

CEDAM

RIVISTA DI
DIRITTO PROCESSUALE

FONDATA NEL 1924 DA
G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI

GIÀ DIRETTA DA
E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI

DIRETTORI

C. PUNZI e B. CAVALLONE

COMITATO DI DIREZIONE

M. ACONE - G. BONGIORNO

C. CAVALLINI - L.P. COMOGLIO

C. CONSOLO - G. COSTANTINO

C. FERRI - R.E. KOSTORIS

S. LA CHINA - S. MENCHINI

E. MERLIN - G. MONTELEONE

R. ORIANI - S. RECCHIONI

G. RUFFINI - A. SALETTI

L. SALVANESCHI - B. SASSANI

F. TOMMASEO - N. TROCKER

R. VACCARELLA

Luglio-Settembre

2024

100
ANNI

edicolaprofessionale.com/RDP



Wolters Kluwer

COMITATO EDITORIALE E DI REDAZIONE

ROMA

REDATTORE CAPO: S. BOCCAGNA

G. BALENA - G. BASILICO - V. BERTOLDI - S. BOCCAGNA
M. BOVE - A. BRIGUGLIO - F. CALLARI - R. CAPONI - B. CAPPONI
A. CARRATTA - C. CECHELLA - C. CORRADO - A. D'ALESSIO
D. DALFINO - F. DESANTIS - R. DONZELLI - B. GAMBINERI
G. GIOIA - M. GRADI - L. IANNICELLI - R. LOMBARDI - R. MACCARRONE
R. MARENGO - R. MARTINO - G. MICCOLIS - G. NICOTINA - E. ODORISIO
G. OLIVIERI - I. PAGNI - A. PANZAROLA - L. PICCININI - E. PICOZZA
R. POLI - G. RAITI - N. RASCIO - E. RUGGERI - P. SANDULLI
F. SANTANGELI - A. SCALA - G. SCARSELLI - N. SOTGIU - R. TISCINI - S. ZIINO

SEGRETERIA DI REDAZIONE: A. NERI - A. PERIN - C. RIZZA - P.C. RUGGIERI

INDIRIZZO REDAZIONE: Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma
E-MAIL: cpunzi@studioprofpunzi.it

MILANO

REDATTORE CAPO: E. MERLIN

L. BACCAGLINI - G. CANALE - A. CASTAGNOLA - D. D'ADAMO - M. DANIELE
F. DANОВI - M. DE CRISTOFARO - L. DITTRICH - F. FERRARI - F. FERRARIS
G. FINOCCHIARO - A. FRASSINETTI - M. GABOARDI - M. F. GHIRGA - M. GIORGETTI
A. GIUSSANI - G. GUARNIERI - A. HENKE - F. MARELLI - M. MARINELLI
E. MARINUCCI - R. MARUFFI - M. MONTANARI - A. MOTTO - R. MUNHOZ DE MELLO
M. NEGRI - N. NISIVOCCIA - P. P. PAULESU - T. PEZZANI
A. A. ROMANO - T. F. SALVIONI - C. SPACCAPELO - A. TEDOLDI - M. C. VANZ
M. VANZETTI - D. VIGONI - A. VILLA - S. VILLATA - S. VINCRE - E. VULLO - E. ZANETTI

SEGRETERIA DI REDAZIONE: M. GARAVAGLIA - T.M. PEZZANI - S. TARRICONE - M. ZULBERTI

INDIRIZZO REDAZIONE: Via San Barnaba, 49 - 20122 Milano
E-MAIL: bcavallone@libero.it
rivdirproc@libero.it

Il 22 ottobre 2022, a Roma presso il Palazzo della Consulta, la Rivista è stata insignita del XXVII Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica.

Editore: Wolters Kluwer Italia Srl
Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI)

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 728 del 4 dicembre 2008
(ex registrazione presso il Tribunale di Padova al n. 120, del 16 agosto 1965)
Direttore responsabile - Giulietta Lemmi

Fotocomposizione: Sinergie Grafiche Srl - Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Stampa: GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA - Stampato in Italia - Printed in Italy



INDICE DEL FASCICOLO

Anno LXXIX (Seconda Serie) – N. 3 – Luglio-Settembre 2024

ARTICOLI

PAOLO FERRUA, <i>Le intercettazioni nei riguardi dei parlamentari: gli incerti confini dell'art. 68, comma 3°, Cost.</i>	773
CLAUDIO CONSOLO, <i>Idee chiare e fantasmi latenti quanto al contratto a favore di terzo e alle varie azioni spettanti a ciascuno</i>	781
MARIA FRANCESCA GHIRGA, <i>Nuove riflessioni sull'abusivo frazionamento della pretesa azionata con la domanda giudiziale</i>	798
MARCELLO STELLA, <i>La distrazione delle spese di lite: oggetto, procedimento, effetti</i>	829

STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

ANTONIO PUNZI, <i>Elio Fazzalari teorico del diritto</i>	859
MASSIMO NARDOZZA, <i>Onere della prova e logica giuridica presuntiva. Note sul pensiero dei glossatori (tra XII e XIII secolo)</i>	869

DIBATTITI

AUGUSTO CHIZZINI, <i>A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)</i>	911
ILARIA PAGNI, <i>A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)</i>	929
BRUNO SASSANI, <i>A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)</i>	947
MICHELE VIETTI, <i>A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)</i>	955
ALBERTO M. TEDOLDI, <i>A proposito di un libro di Giovanni Verde («Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti»)</i>	961

GIOVANNI VERDE, <i>Conclusioni</i>	974
--	-----

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

GIAMPAOLO FABBRIZZI, <i>Anatomia dei limiti dimensionali degli atti processuali nel d.m. 7 agosto 2023, n. 110</i>	985
--	-----

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Opere segnalate: <i>Ulisse Corea</i> (Stefano Alberto Villata); <i>Sergio Menchini</i> (Francesca Ferrari); <i>Andrea Panzarola</i> (Erica Adobati); <i>Luca Pressacco</i> (Valerio Aiuti); <i>Alberto A. Romano</i> (Martino Zulberti); <i>Giuseppe Ruffini (a cura di)</i> (Francesca Ferrari)	1006
---	------

NOTE A SENTENZA

ANDREA PROTO PISANI – GIOVANNI VERDE, <i>Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?</i>	1027
FEDERICO FERRARIS, <i>Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale: fine della questione?</i>	1037
TERESA SALVIONI, <i>Il terzo pignorato come litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive</i>	1050

PANORAMI

NICCOLÒ NISIVOCIA, <i>Osservatorio sulla Corte Costituzionale (Processo civile: 1° aprile – 30 giugno 2024)</i>	1059
FILIPPO NICOLAI, <i>Osservatorio sulla Cassazione civile</i>	1060

INDICE ANALITICO DELLA GIURISPRUDENZA

Ricorso per cassazione ex art. 111, 8° comma, Cost., proponibilità avverso sentenza del Consiglio di Stato che escluda la legittimazione all'intervento nel giudizio di soggetti portatori di interessi collettivi incisi dal provvedimento amministrativo impu-

gnato (Ente Regione ed Enti esponenziali), sussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 23 novembre 2023, n. 32559	1016
<i>Mediazione obbligatoria ex art. 5 D.lgs. n. 28/2010</i> , applicabilità dell'onere di esperimento della mediazione in relazione a domanda riconvenzionale preceduta da mediazione già esperita in relazione alla sola domanda principale, insussistenza: Corte di Cassazione, sez. un. civ., 7 febbraio 2024, n. 3452	1033
<i>Litisconsorzio necessario</i> , giudizio di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., necessità ex art. 102 c.p.c. di partecipazione del terzo debitore pignorato, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. III civ., ordinanza 6 febbraio 2023, n. 3520	1048
<i>Litisconsorzio necessario, giudizio di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.</i> , necessità ex art. 102 c.p.c. di partecipazione del terzo debitore pignorato, sussistenza: Corte di Cassazione, sez. VI civ., ordinanza 6 febbraio 2023, n. 3587	1049

Policy Open Access

Per i contributi che documentano i risultati di **ricerca finanziata con fondi pubblici** (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in **Open access (O.A.)** entro il limite massimo del **5% degli articoli** annualmente pubblicati sulla Rivista.

La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'**invio dell'articolo** alla redazione e corredata dall'apposita **scheda di progetto** fornita dall'Editore. Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in **archivi elettronici istituzionali o disciplinari aperti** (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola **versione post-print*** dopo un periodo di **embargo di 6 mesi**.

Post-print" (= Authors' Accepted Manuscript) è la versione definitiva del contributo inviata dall'Autore all'Editore, post-referaggio, e deliberata dall'Autore in bozza word prima dell'impressione definitiva in pdf per la stampa.

