'avvocato nell'elaborazione della c.d. giurisprudenza creativa

La giurisprudenza è la «*scienza giuridica pratica*»¹ e, in una prima – ampia – accezione, essa coinvolge gli *iuris periti*, ossia gli esperti del diritto; giudici, avvocati, notai, e quei consulenti e docenti da cui promana la cosiddetta “*dottrina*”.

Nondimeno, in alcuni ordinamenti di matrice occidentale il termine giurisprudenza concerne soprattutto l'organo giurisdizionale.

Tra il XVIII e il XIX secolo, il ruolo del giudice e la relazione che questo doveva avere con la norma giuridica è stato a lungo oggetto di dibattito. Mentre il giusnaturalismo sosteneva l'esistenza di un diritto naturale sovraordinato, cui le leggi dello Stato dovevano sottostare, il giuspositivismo identificava il diritto con le statuizioni dell'autorità sovrana: tale concezione ha condotto gradualmente a distinguere il concetto di creazione della norma da quello di applicazione della norma e alla conseguente elaborazione della teoria della separazione dei poteri. E per evitare che le norme promanassero da chi le doveva applicare e rispettare, si è condizionato l'interprete ad una concezione meccanica e priva di autonomia del contenuto della norma giuridica.

L'evoluzione che si è avuta da allora è nota a tutti. Oggi il sistema delle fonti è molto più complesso e vede l'affastellamento di fonti legislative e regolamentari, di produzione sovranazionale, nazionale e regionale, nonché, in ambito estremamente residuale, delle consuetudini.

È in questo quadro che va risolto il problema se la giurisprudenza sia, o no, fonte effettiva del diritto² e – per quanto qui interessa – che va

¹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza*, in *Enc. Giuridica Treccani*, vol. XV, p. 1.

² In questo senso cfr. C. CONSOLO, *Le sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure veggente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 3166.

individuato il contributo dell'avvocato nell'evoluzione giurisprudenziale.

Sebbene il nostro ordinamento giuridico non sia un sistema casistico, l'applicazione giurisprudenziale è tenuta in gran considerazione. Ed è constatazione corrente che essa sia spesso intervenuta a modificare l'impianto normativo, vuoi supplendo alle lacune del legislatore, vuoi adeguando l'applicazione di una norma al diverso contesto sociale in cui è calata, vuoi cambiando significato e portata di un testo normativo, anche a rischio di contraddizioni o antinomie.

L'avvocato, nel rappresentare gli interessi privati del suo assistito, segnala al giudice i casi in cui occorra una interpretazione riparatrice o innovatrice ed è quindi, prima ancora del giudice, parte attiva e fattiva di questo procedimento, grazie al ruolo che riveste nel rito processuale. *Tempora mutantur et nos mutamur in illis*: è di tanti rivoli ed affluenti che si arricchisce un grande fiume.

Guido Alpa ha recentemente osservato che il difensore «è uno degli attori del processo, parte essenziale anche là dove l'assistito non intenda nominarne uno di fiducia e non sia abilitato a difendersi da sé. Egli svolge il suo compito in modo dialettico con il difensore di controparte e nel dialogo con il giudice: nel processo civile e nel processo penale si dice che si tratti di un compito persuasivo perché diretto a convincere il giudice delle buone ragioni del suo assistito: insomma svolge un ruolo così essenziale, nel processo e fuori dal processo, che nella concezione pubblicistica del processo penale e del processo civile accreditatasi nel nostro Paese, la sua viene definita una funzione di rilevanza pubblica. Con toni che potrebbero apparire enfatici - ed invece sono esattamente corrispondenti ancor oggi alla funzione svolta da questa figura nella nostra esperienza-, la Relazione del Guardasigilli al Re sul Codice di procedura civile del 1940 parla dell'avvocato come di un soggetto che svolge un ministero (art. 82 cpc), che svolge quindi un munus, e sottolinea che gli avvocati devono avere «piena coscienza dell'altezza morale e dell'importanza pubblica del loro ministero, che li chiama ad essere i più preziosi collaboratori del giudice»³.