ARTICOLI

PAOLO FERRUA

Professore emerito nell'Università di Torino

LE INTERCETTAZIONI NEI RIGUARDI DEI PARLAMENTARI: GLI INCERTI CONFINI DELL'ART. 68, COMMA 3°, COST.

SOMMARIO: 1. Tre letture di un testo polivalente. – 2. L'esigenza di un intervento sull'art. 68 Cost. – 3. Prove e alternative decisorie nell'udienza preliminare.

1. – L'art. 68, comma 3°, Cost., relativo alle intercettazioni dei parlamentari, rappresenta una norma decisamente ambigua, anzi polivalente, oggetto di almeno tre diverse letture tra loro incompatibili.

Una prima lettura, tutt'altro che arbitraria, intende il precetto costituzionale come una disposizione derogatoria ai principi generali, volta ad istituire un privilegio o, se si preferisce, una prerogativa parlamentare, come tale non suscettibile di un'interpretazione estensiva oltre lo stretto significato testuale⁽¹⁾: la stessa Corte costituzionale, proprio nella sentenza con cui ordinava la distruzione delle intercettazioni casuali relative al Capo dello Stato, aveva riconosciuto che «la natura derogatoria del principio di uguaglianza, propria delle norme che sanciscono le prerogative degli organi costituzionali, impone [...] una stretta interpretazione delle relative disposizioni», restando escluse «sia l'interpretazione estensiva che quella analogica»⁽²⁾.

A seguire questa prospettiva, si deve concludere che l'art. 68 Cost. si limiti a vietare di «sottoporre» a intercettazione il parlamentare, ossia di rendere le sue utenze telefoniche oggetto di un provvedimento di intercettazione, senza peraltro garantire ai suoi colloqui privati un'assoluta immunità rispetto ad intercettazioni disposte nei riguardi di altre utenze. Se il parlamentare, la cui utenza non è intercettata, colloquia con persone nei cui confronti è in atto una legittima intercettazione, poco importa chi sia il chiamante e chi il ricevente: l'intercettazione è validamente svolta nei

⁽¹⁾ Così, ad esempio, F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano 2012, p. 861 s.

⁽²⁾ Corte cost. n. 1 del 2013.

riguardi di entrambi e il materiale così ottenuto è legittimamente acquisito al processo. Da questo punto di vista, una legge che estenda il privilegio parlamentare oltre gli stretti confini dell'art. 68, comma 3°, Cost. appare sospetta di incostituzionalità; e tale, infatti, si rivela l'art. 6, legge 20 giugno 2003, n. 140 nella parte in cui subordina all'autorizzazione della Camera competente l'uso probatorio delle conversazioni o comunicazioni intercettate quando sia, anche occasionalmente, intervenuto un parlamentare⁽³⁾.

Una seconda e opposta interpretazione estende l'ambito dell'art. 68, comma 3°, Cost. sino ad affermare che, qualunque cosa abbia detto il parlamentare in una conversazione intercettata, sia radicalmente inutilizzabile, a meno che nei suoi riguardi fosse stata chiesta e ottenuta l'autorizzazione della Camera di appartenenza⁽⁴⁾; conclusione motivata dal rilievo che un'esegesi troppo restrittiva può aprire la via a facili elusioni del precetto costituzionale. Sarebbe, anzi, necessario interrompere immediatamente l'ascolto, non appena si accerti l'intervento nel colloquio di un parlamentare, la cui intercettazione non sia stata previamente autorizzata dalla Camera.

Tra le due antitetiche letture la recente sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. n. 227 del 2023) ne propone una terza di carattere compromissorio, suggerita non tanto dall'art. 68 Cost., quanto dalla legge n. 140 del 2003. Per i colloqui del parlamentare con una persona intercettata, occorrerebbe distinguere tra intercettazioni «mirate», ossia preordinate alla raccolta di prove a suo carico, trattandosi in sostanza di persona indagata, e intercettazioni «occasionalmente», ossia non finalizzate alla ricerca di prove a carico del parlamentare. Nel primo caso, l'autorità giudiziaria sarebbe tenuta a chiedere in via preventiva l'autorizzazione alla Camera di appartenenza; nel secondo, l'autorità giudiziaria dovrebbe limitarsi a chiedere l'autorizzazione solo quando intenda utilizzare le prove eventualmente emerse nei riguardi del parlamentare.

⁽³⁾ F. Cordero, *Procedura*, cit., p. 682 («Ora, 'sottoporre qualcuno a i.' non significa cogliere delle voci ma tendere una rete intorno al canale con cui qualcuno (l'abbiamo chiamato P) comunica o riceve») e p. 867 («Nell'esempio addotto poco fa, dove P e Q, boss mafiosi conversano d'impresie criminali, fornendo la prova che l'inquirente cercava, e l'on. R interloquisce familiarmente, basterà che l'assemblea neghi il permesso d'uso (conclusione insindacabile): le prove diventano farina del diavolo; P e Q trionfalmente assolti, perché una norma matta estende ai collocutori l'immunità 'processuale' riconosciuta ai parlamentari (assurdamente quando la voce captata lo sia in un procedimento relativo a terzi). Superfluo sottolineare i profili d'incostituzionalità rilevabili in questa l. 20 giugno 2003 n. 140. Succede che intese trasversali nelle Camere obliterino l'evidenza delittuosa»).

⁽⁴⁾ In tal senso, ad es., O. Mazza, *Così la Consulta tutela le immunità dei parlamentari*, in *Il Dubbio*, 29-12-2023.

Come si accennava, è un'esegesi che trova un parziale appiglio nella legge n. 140 del 2003, ma non altrettanto nell'art. 68 Cost. L'art. 6 l. cit. conferma la scelta della Corte costituzionale in ordine alle intercettazioni «occasional» subordinandone l'uso probatorio all'assenso della Camera, ma lascia aperto il quesito sulla sua compatibilità con l'art. 68 Cost., specie ove lo si interpreti come norma eccezionale, non estensibile oltre il caso testualmente previsto. Quanto alle intercettazioni «mirate», l'art. 4 l. cit., parlando di «eseguire nei confronti di un membro del Parlamento [...] intercettazioni», ripropone la medesima incertezza che regna sul testo costituzionale: a quali condizioni si può ritenere che un'intercettazione sia «eseguita» nei confronti di un membro del Parlamento? Solo quando sia intercettata l'utenza di cui è titolare o comunque di cui dispone il parlamentare o anche quando costui intervenga in una conversazione con un interlocutore nei riguardi del quale sia in atto una legittima intercettazione?

Quale che sia la risposta, resta il fatto che la distinzione tra intercettazioni «mirate» e intercettazioni «casuali» praticata dalla Corte, pur attentamente motivata e non priva di intrinseca razionalità, risulta estranea all'art. 68, comma 3°, Cost. (comunque lo si intenda), risolvendosi in una discutibile integrazione del precetto costituzionale; anzi, per dir tutto, in una sorta di operazione di Procuste, costruita sulle sfuggenti «intenzioni» dell'autorità procedente. Si rischia così una grave inversione metodologica nel rapporto gerarchico tra le fonti del diritto: anziché interpretare la legge ordinaria alla luce della Costituzione, sollevando eventualmente la questione di legittimità, è il precetto costituzionale ad essere interpretato e, di fatto, adattato alle esigenze della legge ordinaria. Spiace che a seguire questa prospettiva sia proprio la Corte costituzionale, le cui decisioni sono insindacabili.

2. – Per quanto autorevoli, nessuna delle letture svolte sull'art. 68, comma 3°, Cost. risulta decisiva, né tanto meno vincolante. Neppure quella della Corte costituzionale: vincolante è unicamente quanto risulta dal dispositivo della sentenza (tipico comando), non dalla motivazione (tipico esercizio di ragione) dove è contenuta l'interpretazione delle norme costituzionali, le quali, secondo la gerarchia delle fonti del diritto, sovrastano anche il supremo giudice che ne è il custode. Se così non fosse, la Consulta sarebbe di fatto investita di un potere di revisione della Costituzione, ai cui precetti potrebbe attribuire con efficacia vincolante qualsiasi significato, anche il più lontano dal dato testuale⁽⁵⁾.

(5) La fondamentale distinzione tra dispositivo e motivazione è stata fortemente travisata dalle sentenze «gemelle» della Corte costituzionale (Corte cost. n. 348 del 2007 e Corte

A questo punto, a chiarire il controverso senso della norma costituzionale, dovrebbe intervenire il Parlamento con una legge, a sua volta necessariamente costituzionale, dati i sospetti di illegittimità che graverebbero su una semplice legge ordinaria, a seconda del significato attribuito all'art. 68 Cost. Importante non è tanto la direzione in cui si svilupperà l'intervento (restrittivo o estensivo che sia) quanto la risoluzione dell'attuale e intollerabile incertezza sui sibillini confini della prerogativa parlamentare. Una disposizione costituzionale di tale rilevanza non può restare esposta all'arbitrio dell'interprete, se non si vuole che su essa cada un gran discredito, proprio a causa dei dubbi che genera in via esegetica.

3. – Infine, un rilievo critico sul concetto di «utilizzazione» delle prove seguito dalla Corte costituzionale. Quando una prova può dirsi «utilizzata»? Senza dubbio, nei provvedimenti cautelari, nei riti deflattivi e nell'alternativa condanna/proscioglimento; si tratta infatti di provvedimenti motivati, nei quali il giudice è obbligato a rendere conto delle ragioni che lo inducono a privilegiare una determinata scelta.

Quanto all'alternativa decisoria nell'udienza preliminare, la risposta se si utilizzino o no prove richiede una puntualizzazione. In ogni alternativa decisoria si possono distinguere due termini: *a*) un termine «marcato» i cui presupposti sono definiti dalla legge e, come tali, vanno provati sino all'ultima molecola; *b*) un termine «conseguenziale» che va adottato per il fatto stesso che sia mancata la piena prova dei presupposti per l'affermazione del termine marcato. Mentre il termine marcato è necessariamente motivato, essendo indispensabile la prova dei suoi presupposti, quello consequenziale può anche non esserlo. La regola di giudizio vuole che, nel dubbio su un'alternativa decisoria, sia affermato il termine opposto a quello di cui la legge fissa i presupposti. Nell'alternativa condanna/proscioglimento il termine marcato è, naturalmente, la condanna mentre quel-

Cost. n. 349 del 2007), le quali hanno affermato il carattere vincolante delle interpretazioni sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo espresse in motivazione dalla Corte di Strasburgo. Trasformare un esercizio di ragione, qual è la motivazione, in un comando, è un grave abuso epistemologico. Non solo. Riconoscere come vincolante l'interpretazione espressa in motivazione da un organo giurisdizionale equivale a convertirlo nell'abnorme figura del giudice-legislatore: qualunque significato quest'organo attribuisca ad una disposizione, foss'anche il più lontano dal dato testuale, quel significato si sostituisce alla legge, vincolando ogni altro giudice. Il fondamentale principio di soggezione del giudice alla legge viene così doppiamente calpestato: sia per il giudice titolare dell'interpretazione vincolante, che si trova di fatto autorizzato di fatto a prescindere dalla lettera della legge, sia per gli altri giudici, costretti a soggiacere non più alla legge, ma all'interpretazione espressa dal giudice-legislatore.

lo consequenziale è il proscioglimento; nell'udienza preliminare, come vedremo, il termine marcato è la sentenza di non luogo a procedere e quello consequenziale il rinvio a giudizio.

Dunque, la regola di giudizio non è una disposizione che vada, di volta in volta, dettata dalla legge, ma un semplice corollario che deriva meccanicamente dall'identificazione del termine «marcato» e del termine «consequenziale». Quando sia individuato il termine «marcato», ossia quello che veicola la proposizione da provare, la regola di giudizio è per ciò stesso anch'essa individuata: in assenza di una piena prova sul termine «marcato» va affermato il termine concorrente, vale a dire il termine «consequenziale».

L'esigenza di dettare per legge una specifica regola di giudizio nasce solo quando si intenda derogare a quel che logicamente discende dal rapporto tra i due termini dell'alternativa decisoria⁽⁶⁾: ad esempio, l'art. 530, comma 2°, c.p.p. superflualmente dice che il proscioglimento va pronunciato «anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile». Che la condanna possa essere inflitta solo quando sia provata sino all'ultima goccia la colpevolezza discende – prima ancora che dalla Costituzione o da una concessione del codice di rito – dalla natura della fattispecie penale, costruita secondo il modello «È punito con la pena z chi commette il fatto x ».

In base a questa formula, chiunque invochi l'applicazione della pena, è tenuto a provare la commissione del fatto x , elemento costitutivo ai fini della punibilità; mancando tale prova, l'imputato va prosciolto dall'accusa. Per ogni proposizione del tipo «Se A , segue B » – che esprima un rapporto di «imputazione» nel senso kelseniano della parola⁽⁷⁾ – in tanto si può imporre B in quanto si dia la piena prova di A ⁽⁸⁾. Ne segue che inutil-

⁽⁶⁾ Talvolta la legge non fissa esplicitamente i presupposti per l'affermazione del termine marcato, ma si limita ad indicare i due termini dell'alternativa decisoria, ponendoli apparentemente sullo stesso piano: così accade, ad esempio, con l'art. 605 c.p.p. secondo cui il giudice d'appello conferma o riforma la decisione. Occorre allora individuare in via logica il termine marcato, che, nel caso appena menzionato, è la riforma; in assenza di buone ragioni per riformare la sentenza di primo grado, il giudice deve confermarla.

⁽⁷⁾ O, se si preferisce, di «causalità giuridica», contrapposta al rapporto di causa ed effetto, tipico delle leggi naturali.

⁽⁸⁾ Quanto ai fatti impeditivi della punibilità, la regola di giudizio vorrebbe che la sentenza di proscioglimento fosse pronunciata solo quando sia pienamente provata la causa di non punibilità. Ad attenuare questa conseguenza, interviene il codice di rito con una disposizione ispirata al *favor imputati* (art. 530, comma 3°, seconda parte, c.p.p. – questa sì, per nulla superflua – che modifica la regola di giudizio, imponendo il proscioglimento non

mente nell'art. 111, comma 5°, Cost. si richiede che la condotta illecita sia «provata» o che l'impossibilità di formare la prova in contraddittorio sia «accertata»; a esigere la prova o l'accertamento è il fatto stesso che il presupposto per l'applicazione della norma sia la condotta illecita o l'impossibilità del contraddittorio.

Quanto alla regola di giudizio nell'udienza preliminare, il rapporto tra rinvio a giudizio e sentenza di non luogo si presenta invertito rispetto al rapporto tra condanna e assoluzione. Sia il testo previgente sia quello della riforma «Cartabia» prevedono *quando* debba essere pronunciata la *sentenza di non luogo*, che rappresenta il termine «marcato»; non *quando* debba essere disposto il *rinvio a giudizio*, che costituisce il termine «conseguenziale»; lungi dal mutare la regola di giudizio per l'udienza preliminare, la riforma «Cartabia» si è limitata a modificare i presupposti della sentenza di non luogo, affermando che quest'ultima va pronunciata «quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna» (art. 425, comma 3°, c.p.p.). L'ambito di incidenza del non luogo si estende, ma la regola di giudizio rimane tale e quale; pertanto, ogniqualvolta *non sia pienamente provata* (*id est*, oltre ogni ragionevole dubbio) l'impossibilità di formulare quella previsione di condanna, s'impone il rinvio a giudizio. Parlo di «impossibilità» perché la legge enuncia negativamente il presupposto della sentenza di non luogo («*non* consentono di formulare ...»). In sintesi, ieri come oggi, continua a valere la regola *in dubio pro actione*⁽⁹⁾.

L'inconfutabile conclusione è che, per rinviare a giudizio, non occorre provare un bel nulla; è solo per la pronuncia del non luogo a procedere che occorre rendere conto della sussistenza dei presupposti contemplati dalla legge (art. 425 c.p.p.). Il rinvio a giudizio rappresenta, infatti, un epilogo di mera transizione processuale privo di autonomia probatoria: le prove, se legittimamente acquisite, saranno «utilizzate» nel dibattimento.

solo quando sia data la prova piena di *y*, ma anche quando la prova risulti incerta o insufficiente. Qui la parziale inversione della regola di giudizio opera a vantaggio dell'imputato; ma, come si vedrà, esistono casi (ad esempio, in materia di misure cautelari) dove, tramite una finzione, l'inversione opera *in damno* (cfr. P. Ferrua, *Tre temi corderiani*, in *Corderiana*, a cura di Elena Catalano e Paolo Ferrua, Torino 2023, p. 77 s.).

⁽⁹⁾ Per ulteriori osservazioni sull'eventualità che la nuova formulazione dell'art. 425, comma 3°, c.p.p. non sia in grado di ampliare la capacità selettiva dell'udienza preliminare, v. M. Daniele, *La riforma Cartabia del processo penale: pretese algoritmiche ed entropia sistemica*, in *Sist. pen.* 2023, 7-8, p. 21 s. In senso favorevole alla soppressione dell'udienza preliminare v. M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.* 2020, fasc. 1; G. Pecorella, *L'udienza preliminare: un mito tramontato* [1992], ora in *Utopie*, Torino 2022, p. 185 s.