³ G. ALPA, *Il ruolo del difensore oggi*, in www.consiglionazionaleforense.it

L'incidenza delle ultime riforme processuali sul ruolo dell'avvocato

Questa collaborazione arricchente dell'esperienza e della scienza giuridica non pare essere stata tenuta adeguatamente presente nelle ultime riforme legislative che hanno introdotto ostacoli all'elaborazione giurisprudenziale. Il riferimento, in particolare, è ai nuovi strumenti “*filtro*” predisposti nel 2012 per il giudizio di appello e nel 2009 per il giudizio di cassazione.

A) Giudizio d'appello

Quanto all'appello, il nuovo art. 348 *bis* c.p.c. dispone che l'impugnazione è dichiarata inammissibile quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta.

Circa la locuzione «*ragionevole probabilità di essere accolta*» dottrina e giurisprudenza si sono interrogate e divise.

La Corte d'Appello di Milano, in una nota del Presidente della IV Sezione dott. Federico Buono, ha evidenziato «*che la ragionevole probabilità si ricollegherà al fumus boni iuris, criterio ispiratore ai fini dell'emissione di una misura cautelare e anche della valutazione della sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata. Il fumus viene definito come l'apparenza del diritto a salvaguardia del quale si intende richiedere la tutela e qui verrebbe a dar fondamento ad una ragionevolezza della decisione e con essa al probabile esito dell'appello*»⁴.

Basta il *fumus boni iuris* anche per il nuovo art. 348-*bis*?

Qualcuno dice che il *bonum ius* sarebbe solo quello consacrato dalla giurisprudenza: l'atto di appello dovrebbe far leva proprio sui precedenti giurisprudenziali, utilizzati come argomento di convincimento. E a confronto di ciò si richiama l'art. 348-*ter* c.p.c., che espressamente ammette la motivazione, seppur succinta, fondata su un mero rinvio a precedenti conformi: «*la mancanza di una ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello sussiste quando, alla stregua delle risultanze acquisite e delle preclusioni maturate, ed in conformità degli indirizzi giurisprudenziali consolidati, sia altamente probabile che i motivi dedotti non possano trovare accoglimento sulla base di una diversa valutazione dei fatti o di una differente opzione interpretativa o di un divergente esercizio della discrezionalità ove consentita*»⁵.

⁴ F. BUONO, *Brevi note sul filtro in appello e sulle modifiche al ricorso per cassazione*, in www.corteappello.milano.it.

⁵ App. Bari, 18 febbraio 2013, in *De Jure*.

Aderire a questa interpretazione dell'art. 348 bis c.p.c. potrebbe diminuire il contributo dell'avvocato nella prospettazione al giudice di nuove soluzioni giuridiche: se nelle giurisdizioni superiori non fossero ammissibili impugnazioni basate su nuove interpretazioni del dato normativo, la giurisprudenza non potrebbe continuare nella sua attività di elaborazione del diritto; non potrebbe aggiornarsi; non avrebbe stimolo ad affrontare i temi giuridici sotto nuovi e diversi punti di vista. Più rassicurante sembrerebbe quindi l'interpretazione dell'art. 348 bis c.p.c. fatta propria dalla Corte di Appello di Roma in una pronuncia di inizio 2013⁶. Essa ha osservato che l'appello non ha ragionevoli probabilità di accoglimento «quando è prima facie infondato, così palesemente infondato da non meritare che siano destinate ad esso le energie del servizio - giustizia, che non sono illimitate: questo, a parere del collegio, è il senso della riforma, volta ad interdire l'accesso alle (ed alle sole) impugnazioni dilatorie e pretestuose. L'ordinanza di cui all'art. 348 bis c.p.c., per questa via, si inserisce in un ampio intervento legislativo volto a sanzionare l'abuso del processo, abuso in cui si risolve l'esercizio del diritto di interporre appello in un quadro di plateale infondatezza».

B) Giudizio di cassazione

La locuzione “*manifesta infondatezza*” è prevista anche in sede di inammissibilità del ricorso in Cassazione ex art. 360 bis c.p.c. In riferimento a tale innovazione, introdotta con la l. 69/2009, è stato icasticamente osservato che «*il messaggio è evidente: se l'orientamento è chiaro e consolidato non è neppure il caso di discutere la questione*»⁷.

Altra insigne dottrina, prendendo le mosse da tale rilievo, ha segnalato che «*di fronte ad un orientamento ben consolidato è, se non impossibile, almeno particolarmente difficile che il ricorso possa essere preso in considerazione, dato che le probabilità che esso possa dire qualcosa di nuovo sono minime. Ma non è comunque escluso che ciò avvenga e che la Corte possa trovare qualche ulteriore spunto per ripensare su se stessa. Da qui la necessità che l'avvocato, oltre che a redigere correttamente il ricorso, si debba sforzare di trovare una maglia più larga delle altre nella quale fare breccia sulla*

⁶ App. Roma, 23 gennaio 2013, in www.ilsole24ore.com; nello stesso senso cfr. App. Reggio Calabria 28 febbraio 2013, in *De Jure*; in dottrina cfr. R. GIORDANO, *Commento sub art. 348 bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio – Consolo – I Sassani – Vaccarella, t. IV, Torino, 2013, 409.

⁷ F. CARPI, *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 775.

giurisprudenza della Corte. Sforzo che può anche non essere difficile (ovviamente per l'avvocato preparato), ma che alle volte può divenire impossibile qualora l'orientamento della Corte sia ormai a perfetta tenuta e non abbia più bisogno di alcun arricchimento. Il messaggio che deriva dal n. 1 dell'art. 360 bis c.p.c. è dunque evidente ed è quello per cui la norma è volta a disincentivare i ricorsi contro provvedimenti conformi all'orientamento della Corte»⁸.

Alcuni casi pratici

Veniamo adesso ad affrontare alcuni esempi di giurisprudenza creativa, dove è stato particolarmente sensibile l'apporto costruttivo da parte degli avvocati.

Il c.d. caso Meroni

Corte di Cassazione, sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174

Il caso Meroni è stato un vero e proprio *leading case*, uno dei primi precedenti – guida che hanno avuto grande influenza sulla successiva elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale⁹. E un decisivo contributo venne fornito dai legali della Società Torino Calcio, che stimolarono la giurisprudenza ad elaborare una sentenza che cambiò le regole sul risarcimento della lesione extracontrattuale di un diritto di credito.

La sentenza giunse all'esito di un processo iniziato avanti il Tribunale di Torino¹⁰ e proseguito in secondo grado avanti la Corte d'appello di Torino¹¹.

La Suprema Corte, riformando la sentenza d'appello, capovolse i convincimenti pregressi e pervenne ad ammettere in linea di principio la configurabilità del risarcimento del danno derivante dalla lesione da parte di un terzo del diritto di credito. Il Supremo Collegio stabilì,

⁸ G. F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, 213.

⁹ Il calciatore del Torino Gigi Meroni era perito in un incidente automobilistico e la Società Torino Calcio aveva promosso una causa per ottenere a proprio favore (e in eccedenza alla richiesta risarcitoria degli eredi del Meroni) il risarcimento dei danni contro l'automobilista che lo aveva investito e aveva privato la Società Torino Calcio delle capacità di quel giocatore.

¹⁰ Sentenza del 22 maggio 1968.

¹¹ Sentenza del 27 gennaio 1969.

infatti, che il danno causato dalla morte del calciatore alla società calcistica potesse configurarsi come un danno diretto ed immediato e quindi risarcibile da parte dell'autore, a condizione che la perdita delle prestazioni contrattuali (in questo caso di contenuto sportivo) si presentasse come irreparabile e definitiva, per tale intendendosi la perdita a seguito della quale si abbia l'insostituibilità delle suddette prestazioni.¹²

La sentenza, dunque, superò l'interpretazione tradizionale del principio del *neminem laedere* quale precetto rivolto a tutti i consociati a tutela di diritti soggettivi assoluti: l'aggettivo "ingiusto" di cui all'art. 2043 c.c. venne da allora letto dai giudici nel senso che "*il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo (assoluto o relativo), rimanendo fuori della tutela solo quegli interessi che non siano assurti a questo rango*".