Non a caso il rinvio a giudizio è immotivato, non impugnabile e validamente disposto, ai sensi dell'art. 429, comma 2°, c.p.p., anche in assenza della «indicazione sommaria delle fonti di prova», non sanzionata da alcuna nullità.

La necessità di produrre «prove» sussiste esclusivamente per la pronuncia della sentenza di non luogo, ai cui fini occorre provare l'impossibilità di «formulare una ragionevole previsione di condanna»⁽¹⁰⁾; fermo restando che la prova di un fatto negativo («non consentono») è, in genere, assai più ardua di quella di un fatto positivo. Lo conferma indirettamente anche l'art. 422, comma 1°, c.p.p. secondo cui «il giudice può disporre, anche di ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere»: ulteriore conferma, se ancora fosse necessaria, che il termine «marcato», ai cui fini servono «prove», è rappresentato dalla sentenza di non luogo a procedere e non dal decreto che dispone il giudizio.

Se è così, non si comprende la ragione per la quale la Corte costituzionale con la sentenza in esame abbia ritenuto di annullare «la richiesta di rinvio a giudizio formulata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino il 29 luglio 2021 nell'ambito del procedimento penale n.

⁽¹⁰⁾ In un recente articolo (*In difesa della riforma Cartabia*, in *Giustizia Insieme* 20 giugno 2023), A. Nappi sostiene che «il legislatore impone oggi come criterio di giudizio la prevedibilità della condanna»; nella *Nuova guida telematica al codice di procedura penale*, par. 43.2.1 aggiunge, in dissenso con la mia lettura dell'art. 425, comma 3°, c.p.p.: «l'art. 530, analogamente all'art. 425, dice appunto quando si deve pronunciare la sentenza di assoluzione [...] Quanto gli art. 530/3 e 531/2 dispongono per l'alternativa decisoria dibattimentale, tanto dispone l'art. 425/3 per l'alternativa decisoria dell'udienza preliminare. Sicché, come s'è detto, l'art. 425/3 deve essere interpretato nel senso che va pronunciata sentenza di non luogo a procedere anche quando vi siano dubbi sulla colpevolezza dell'imputato».

In realtà, il legislatore non ha fissato come criterio di giudizio «la prevedibilità della condanna»; si è limitato a modificare i presupposti della sentenza di non luogo, subordinandola alla condizione «negativa» che «gli elementi acquisiti non consent[ano] di formulare una ragionevole previsione di condanna». Vi è, d'altronde, una sostanziale differenza tra l'art. 530 c.p.p. e l'art. 425 c.p.p. L'art. 530 c.p.p. è puramente «conseguenziale» alla circostanza che, ai fini della condanna, occorra la prova piena della colpevolezza (la condanna è il termine «marcato»); nell'udienza preliminare il rapporto tra rinvio a giudizio e sentenza di non luogo si presenta invertito rispetto al rapporto tra condanna e assoluzione, perché il termine «marcato» è la sentenza di non luogo con la conseguenza che, in assenza della piena prova dei presupposti contemplati nell'art. 425 c.p.p., va disposto il rinvio a giudizio (termine «conseguenziale»). Iperbolica, infine, la conclusione secondo cui «l'art. 425/3 deve essere interpretato nel senso che va pronunciata sentenza di non luogo a procedere anche quando vi siano dubbi sulla colpevolezza dell'imputato»: se così fosse, il rinvio a giudizio implicherebbe l'assenza di ogni dubbio sulla colpevolezza dell'imputato, indicandolo anticipatamente come colpevole, in contrasto con l'art. 27, comma 2°, Cost.

24047/2015 R.G.N.R. e il decreto che dispone il giudizio, adottato dal Giudice dell'udienza preliminare il 1° marzo 2022 in relazione al medesimo procedimento», sul presupposto che, nel disporli, il p.m. e il g.u.p. si fossero arbitrariamente avvalsi di prove inutilizzabili.

Che il p.m. e il giudice non avessero il potere, rispettivamente, di chiedere e disporre il rinvio a giudizio, è ipotesi, a nostro avviso, priva di fondamento: l'enunciazione delle prove a carico esula dalla fattispecie sia della richiesta di rinvio a giudizio sia del decreto che dispone il giudizio, non essendo la loro assenza causa di nullità; infatti, anche ove il giudice del dibattimento accertasse l'illegittimità di prove acquisite nell'indagine preliminare, non annullerebbe né la richiesta né il rinvio a giudizio, ma deciderebbe in merito, assolvendo o condannando.

CLAUDIO CONSOLO (*)

Professore ordinario nell'Università di Roma La Sapienza

IDEE CHIARE E FANTASMI LATENTI QUANTO AL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO E ALLE VARIE AZIONI SPETTANTI A CIASCUNO

SOMMARIO: 1. L'esatta qualificazione del contratto a favore di terzo, quale deviazione (senza necessità di consenso del favorito) del diritto alla prestazione oggetto del contratto. – 2. I profili dubbi per i civilisti e le ambiguità di un certo *refrain* ricorrente nei *dicta* della S.C. – 3. Equivoci (specie giurisprudenziali) sul ruolo della accettazione del terzo C, che non può in alcun modo condizionare la deviazione a suo favore (se non nei limitati termini di renderla non revocabile). – 4. Adempimento, impugnative negoziali, nullità: dove si colloca la legittimazione? Posizione dei problemi e delle prospettive rimediali. – 5. La spettanza, oltre che della azione di adempimento, di quella di risoluzione per inadempimento (la soluzione proposta della legittimazione sostanziale necessariamente congiunta del terzo, che avesse accettato, e del promittente, sulle orme di Sacco) ... – 6. ... e le soluzioni (quanto a litisconsorzio necessario e legittimazione sostanziale necessariamente congiunta, o no) per le altre due forme rimediali di risoluzione. – 7. Profili (ancora più) dubbi: spettanza dei danni da risoluzione per colpa e tutela degli eredi del promittente.

1. – Il dettato del Codice civile vigente su questa figura del c.f.t. ⁽¹⁾, di tanto risalto pratico e suggestione teorica, non è affatto equivoco, pur se

(*) Lo scritto è destinato agli Studi in memoria di Rodolfo Sacco.

⁽¹⁾ Sul contratto a favore di terzo e sul regime delle azioni esperibili si rinvia ai contributi di seguito indicati, di talché si troveranno citati nel testo con richiamo al solo autore. Tra le voci enciclopediche G. Donadio, *Contratto a favore di terzi*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino 1959, 656 ss.; F. Messineo, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 196 ss.; U. Majello, *Contratto a favore del terzo*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1989, 235 ss., spec. 246 ss.; O.T. Scozzafava, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma 1991, 2 ss. Per i testi monografici, L. Tartufari, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona 1889, spec. 132 ss.; G. Pacchioni, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano, civile e commerciale*, Milano 1912, spec. 233 ss.; L. Cariota Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, spec. 125 (nota 15), 412; U. Majello, *L'interesse dello stipulante nei contratti a favore di terzi*, Napoli 1962, spec. 173 ss.; L.V. Moscarini, *I negozi a favore di terzo*, Milano 1970; Id., *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, in *Il Codice Civile. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, 2^a ed., Milano 2012, spec. 93 ss.; I. Maspes, *Il contratto e i suoi effetti nei confronti dei terzi*, Milano 2022, spec. 91 ss. Per la trattatistica F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, XXI, 2, Milano 1972, spec.

lascia alcuni spazi irrisolti sul versante della titolarità dei rimedi e quindi delle iniziative processuali, su cui verte la analisi che segue. Tuttavia, l'impianto normativo esclude ogni avvicinamento fra questa figura e quella del contratto che si limiti a prevedere che destinatario dell'adempimento sia un terzo, e questo faccia senza peraltro attribuirgli al riguardo alcun diritto.

Il modello del radicamento del diritto acquisito in capo al favorito del codice tedesco prevalse nel 1940 sullo stampo francesista e sul dettame romanisticamente tradizionale di limitazione soggettiva degli effetti del contratto, come è noto e come una dottrina all'epoca isolata e arditissima (Tartufari) aveva peraltro già in precedenza iniziato a professare, in parallelo a quanto innovativamente prefigurato nel famoso progetto italo-francese del codice dei contratti, legato da noi alla irripetibile autorità di Vittorio Scialoja, il quale all'art. 45, commi 1° e 2°, già notevolmente disegnava il nostro modello attuale: quello di un radicamento del diritto acquisito subito in capo al beneficiario, ed irrevocabilmente poi con la sua accettazione prima della eventuale revoca, dando quindi azione a lui e però senza escludere che concorrentemente anche allo stipulante sia data azione, in ragione del suo interesse «sia materiale sia morale, all'adempimento della obbligazione» (art. 45, comma 1°, cit.). E questo, con certezza, almeno per chiedere la condanna all'adempimento, come vedremo oltre in sede di analisi della spettanza delle altre azioni.

Nel 2016 per effetto della ampia riforma del contratto, anche il *code Napoleon* francese, all'art. 1205, si conforma finalmente a questo modello evoluto, in parte dischiuso già dalla giurisprudenza della *Cassation* che veniva ormai esautorando il formante normativo obsoleto dell'art. 1221 (ove si contemplò la pattuizione a favore di terzi solo quale condizione di

148 ss.; M. Tamponi, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. Dir. priv.*, dir. da M. Bessone, Torino 2000, VI, 404 ss.; F. Angeloni, *Contratto a favore di terzi*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 2004; M. Franzoni, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino 2006, II, spec. 237 ss.; A. Fusaro, *Il contratto a favore di terzi*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, Milano 2006, III, 175 ss., spec. 191 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2011, spec. 553 ss.; R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Torino 2016, spec. 1163 ss., su alcune importanti idee dei quali avremo particolare modo di soffermarci; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano 2019, spec. 523 ss. Per la manualistica, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 20^a ed., Napoli 2021, spec. 958 ss. Ma dello stesso autore si tiene presente anche, quanto agli effetti anche circolatori del mancato rifiuto dell'acquisto in capo al terzo favorito, *Trattato della trascrizione*, I, 1, Torino 2012, 381 ss. E. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, sul meccanismo confermativo dell'acquisto del mancato rifiuto.

un contratto concluso a proprio favore o di una donazione, con ogni riflesso restrittivo sulle azioni esperibili)⁽²⁾.

Nella nostra codificazione si è avuta pertanto a questo riguardo una netta manifestazione della teorica del primato potente della volontà dei privati, che può sancire anche la famosa (e a lungo resistita) deviazione soggettiva a favore del terzo, pur rimanendo giustamente ferma la esigenza della tipicità normativa o sociale del contratto di base e la esclusiva e fondante considerazione della sua causa tipica o comunque meritevole.

Netta fu al postutto la scelta codicistica di prevedere la immediata nascita dei diritti in capo al terzo favorito (che definiremo C), prima e a prescindere da ogni forma e tipo di suo assenso o accettazione. Certo, abbiamo la indefettibile previsione di un potere (formativo) di rinuncia al diritto attribuitogli, ma come rifiuto di mantenere un diritto già acquisito, sia pure con efficacia declinatoria tendenzialmente retroagente. La detta immediatezza ed automaticità della acquisizione del terzo potrà, dalle parti del contratto, magari venire modalmente conformata, ma non sarà passibile di venire assoggettata ad alcun tipo di controprestazione prevista dal contratto contenente la clausola di deviazione attributiva.

Questo unico potere unilaterale negoziale di C, debitamente recettizio nei confronti sia dello Stipulante (di seguito A) che del Promittente (di seguito B), va nettamente configurato come *rifiuto della deviazione acquisitiva a proprio favore*. Rifiuto che può inoltre avvenire senza limiti di tempo – salva la usucapione se si ammetta che il diritto acquisito possa essere di natura reale –. Rifiuto eventuale che comunque rimane fondato e, potrebbe pur dirsi, *ex lege* dinamicamente e funzionalmente collegato quale reazione al patto di deviazione dell'acquisto voluto da A e accettato dalla sua unica controparte, presente ed anche futura, del rapporto contrattuale negoziato e vigente, e quindi dal solo B.

Sia la espressione «deviazione» (o patto o clausola di deviazione) sia quella speculare del «rifiuto» dell'acquisto disposto ed efficace senza un rilevante atto di assenso di C (o meglio *senza la inerenza di quell'assenso al contratto*, e senza che esso operi neppure quale condizione sospensiva di efficacia, benché a monte spesso e naturalmente vi sarà pur ben stato un precedente accordo fra A e C, formalizzato o meno) sono due espressioni non agevolmente concettualizzabili, dal sapore in realtà ancora descrittivo

(2) Per una estesa analisi delle evoluzioni v. L. Vacca (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi nell'esperienza storico-comparatistica*, Torino 2001. Ogni indicazione aggiornata in A. Fusaro, *Contratti e terzi nel code civil riformato*, in *La riforma dei contratti in Francia*, a cura di E. Gabrielli e A. Fusaro, in *Giur. it.* 2018, 1269 ss., con bibliografia comparata alla nota 6.

di un fenomeno socialmente prima che giuridicamente senza dubbio peculiare: un acquisto non voluto. Acquisto e sua immediatezza «*ope alieno*» certamente non frutto di un meccanismo sconvolgente fino a che si tratti di un diritto di credito (salva qualche verosimile implicazione tributaristica, per vero), ma certamente assai problematico se lo si ammettesse per i diritti reali di godimento e specie per la proprietà e l'usufrutto di immobili, gravidi come sappiamo di responsabilità ed oneri, potenzialmente anche minacciosi per C. Al punto che senza un accordo a monte tra A e C, non andrebbe, secondo una dottrina minoritaria ma significativa, ed anzi a mio credere convincente, neppure ammesso per quei diritti un «puro» contratto traslativo a favore di terzo, ovvero e *rectius* in capo al terzo (si pensi alla proprietà di un fondo inquinato che di «favorevole» nulla avrebbe).

Non basta a far concludere diversamente il fatto che il rifiuto abbia, debba avere, un pieno effetto retroattivo (il par. 333 del BGB tedesco lo evidenzia appieno, là dove il comma 3° dell'art. 1411 con il verbo «rimane» sembra ignorare o comunque porre in ombra la stessa immediatezza dell'effetto attributivo) posto che esso opera solo nei rapporti fra i tre protagonisti della vicenda e che la mancanza di alcun limite di tempo per esercitare quel rifiuto anche per i diritti reali (per i molti che ne ammettono la deviazione acquisitiva, meno controversa solo le servitù attive: esse sole in realtà ammesse dalla S.C. nei pochi casi censiti che pur adottano un linguaggio più generale) potrà giungere a generare molti effetti. Ovvero effetti che non è neppure pensabile siano rimossi del tutto, ora per allora, nei confronti dei terzi (sulle complicazioni pubblicitarie, non poche in tal caso, si soffermano Moscarini e Franzoni).

Rimane quindi possibile, ma non imposto, depotenziare la vicenda di contratto relativo ai principali diritti reali al rango ben diverso del c.d. contratto *con prestazione a favore di terzo*. Ove il trasferimento del diritto reale non consegue ancora al contratto originario ma ne esigerà un altro con il terzo. Contratto, il primo, con efficacia solo *inter partes*, che in effetti è solitamente denominato contratto a favore di terzi improprio, ed è testualmente contemplato nel § 328, II *Absatz* del ben più analitico BGB, ed ivi anzi trattato come ipotesi ordinaria seppure non esclusiva dell'altra (si capisce bene che alla fine dell'Ottocento la espansione della potenzialità della volontà fosse timida a fronte della radicata tradizione per cui *alteri stipulari nemo potest*, in un contesto poi di modi del passaggio dei diritti reali così diverso dal nostro).

Del resto, mentre il rifiuto di continuare ad essere titolare di crediti ricevuti «*ope alieno*» non innesta vicende complesse, ma solo il necessario rientro di essi in capo ad A che li ha fatti maturare con il contratto

(contratto che non può venire meno a cagione di quel rifiuto, che pur lo snaturerà; naturalmente, in questo campo, eventuali precedenti atti di intimazione ad adempiere ed interruttivi della prescrizione da parte di C varrebbero quale accettazione tacita dell'acquisto del credito e a più forte ragione lo varrebbero atti novativi o di rimessione, sì da frustrare ogni effetto di un susseguente rifiuto di acquisto). Al contrario nel campo dei diritti di proprietà e di usufrutto è arduo pensare ad una trasmigrazione, B a C e poi da C ad A, e alla sorte, ad es., delle responsabilità civili da custodia o degli obblighi tributari, atteso anche il fatto che il rifiuto prima della ricezione dell'adempimento non incontra alcun termine decadenziale. Prescinderemo in questa sede introduttiva al discorso processualistico, largamente trascurato e che appresso ci preme condurre, dal valutare i casi in cui il c.f.t. è chiamato ad operare in via adiacente e complementare al diritto successorio, casi trattati dall'art. 1412 c.c. e così il caso di prestazioni a favore di C da eseguirsi dopo la morte di A. Qui la norma tratteggia un regime molto significativo dal punto di vista del rapporto fra testamento e pattuizioni ammissibili pur se *latissimo sensu* certamente successorie, specie nel caso più stimolante (su cui sovengono Betti e poi Moscarini e già Cass. n. 1807/1959): quale ci pare la rivelatrice ipotesi di rinuncia al potere di revoca della deviazione *ivi* previsto in capo al futuro *de cuius* (rimane naturalmente al di fuori il vasto campo della assicurazione vita, su cui diversamente dispone l'art. 1920 c.c., specie al comma 2°).