La tesi dei legali del Torino Calcio che trovò accoglimento da parte della Suprema Corte superò l'applicazione fatta dalla Corte di merito che s'era richiamata (per escludere la risarcibilità della lesione del credito) al principio della relatività degli effetti del contratto (art. 1372, 2° comma, c. c.). Secondo la prospettazione degli avvocati della Società calcistica, questa norma escludeva soltanto la proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica dei terzi. Ma, sempre ad avviso degli avvocati della Società calcistica, era del tutto arbitrario trarre dalla norma richiamata il principio che i terzi possano, senza subire conseguenze, interferire col loro comportamento illecito nelle situazioni giuridiche costituite per effetto del contratto in capo ai contraenti.

La giurisprudenza, su impulso degli avvocati di parte, venne così a riconoscere che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre effetti anche fuori della sfera giuridica dei contraenti.

La sentenza in commento ha trasformato le elaborazioni dottrinarie introdotte nel processo ad opera dei legali di parte in veri e propri principi operativi¹³, delineando tre criteri in particolare che avrebbero avuto fortuna nella giurisprudenza successiva: (i) l'art. 2043 c.c. non consente di delineare una rigida contrapposizione tra diritti assoluti e

¹² Così G. VISINTINI, *In margine al caso Meroni*, in *Giur. It.*, 1971, p. 683.

¹³ F. D. BUSNELLI, *Un clamoroso revirement della Cassazione: dalla questione di Superga al caso Meroni*, in *Foro It.*, 1971, p. 1286.

diritti relativi e non limita ai primi la tutela aquiliana; (ii) la tutela dei diritti relativi è pienamente compatibile con il principio della relatività dei effetti contrattuali; (iii) il nesso immediato e diretto tra condotta colposa e danno di cui all'art. 1223 c.c. non può escludersi per il solo fatto che l'evento lesivo attinga il diritto del creditore per il tramite della lesione della sfera giuridica.

Quando ricorre l'ipotesi di un mutamento di indirizzo giurisprudenziale tanto radicale quanto quello in analisi, spesso ci si domanda se il mutamento della interpretazione del diritto costituisca o meno anche mutamento del diritto stesso. Usando le parole di illustre dottrina, si può diplomaticamente concludere che nel caso esaminato non vi sarebbe stata la "creazione", ma piuttosto il "ritrovamento" di una norma giuridica¹⁴.

La risarcibilità degli interessi legittimi
Cassazione civile , sez. un, 22 luglio 1999 n° 500

A distanza di quasi trent'anni dal caso Meroni, i giudici di legittimità sono poi arrivati ad affermare che anche la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse - purché non di mero fatto ma giuridicamente rilevante -, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana ai fini della qualificazione del danno come "ingiusto".

I giudici della Suprema Corte, consapevoli della portata potenzialmente dirompente del principio così da loro affermato, hanno voluto chiarire che ciò non equivale ad affermare l'indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale: potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della Pubblica Amministrazione abbia determinato la lesione del "bene della vita" al quale l'interesse legittimo stesso si collega. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.

¹⁴ E. RUSSO, *Ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. e Impr.*, 3, 2012, p. 630, ove ampi richiami a F. Galgano.

La Corte di legittimità - “con un tasso di coraggio a dir poco sconvolgente”¹⁵ – ha così sancito, almeno in linea di principio, una nuova espansione della portata dell’art. 2043 c.c.

Al di là dei fatti da cui ha tratto origine la sentenza¹⁶, conta rilevare come, valorizzando l’interesse sostanziale a fondamento dell’interesse legittimo, si sia giunti ad affermare l’irrelevanza, ai fini risarcitori, della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi: diritti soggettivi¹⁷, interessi legittimi o altri interessi giuridicamente rilevanti per l’ordinamento, se lesi nell’esercizio illegittimo dei pubblici poteri, rendono ingiusto e quindi risarcibile il danno ai sensi dell’art. 2043 c.c.

Negli anni precedenti alla pronuncia, a fronte di un orientamento “possibilista” della dottrina civilistica ed amministrativistica, indirizzato ad ammettere la risarcibilità degli interessi legittimi, si era consolidato un costante atteggiamento sfavorevole della Suprema Corte. Questi fronti contrapposti hanno caratterizzato la materia in esame per oltre sessant’anni: la posizione giurisprudenziale appariva talmente immodificabile che vi fu chi non esitò a definirla “pietrificata”.¹⁸

La pronuncia della Suprema Corte, sulla scorta delle pressioni che da tempo si raccoglievano attorno al delicato tema in oggetto, è così giunta al riconoscimento della tutela di quelli che ormai da tempo erano veri e propri “diritti in attesa di espansione”¹⁹.