2. – Come si passerà in rassegna ed analizzerà in queste pagine, rimane disallineato il pensiero ed il ragionare tuttora prevalente quanto ad un duplice fatto, in modo agevolmente constatabile (disallineamento che risalta anche nelle due sentenze della S.C. più recenti e che subito verremo discutendo e negli echi dottrinali molteplici quanto antifonici ad esse sottesi). La dottrina civilistica appare invero divisa su una notevole gamma di questioni (pressoché tutte quelle su cui il codice tace, attento come esso fu soprattutto ai collegamenti con la materia successoria): dalla già toccata tematica della riferibilità della clausola di deviazione dell'acquisto anche ai diritti reali maggiori, diversi quindi dalle servitù, per venire alla questione della forma di esercizio dei due importanti poteri formativi (non diritti soggettivi) spettanti ad A e a C (rispettivamente revoca della deviazione e accettazione stabilizzante della stessa), natura stessa della accettazione dell'acquisto (atto di cui, a torto – lo denuncia ad es. Gazzoni –, molti autori negano il carattere negoziale e che all'opposto taluno anacronisticamente inserisce – Scozzafava – addirittura nello itinerario acquisitivo del diritto in capo al terzo). Ancora, i civilisti risultano divisi (con i processualisti gene-

ralmente disinteressati o almeno muti) sulla tematica fondamentale della spettanza delle varie azioni, specie di quelle diverse dalla canonica azione di condanna all'adempimento, e della successiva azione esecutiva; questa azione, poi, indubbiamente spetta a C, ma è discutibile se solo a lui od anche ad A.

In particolare, le azioni di nullità, i vari tipi di domande di annullamento, la tutela delle due forme di rescissione sono rimedi che potranno essere esperiti solo da A e da B, quali parti sia dell'atto sia del rapporto contrattuale e mai da C; ma a costui darei almeno la legittimazione ad una azione di accertamento della sussistenza o meno degli effetti contrattuali a lui devianti anche deducendo come *causa petendi* la non nullità del contratto⁽³⁾.

Quesito ancor più importante: ciascuna delle tre tipologie di azione di risoluzione, ed in particolare la più importante, ossia quella per inadempimento è azione che ovviamente B può sicuramente esercitare contro A, ma davvero spetta anche ad A e solo a lui ad esclusione di ogni condivisione con C? Dubbi dottrinali che risuonano anche nella giurisprudenza sia pure in modi non altrettanto radicali e con intensità meno incalzante.

Una precisazione quanto alla azione di nullità. L'interesse di A alla deviazione dell'effetto acquisitivo pare congruo non farlo rientrare nella causa del contratto, e non considerarlo quindi tale da condizionarne la (non) nullità. Quell'interesse, anzi, si deve ritenere insindacabile ad ogni effetto ed in sostanza ricondurlo al mero motivo liberale, e quindi di donazione indiretta (soggetta ad azioni di riduzione e collazione, secondo quanto si vedrà), o al motivo solutorio di una obbligazione di A verso C. Si possono comunque affiancare altre ragioni della c.d. deviazione, in realtà assai varie e che quasi tutte postulano più o meno precedenti contratti fra A e C (ad es. l'accordo di rendere C proprietario fiduciario del bene che C

⁽³⁾ In questo caso, in cui C agisce in accertamento convenendo in giudizio B con una domanda che trova (anche) nella non nullità del contratto la sua *causa petendi*, ci si dovrà chiedere se A sia parte necessaria del giudizio *ex art. 102 c.p.c.* Diremmo di sì: siamo non distanti dalla logica che impone la integrazione del contraddittorio nelle ipotesi di sostituzione processuale, che pur qui non ricorre poiché C mira ad ottenere certezza in ordine ad una situazione giuridica soggettiva di cui egli è titolare. Indubbiamente però A è particolarmente interessato al riconoscimento del diritto (che non gli compete, perché l'ha voluto deviare) in capo a C. Inoltre, la necessaria partecipazione anche di A favorirà assai probabilmente la formulazione di una domanda di accertamento incidentale della (non) nullità del contratto *ex art. 34 c.p.c.* (che le parti del rapporto – A e B – potranno certamente svolgere), di modo che sulla questione della (non) nullità del contratto non si debba in altri contesti, tra le tre parti coinvolte, più discutere (secondo una logica non lontana da quella che guidava, ormai quasi dieci anni fa, le Sez. Un. nelle note sentenze nn. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014).

vuole procurarsi, magari per ridurre la garanzia patrimoniale aggredibile dai creditori del secondo).

3. – L'altra criticità che si riscontra attiene al ruolo eccedente che la giurisprudenza, pur accettando *in apicibus* – e diremmo per forza, poiché la legge non lascia spazio alla idea di qualunque fattispecie di acquisto a formazione progressiva – la immediatezza dello effetto acquisitivo in capo a C, finisce con il riservare alla sua eventuale accettazione. Accettazione che *in thesi* pur giustamente si professa avere solo valore non tanto confermativo dell'acquisto (ché di una conferma a quel fine non vi è appunto necessità) quanto solo stabilizzante: e più precisamente di esercizio di un potere monopolistico formativo con cui C sopprime sia il potere, ove non ancora esercitato, di A di revocare altrettanto unilateralmente la deviazione a suo favore, sia il potere di entrambe le parti di accordarsi in modi in tutto o in parte diversi coinvolgendo nel nuovo loro accordo anche questo aspetto.

Così in materia di efficacia per C della clausola compromissoria (oppure di competenza territoriale) stipulata nel contratto, la Cassazione si ritrova a dire che essa lo vincola in quanto nel suo agire avanti agli arbitri è riscontrabile una accettazione tacita dell'intero contratto ed anche di tale suo patto. Ma se avesse agito in via ordinaria in spregio della clausola, o se B avesse agito contro C, ad es. in accertamento negativo o per la ripetizione di parte di un pagamento eccessivo, e questi avesse eccepito la inopponibilità a lui della clausola e quindi la incompetenza territoriale? La giustificazione addotta proprio non funziona e oltretutto nel campo arbitrale è meno discontinua che in quello della deroga alla competenza, che molto spesso fu ritenuta indifferente per C e valevole solo fra A e B (in tal senso Cass. nn. 21875/2004, 24415/2013, 33309/2019 e ancora 22149/2021; ammettono giustamente invece la efficacia dello accordo derogatorio, con il ragionamento però sopra criticato, Cass. nn. 21875/2004, 11261/2005, 41665/2021, a proposito dei contrasti sincronici poco o punto consapevoli).

Mi pare evidente che le soluzioni debbano essere coese e sempre affermative, e non già perché il diritto è acquisito al terzo C con le modalità previste nella stipulazione contrattuale e assoggettato alle eccezioni dalla stessa generate a favore di B, non trattandosi in effetti di una vera e propria modalità impressa al rapporto obbligatorio, ma in quanto C acquista il diritto e la azione da e verso B nei termini anche di esercizio processuale che B stesso aveva convenuto con A, senza che la deviazione effettuale possa valere a fargli perdere quel desiderato e voluto statuto di azionabilità.

La Cassazione scrive poi in epoca ancor recente (Cass. 30 marzo 2021, n. 8766, preceduta da un'impressionante serie di sentenze che utilizzano la medesima ambigua ed errata frase⁽⁴⁾) che si «il terzo si limita a ricevere gli effetti di un rapporto già costituito ed operante», ma subito poi soggiunge – del tutto incongruamente – che «l'adesione del terzo è mera *condicio iuris* sospensiva dell'acquisto del diritto – rilevabile *per facta concludentia* – restando la dichiarazione di voler profittare del contratto necessaria soltanto per renderlo irrevocabile ed immodificabile». Una vera contraddizione entro una neppure lunga frase, non potendosi ritenere la accettazione (*recte*: espressione della volontà di trarre profitto quale esercizio di potere) essere minimamente intesa come un fatto che A e B abbiano dedotto in condizione sospensiva di alcunché, e neppure che la legge abbia elevato a tale ruolo di compimento finale della fattispecie acquisitiva.