¹⁵ GERARDO SORICELLI, *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, nota a Cassazione civile, 22 luglio 1999, n.500, sez. un., in *Foro Amm.*, fasc.2, 2000, pag. 349.

¹⁶ Un privato cittadino conveniva davanti al Tribunale di Firenze il Comune di Fiesole per sentirlo condannare al risarcimento dei danni conseguenti al mancato inserimento, nel Piano Regolatore Generale (P.R.G.) adottato dal Comune, tra le zone edificabili, dell’area di proprietà dell’istante oggetto di convenzione di lottizzazione stipulata con il Comune. Deduceva che il P.R.G. era stato annullato dal Consiglio di Stato per difetto di motivazione circa le ragioni che avevano indotto l’amministrazione a disattendere la convenzione. Sosteneva il ricorrente che, pur essendo venuta meno, per effetto di successiva variante del P.R.G., la possibilità di realizzare la convenzione, dovevano essergli risarciti i pregiudizi economici subiti nel periodo di vigenza del piano originario, che aveva illegittimamente impedito la realizzazione della lottizzazione.

¹⁷ Siano essi assoluti o relativi; vedasi a proposito della risarcibilità dei diritti di credito il c.d. caso Meroni commentato in questo stesso testo.

¹⁸ A. BARCA, *La risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi: orientamenti dottrinali e revirement delle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, II, p. 423.

¹⁹ A. BARCA, op. cit., con riferimenti all’espressione riportata, coniata da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, p. 1174 ss.

In numerose occasioni si afferma in dottrina che la Cassazione avrebbe il dovere “*istituzionale*” di non distaccarsi dai propri precedenti se non per gravi e motivate ragioni. Ma la Cassazione si ribella ad indossare una camicia di forza: queste ragioni possono essere trovate in ragioni di opportunità sociale, che portano il Supremo Collegio a ritenere che il terreno sia divenuto fertile per un nuovo e diverso principio.

Così è sempre stato, d'altronde, nei paesi di *common law* dove pure la regola dello *stare decisis* è riconosciuta con maggior forza che nel nostro paese²⁰.

La liquidazione del danno non patrimoniale e le “tabelle milanesi”

Cassazione civile, sez. III, 07/06/2011, n. 12408

Infine, sempre in tema dell'art. 2403 c.c., in tempi assai più recenti la Suprema Corte ha “istituzionalizzato” le tabelle adottate dal Tribunale di Milano per la liquidazione dei danni non patrimoniali²¹.

I giudici di legittimità hanno preso atto che, relativamente alla lesione dell'integrità psicofisica e al ristoro dei relativi danni, si riscontrava una marcata e frequentissima disparità di metodi di valutazione e liquidazione nella giurisprudenza di merito, in ragione delle divergenze tra i valori tabellari di riferimento. Tale situazione aveva condotto ad una giurisprudenza diversificata per zone territoriali. La Corte, dunque, rilevata la carenza di una tabella unica di riferimento a livello normativo, ha ritenuto che le spettasse garantire l'uniforme applicazione del diritto (che contempla anche l'art. 1226 c.c., relativo

²⁰ M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contr. e Impr.*, 1998, p. 550

²¹ La sentenza origina dal seguente caso. Nei pressi di Trani un giovane, a seguito della collisione tra la vettura che conduceva ed un furgone del quale il conducente aveva perso il controllo su asfalto bagnato dalla pioggia invadendo la corsia dell'opposto senso di marcia, riportò lesioni che ne provocarono l'invalidità permanente totale. Definito con sentenza di patteggiamento il procedimento penale instaurato per lesioni colpose, il giovane agì giudizialmente per il risarcimento nei confronti della compagnia assicurativa e dell'autista del furgone. Domandò che i convenuti fossero condannati: l'assicurazione, al pagamento di un importo ulteriore rispetto al massimale già versato; l'autista a risarcirgli il danno residuo. Il Tribunale di Trani rigettò la domanda sul rilievo che, dovendosi presumere il paritetico apporto causale colposo dei due conducenti in difetto dell'accertamento in concreto delle rispettive condotte, la somma già riscossa fosse ampiamente soddisfattiva. La Corte d'appello di Bari, decidendo sugli appelli di tutte le parti, determinò nel 75% la percentuale di responsabilità dell'autista ma, riconobbe il risarcimento in un minore importo a titolo di risarcimento del danno “biologico, morale e patrimoniale”, e ritenne che quanto già ricevuto dal giovane avesse estinto il suo credito complessivo.

alla valutazione equitativa del danno)²², ha reputato attendibili le tabelle elaborate dal tribunale di Milano in quanto più diffuse sul territorio nazionale, e le ha ritenute “vincolanti, de futuro, perché valide ed attendibili [...] potendo il giudice e l'interprete discostarsene solo con esplicita, adeguata, esaustiva motivazione”.

I giudici di legittimità, dunque, hanno da un lato confermato che la valutazione del danno biologico dev'essere fondata sui principi (i) dell'uniformità dei parametri di base e (ii) della personalizzazione correlata alle circostanze della fattispecie concreta, e dall'altro si sono assunti il compito di garantire il rispetto del primo parametro, imponendo l'adozione di un criterio unitario. Al giudice di merito è rimasta l'applicazione del secondo parametro (la personalizzazione).

La Corte si è arrogata questo potere “riformatore” facendo affidamento su alcuni indici normativi di rilievo costituzionale. In particolare, l'art. 3 Cost. che, nel sancire il principio di uguaglianza, non consente interpretazioni della legge che violino la parità di trattamento, in special modo in materia di diritti fondamentali; l'art. 32 Cost., che proclama l'inviolabilità del diritto alla salute, il quale non potrebbe essere coerentemente applicato se il danno soggiacesse a criteri variabili al mutare della localizzazione del giudice competente; e, infine, l'art. 111, comma 2, Cost., che sancisce il diritto alla ragionevole durata del processo, il quale va garantito attraverso la fissazione di un minimo comune denominatore dell'equità risarcitoria, quale strumento indispensabile per deflazionare il contenzioso^{23 24}.

Le affermazioni sopra riportate accolgono le prospettazioni formulate dagli avvocati del ricorrente, i quali avevano rilevato come la Corte d'appello si fosse discostata dai parametri di liquidazione del danno generalmente adottati (ossia le cd. tabelle di Milano) in favore del

²² P. VIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*, in *Resp. Civ e Prev.*, 2011.

²³ P. VIVIZ, op. cit.

²⁴ La pronuncia si segnala anche nella parte in cui precisa che in sede di liquidazione del danno non patrimoniale il giudice di merito deve verificare se la sofferenza o il pregiudizio degli aspetti relazionali siano stati considerati in sede di determinazione del “valore punto”, rendendosi altrimenti necessario “che il dato offerto dalle tabelle venga reso oggetto di relativa personalizzazione, riconsiderando i relativi parametri in ragione (pure) di siffatto profilo”. Si tratta di una precisazione importante poiché rivaluta la categoria del danno esistenziale quale voce descrittiva del pregiudizio alla persona che va apprezzata quale variabile di calcolo in relazione allo sconvolgimento della personalità della vittima. GIORGIO BOLEGO, *La liquidazione del danno non patrimoniale: oscillazioni tra equità e “tabelle milanesi”*, nota a: Cassazione civile, 07 giugno 2011, n.12408, sez. III, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc.4, 2011, pag. 1060.

criterio del “*calcolo del punto unico nazionale*”²⁵ e avevano lamentato che tale criterio introduceva delle rilevanti disparità circa i valori liquidati.

Si tratta, dunque, di un ulteriore esempio in cui la dialettica tra l’avvocato difensore ed il giudice ha consentito alla Suprema Corte di indicare come vero e proprio parametro nazionale uno strumento di liquidazione dei danni utilizzato fino ad allora solo in via di prassi.

Alla luce di una simile pronuncia sembra davvero difficile confermare il “*luogo comune*”²⁶ secondo cui la giurisprudenza abbia una funzione meramente dichiarativa – e non anche creativa - del diritto.