Poco dopo Cass. 10 febbraio 2022, n. 4338, ribadisce che la giurisprudenza è solita ammettere che la clausola compromissoria contenuta in

(4) Apre la fila Cass. 1 febbraio 1988, n. 1136, *indi* Cass. 24 dicembre 1992, n. 13661. A questo punto interrompe la serie e critica giustamente la circolazione e il quasi il principio di diritto *de quo* Cass. 10 giugno 1988, n. 6062. E tuttavia, Cass. 9 aprile 2014, n. 8272 ai parr. 5.6. ss. torna a ridare fiato a quel motivo sia pure all'interno di una motivazione molto ampia e ricca relativa ad una fattispecie altrettanto complessa che viene rettamete decisa sulla base di un importante ulteriore distinguo, su cui ritorneremo presto e che viene ripreso da Cass. 11 maggio 2022, n. 14985. La distinzione che viene introdotta al fine di valutare quando davvero anche A abbia azione contro B di adempimento ed eventualmente di risoluzione per inadempimento è quella che fa leva sul caso in cui l'acquisizione del diritto in capo a C «necessiti, oltre al consenso fra stipulante e promittente di una attività di esecuzione da parte del promittente, dimodoché solo all'esito di essa il diritto nasca a favore del terzo». In tale caso che però non viene del tutto precisato, effettivamente non v'è dubbio che «si può configurare a favore dello stipulante un diritto all'adempimento dell'attività esecutiva con la conseguenza che, in difetto, egli potrà chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. In tal caso, però, è palese che la pretesa d'adempimento, la risoluzione e il risarcimento del danno non si correlano alla prestazione oggetto del diritto che il terzo doveva acquisire, ma alla stessa prestazione dedotta nella stipulazione, che necessitava dell'attività esecutiva». In che cosa consista tale cruciale attività esecutiva, in ragione della quale si traggono distinte conseguenze e lo si fa anche in modo coerente con la premessa, non è tuttavia facilmente evincibile. Esaminando molto attentamente la complessa trama della sentenza del 2014 (Rel. Frasca), si arriva a poter concludere che il caso è solo quello per vero non frequente del contratto preliminare *inter partes* che impegna la stipula di un contratto definitivo a favore di terzo. Il primo contratto non è un contratto in senso proprio a favore di terzo e quindi evidentemente il terzo non può agire per l'esecuzione in forma specifica di quel contratto. Con un ulteriore pizzico di *ars combinatoria* su questa lunghezza d'onda si immagini poi il seguente caso: A conferisce l'incarico a B, somministrandogli i mezzi economici, di acquistare fiduciariamente un bene dandogli l'istruzione di (ri)trasferire il bene stesso a C in un dato momento. Qui fino a che l'istruzione non è eseguita C non acquista ancora il diritto sul bene e possiamo così lambire la figura del contratto a favore di terzo (sia pure nel campo dei diritti reali e quindi in un'area di dubbia ammissibilità).

un contratto a favore di terzo è opponibile a quest'ultimo, ma aggiunge «qualora questi abbia manifestato la volontà di profittare della stipulazione». Prosegue poi, più a-problematicamente e convincentemente, «in quanto tale volontà non può non riguardare tutte le clausole contrattuali nel loro insieme» (in senso conforme si citano Cass. n. 2384/1997 e Cass. n. 13474/2000). Si nota poi, anche qui senza che possano muoversi obiezioni, che «non esplica interferenza il diverso principio dell'autonomia della clausola compromissoria... [che] comporta che la validità della clausola compromissoria debba essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto nel quale è testualmente inserita, con l'effetto di estendere la cognizione del giudice arbitrale, investito mediante clausola in se stessa valida, alle questioni attinenti all'eventuale contestazione della validità del contratto di riferimento».

Anche a proposito di questa importante presa di posizione dell'Organo della nomofilachia può dirsi che l'approdo finale è del tutto condivisibile nel caso di specie, ma che un analogo risultato di perfetta tenuta della clausola compromissoria si dovrebbe raggiungere anche quando C non abbia manifestato (o non ancora) la famosa volontà di profittare della stipulazione. Per esempio, allorché sia C ad essere convenuto in arbitrato (come già accennato questo può avvenire in rari casi), e comunque anche quando sia C ad agire, la clausola compromissoria lo vincolava a prescindere dalla sua volontà di stabilizzare l'attribuzione del diritto a proprio favore. In sostanza C, anche prima della «accettazione», non potrebbe validamente adire il giudice ordinario.

4. – Al netto dunque di queste rimembranze giurisprudenziali dell'impossibilità classica di intestare a C un qualunque diritto senza un qualche suo gradimento, rimane altamente dubbia la possibilità: a) di A di agire chiedendo la condanna di B ad adempiere verso C (caso diverso, questo, da quello trattato nella nota precedente e su cui disquisisce Cass. n. 8275/2014 con riguardo alla possibilità di A di agire per la condanna di B ad adempiere alle attività preliminari attuative del successivo acquisto del diritto in capo a C); b) dell'ammissibilità che azioni di annullamento o di nullità siano esperite non da A o da B tra di loro ma da C nei loro confronti (in questo caso in regime certamente di litisconsorzio necessario); c) *last but not least*, il problema per antonomasia su cui varie delle pronunce di Cassazione passate in rassegna nella nota precedente dovevano confrontarsi: può C chiedere la risoluzione per inadempimento del contratto a favore di terzo nei confronti di B, ed in tal caso sarà litisconsorte necessario anche A? Lo stesso regime dovrà valere eventualmente anche per le altre due tipologie di azione costitutiva di risoluzione? Ed

infine potrà C intimare una diffida ad adempiere verso B, avvalersi di una clausola risolutiva espressa o invocare l'inutile decorso di un termine essenziale?; d) ammesso, come si è soliti fare, che tutte queste azioni spettino anche o almeno a B (ed anche a C quelle non dipendenti da inadempimento) daremo ad A anche l'azione di condanna all'adempimento a favore di C per far valere il suo «interesse» di stipulante (quell'interesse sulla cui esatta natura la dottrina civilistica si è con esiti abbastanza differenziati tante volte interrogata).

Dunque, un bel complesso di tematiche che a questo punto non più solo lambiscono ma penetrano in profondità nel campo di analisi del processualcivilista, e che stupisce in effetti non trovare trattate pressoché mai da questo punto di vista e con le corrispondenti chiavi di lettura.

Ad esempio, sarebbe agevole anche ai processualciviliisti confortare l'opinione sostanzialmente maggioritaria ma disputata di chi (e.g. fra vari Moscarini; contrariamente pure e.g. Maiello) ritiene che non sia una forma vietata di sostituzione processuale, interdetta dall'art. 81 c.p.c., l'azione di risoluzione per inadempimento mossa da A, come unica e perdurante sua controparte del contratto, nei confronti di B, che abbia gravemente inadempito verso C (ma dirò fra breve che una tale azione postula a mio avviso il consenso e la partecipazione, in regime di parte unitaria, anche di C con ricadute sulle accessorie azioni di risarcimento del danno da risoluzione). Analogamente, seppur più problematicamente, va negato anche e perfino un effettivo dissidio tra quel principio e l'azione dello stipulante A di condanna di B ad adempiere con soddisfazione del diritto di C (diremmo litisconsorte necessario ancorché non *stricto sensu* sostituito processuale), in quanto A non sta facendo valere il diritto specifico alla prestazione di C ma il proprio diritto affinché il contratto sia in generale adempiuto in quanto esso soddisfa un suo precipuo interesse. Per tacere del caso, non del tutto infrequente, in cui il contratto preveda effetti plurimi: non solo quello a favore di C ma anche altri a favore di A, magari collegati funzionalmente ai primi.

La *Natur der Sache* di questa situazione contrattuale insomma fu bene riflessa dal BGB tedesco, che per primo ebbe a sancirne legislativamente la ampia ammissibilità, allorché al suo paragrafo 335 enuncia che «lo stipulante, salvo si debba riconoscere una diversa volontà delle parti, può chiedere la esecuzione della prestazione in favore del terzo anche quando a quest'ultimo spetti il diritto alla prestazione».