Elusione fiscale e diritto tributario

Cassazione civile, sez. un., 23/12/2008, nn. 30055/ 30056/ 30057

Abbiamo fin qui esaminato l’evoluzione, nel tempo, della disciplina dell’art. 2043 c.c. Ma vogliamo dare un esempio di un’innovazione giurisprudenziale, in settore diverso del diritto, che ha radicalmente innovato l’insegnamento pregresso.

Ci riferiamo al caso dell’elusione fiscale. Innovando la sua precedente giurisprudenza, la Corte di Cassazione è venuta affermare che in materia tributaria esisterebbe un principio antielusivo di carattere generale, la cui fonte andrebbe rinvenuta nei principi costituzionali²⁷. I principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, cost.) e di progressività dell’imposizione (art. 53, secondo comma, cost.) costituirebbero il fondamento sia delle norme di carattere impositivo, sia delle norme che attribuiscono al contribuente vantaggi e benefici fiscali²⁸.

²⁵ Criterio elaborato attraverso la comparazione delle liquidazioni espresse da numerosi tribunali, equamente distribuiti tra nord, centro, sud e isole.

²⁶ R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro It.*, V, 2006, p. 279.

²⁷ Cassazione civile, sez. un., 23/12/2008, n. 30055.

²⁸ Questo il caso di specie. Una società impugnava innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Arezzo un avviso d’accertamento, ai fini Irpeg e Ilor, conseguente a un processo verbale di constatazione della Guardia di finanza, sulla base del quale l’ufficio identificava alcune operazioni di *dividend washing* e disconosceva la deducibilità delle minusvalenze conseguenti ad acquisti e rivendite di titoli, dopo la riscossione dei dividendi, effettuate dal contribuente con un gestore di fondi comuni di investimento. Secondo l’ufficio, tutte le operazioni erano state poste in essere per mere finalità elusive. I giudici di primo grado accoglievano il ricorso della società favorevole alla società era anche la sentenza della

Ebbene, i giudici della Suprema Corte hanno teorizzato che sarebbe insito nell'ordinamento il principio secondo cui il contribuente non potrebbe trarre indebiti vantaggi fiscali dall'uso di strumenti giuridici idonei a ottenere un risparmio d'imposta in assenza di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione e che siano diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio.

Il principio enunciato ha notevolmente preoccupato gli utenti e la dottrina, e si è lamentato che un concetto così generico di abuso del diritto avrebbe fatto *"venir meno la certezza del diritto"*²⁹. L'ampia portata della massima vergata dalla Cassazione è parsa a molti osservatori incompatibile con un affidabile sistema tributario. Tanto più che - con una notevole innovazione ermeneutica - la Suprema Corte ha individuato il fondamento del principio non già nella giurisprudenza comunitaria, ma nei principi costituzionali che informerebbero l'ordinamento tributario³⁰.

I principi fissati dalla Suprema Corte assumono ancor maggiore importanza se solo si consideri che il legislatore italiano ha usualmente preferito risolvere i possibili profili di abuso di norme giuridiche disciplinando di volta in volta specifiche fattispecie, a differenza di quanto è avvenuto in altri ordinamenti europei che hanno elaborato principi generali³¹. L'art. 37 *bis* del D.P.R. 600/73 in tema di imposte sui redditi (*"sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti"*) delimita espressamente l'ambito di applicazione della disposizione antielusiva a specifiche operazioni

Commissione Tributaria Regionale. Quest'ultima rilevava che l'operazione posta in essere, solo successivamente contemplata come operazione elusiva dall'articolo 14, comma 6-*bis*, del Tuir, era all'epoca dei fatti del tutto lecita e riconducibile a un procedimento negoziale indiretto non simulato. Avverso tale sentenza il Ministero dell'Economia e delle Finanze proponeva ricorso in Cassazione. Con un'ordinanza la quinta sezione civile della Suprema Corte, rilevato che la soluzione della controversia richiedeva l'esame di questioni di massima particolarmente rilevanti, rimetteva gli atti al primo Presidente, che disponeva l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

²⁹ M. VILLANI, *Elusione fiscale ed abuso del diritto*, articolo del 15.7.2009, reperibile sul sito www.altalex.com.

³⁰ M. FRANCESCON, *Abuso del diritto in campo tributario*, articolo del 7.7.2009, reperibile sul sito www.dirittopenaetribruario.net.

³¹ E. VASSALLO, *Abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, articolo dell'8.02.2011, reperibile sul sito www.altalex.com.

elencate nello stesso articolo. Non esiste una clausola generale che impedisca i negozi essenzialmente volti ad ottenere un risparmio fiscale.

Anche qui, dunque, la Suprema Corte si è assunta il compito di cambiare sostanzialmente il quadro giuridico. Non stupisce, quindi, che questa “*proiezione del diritto*”³² si manifesti non solo nei sistemi di *common law*, tradizionalmente più inclini a riconoscere il ruolo creativo della giurisprudenza, ma anche in Italia, paese di sicura fede nella *civil law*.

Il ruolo costituzionale dell’avvocatura

Di fronte alla complessità ed al continuo divenire della società moderna, il legislatore spesso non fornisce risposte, o le fornisce in modo inadeguato. La produzione normativa è caratterizzata da frequente lacunosità, mancanza di chiarezza e – in talune occasioni – indecifrabile ambiguità³³. Ecco, quindi, che gli organi giudiziari hanno facile tentazione a metter le cose a posto a modo loro, interpretando la giurisprudenza quale vera e propria “*fonte del diritto*”. E in ciò sono assecondati dall’avvocatura, pilastro istituzionale dell’apparato della amministrazione della giustizia, in prima fila nella difesa non solo dei diritti privati, ma anche delle libertà fondamentali e dei diritti civili, economici e sociali³⁴.

Dall’art. 24 Cost. emerge la rilevanza giuridica e sociale della funzione difensiva cui è collegato l’ordinamento forense. Il secondo comma (“*la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*”) garantisce il diritto alla “*difesa tecnica*” ed insieme il diritto a far valere le proprie ragioni in giudizio. Così, al diritto ad avere nel processo l’assistenza di un esercente la professione legale, si accompagna la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio.

Il diritto di difesa o, per meglio dire, “alla difesa”, si trova connesso ad altre garanzie processuali e, di conseguenza, per essere effettivamente

³² A. CAVALLARO, *Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente*, articolo del 3.12.2010, pubblicato sul sito www.i-lex.it.

³³ G. VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 1205.

³⁴ G. ALPA, *I diritti fondamentali e il ruolo dell’Avvocatura*, reperibile sul sito www.consiglionazionaleforense.it.

tutelato richiede che anche quelle siano assicurate: il riferimento è in particolare all'imparzialità e all'indipendenza del giudice³⁵.

Una volta registrata la stretta interdipendenza tra il ruolo dell'avvocato e quello della giurisprudenza, il valore del precedente giudiziario può ormai essere osservato e colto nella nostra esperienza come un elemento di fatto. Si tratta di una realtà oggi indiscutibile e di sicuro impatto sociale. Nella pratica forense è ormai comune esperienza che avvocati e giudici lavorino – secondo le parole di illustre dottrina – “*adoperando (e citando) la giurisprudenza, più che la legge*”³⁶.

Gli esempi qui sopra citati consentono di mettere in luce come l'attività del giudice – e, conseguentemente, quella dell'avvocato quale necessario “*contrappeso*” e “*contrappunto*” per rendere effettivo il diritto di difesa – miri all'adeguamento del diritto scritto alla realtà sociale. Il giudice diviene un filtro tra il caso concreto ed il comando astratto, assumendo un ruolo di integrazione e rifinitura del quadro normativo predisposto in linea generale dal legislatore.

In questo quadro complessivo di mutamento del ruolo della giurisprudenza, il ruolo del difensore non è tracciato una volta per tutte, ma muta con il mutare della storia processuale del Paese, perché esso evolve secondo la mentalità, i valori, le ideologie, tra le quali non sono ultime le conquiste della scienza giuridica³⁷.

(Testo e materiali predisposti

dal dott. Marco Bonasso e dal dott. Riccardo Sirito)

³⁵ R. TOSI, *Commento sub art. 24 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, Crisafulli – Paladin, Cedam, 1990, p. 173.

³⁶ M. BIN, op. cit., p. 545.

³⁷ G. ALPA, *Il ruolo del difensore oggi*, reperibile sul sito www.consiglionazionaleforense.it.