Questa realtà giuridica, che si radica sulla variante causale che contratti anche tipici ricevono dalla inclusione di una clausola di deviazione, viene riconosciuta anche dalla Cassazione (n. 9846/2014, con addentellato nella n. 2493/1993) nel caso di contratto fra soci a favore della loro società,

di solito con impegno a conferimenti o prestiti, sia a fermo sia in occasione di cessione di pacchetti. Alla società è dato il diritto e la azione di adempimento, senza che occorra convenire (spesso in arbitrato) altri soci oltre che quelli inadempienti. Ma si riconosce dalla S.C. che anche i soci stipulanti possano agire per l'adempimento dei diritti della società favorita. In entrambi i casi si potrà avere l'intervento volontario a fianco dell'attore dell'altro legittimato (di C al fianco di A o di A al fianco di C). Così anche ad es. nel contratto di trasporto di cose con destinatario diverso dal mittente, ove la richiesta di consegna, al limite giudiziale, può avvenire ad opera di entrambi (se lo fa il destinatario questo ovviamente vale come dichiarazione di volere profittare della stipulazione, ma lo rende obbligato, addirittura in esclusiva, al corrispettivo come rimarca Cass. n. 11744/2018, che cita la n. 19225/2013, con una disciplina ovviamente speciale, influenzata dalla eventualità a contrario della inserzione della clausola «franco porto», o, all'opposto, dal disposto degli artt. 1692 e 1689, comma 1°, c.c. Solo con detta clausola a me pare debba ravvedersi un vero contratto a favore di terzo. V. in arg. anche e già Cass. n. 1385/1986). Lasciare il mittente senza azione, anche solo dopo la richiesta del destinatario, che potrebbe essere anche un mero nuovo depositario, significa ignorare la esigenza di protezione avanzata del mittente e costringerlo a far valere solo i suoi (e solo eventuali) diritti sottostanti sulle cose trasportate.

In generale se si insiste, con la maggioranza (nel senso qui preferito tuttavia cenni in Sacco, Bianca, Roppo nelle loro opere trattatistiche sul contratto; diversamente di solito i monografisti), a negare il diritto e la azione di adempimento ad A ci si trova poi in evidente difficoltà sistematica nell'attribuirgli, come di solito si vuole ed in via esclusiva (per una critica a quest'ultimo riguardo v. oltre), la azione di risoluzione per inadempimento del contratto di cui lui solo, oltre a B, è parte e parte *in thesi* adempiente (C potendo al più venire assoggettato ad oneri, sempre nell'interesse di A, ma non a controprestazioni verso chicchessia). Del resto in caso di avvenuta risoluzione giudiziale *ex art.* 1453 c.c. non ha esitato Cass. 9 ottobre 1997, n. 9818 (in *Giur. it.* 1998, p. 1096) a riconoscere il diritto al risarcimento sia ad A sia a C, pur se nei riguardi di ciascuno dei due verranno in rilievo pregiudizi diversi onde vanno prevenute duplicazioni risarcitorie (quanto alle restituzioni delle prestazioni erogate, esse spettano ad A solo, al pari che nelle azioni di nullità o nelle varie azioni costitutive di invalidazione, riservate ad A e B).

Nella azione di adempimento di C va ammesso A ad intervenire con un intervento che si avvicina a prima vista, come vari civilisti hanno notato (sin da Messineo), ai (ma non coincide affatto del tutto con i) caratteri di un intervento adesivo, apparendo simile piuttosto soprattutto ad un pe-

culiare tipo di intervento litisconsortile per identità di titolo. Anche se A non sia intervenuto e quindi non sia a lui a rigore estensibile il giudicato, una sconfitta di C, come anche una sua vittoria solo parziale, voteranno una azione di adempimento di A al rigetto, poiché B non deve più nulla a C, potendosi al più ancora pensare ad una azione di risoluzione, con danni e non solo restituzioni unicamente nei confronti di A.

Nella azione promossa invece da A, che abbiamo visto chiedere la condanna ad adempiere a favore di C, quest'ultimo direi sia un litisconsorte necessario ancorché, lo si è visto, non sia propriamente un sostituto processuale posto che la azione mira sì a soddisfare un suo diritto ma fa valere al contempo un diritto contrattuale all'adempimento, sorretto dal relativo interesse diretto, spettante ed esercitato da A. Si evita per tale via ogni tema di opponibilità a C di giudicati negativi, o per importi e prestazioni minori di quanto preteso, sortiti dalla azione di A.

5. – Il punto fondamentale, una volta mostrata la spettanza a ciascuno della azione di condanna all'adempimento (discorso più complesso si farà, in altra occasione però, per la simulazione) e ribadita la spettanza delle azioni di invalidazione del contratto alle sue parti, è quello annoso di fissare la spettanza della azione di risoluzione giudiziale per inadempimento. Ed interessa soprattutto il caso in cui *in thesi* inadempiente sia B.

Abbiamo già notato che la Cassazione faceva nel 2014 un articolato e complesso distinguo, che poi riprende sinteticamente nel 2022. Ebbene esso può dirsi esatto ma il caso particolare che enuclea, per dare legittimazione solo ad A, è piuttosto raro come si è mostrato *retro* in nota: il caso cioè della necessità di una preliminare attività di attuazione da parte di B affinché C possa poi acquistare i suoi diritti. Di regola C li acquista subito e pienamente con la stipulazione (salva revoca prima dell'adempimento o della accettazione «profittatrice»).

In tutti questi molti casi, se B inadempie, permettere ad A che certo può disporre, se è in tempo, della eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. (fra vari Messineo, Franzoni) o anche della eccezione cautelativa di cui all'art. 1461 c.c., altresì di azionare unilateralmente la risoluzione (seppur con risarcimento in parte anche a favore di C: v. oltre) finirebbe con il vulnerare l'acquisto di C. Certo, potrebbe essere un equipollente funzionale della revoca, ove sia citato anche C, ma non dopo che questi abbia accettato espressamente o chiedendo la esecuzione a B e notizian-done A. Da gran tempo mi ero persuaso (e vedo ora un cenno rassicurante nelle analisi funzionali svolte da Sacco) che dopo tali passi di C la risoluzione *ex art.* 1453 c.c. postuli *una scelta sostanziale, e certo con riflessi processuali ex art. 102 c.p.c., congiunta di A e C*. In caso di dissenso questo

rimedio non sarà in questo peculiare contesto dato, rimanendo in campo solo le azioni di adempimento di cognizione ed esecutive. A da solo non può rimuovere la base contrattuale dell'acquisto e del conseguente diritto di C, che fra l'altro non potrebbe giovare delle conseguenziali restituzioni del corrispettivo contrattuale che spettano ad A, le quali poi molto comprimono il *quantum* del danno da risoluzione che potrebbe *in thesi* spettare anche a C.

Siamo dunque oltre i casi di colegittimazione congiunta in ordine ad una unica situazione giuridica soggettiva (che impone la partecipazione di tutti i colegittimati, ma non anche la domanda di esercizio del potere costitutivo da parte di tutti e la concorde volontà di richiedere l'effetto modificativo, qui da disporre con sentenza: il dissenso di alcuni non incide ovviamente sull'ammissibilità, ma neppure sulla fondatezza della domanda di colui che si è reso attore). Nel c.f.t. è diverso: la domanda di risoluzione per inadempimento di B svolta da A (o da C), richiede il litisconsorzio necessario di C (o di A), in vista della sua ammissibilità, e la convergente volontà del litisconsorte necessario attivo, in vista della sua fondatezza (situazione che dovrebbe valere, del resto, reputo, per tutti i casi di azioni costitutive esercitate nei confronti dei contratti plurilaterali, non invece per le azioni dichiarative e neppure per quella, pur peculiare, di nullità).

Risulta chiaro tutto ciò che ne consegue in punto di qualificazione della questione relativa alla effettiva presenza della *voluntas* comune a stipulante e terzo: ancorché risultante per solito da un atto processuale, la domanda o altro successivo, la diremmo fatto costitutivo del potere di azione costitutiva di risoluzione, che A o C (dipende da chi agisce) dovrà sempre provare. Onere della prova che dovrà dirsi sempre attuale: l'eventuale contegno del convenuto B, di non contestazione dell'accordo tra le parti, non avrà qui l'effetto di *relevatio ab onere probandi*. L'accordo tra A e C è infatti un fatto cui il promittente B è estraneo, rispetto al quale dunque l'art. 115, comma 1°, ult. parte, c.p.c. non ha neppure campo per operare.

È stato proposto con fine ragionamento (Bianca) di adottare questo genere di impostazione solo per i casi in cui A voglia attuare il vantaggio per C per una causa donativa o comunque liberale, e non dunque negli altri casi di interesse patrimoniale di A, fra cui spicca la non infrequente ipotesi della volontà di far estinguere da B un proprio debito verso C: inclino a non farmi convinto di tale proposta di restrizione selettiva, in funzione della causa che volta a volta giustifica la deviazione al terzo, della esigenza di un previo accordo di A con C onde, assieme, poter chiedere di fare risolvere dal giudice il contratto per inadempimento di B. Salda in ogni caso reputo (al pari di Sacco, e nonostante i rilievi appunto di Bianca

e poi anche di Carnevale) la esigenza che non possa A da solo far risolvere il contratto, in quanto varie ragioni convincono che l'acquisto già accettato da parte di C in ogni caso deve rimanere intoccabile senza il suo assenso. La sottostante eventuale liberalità indiretta non può essere rimossa da chi la ha voluta per il fatto che non riesce ad attuarsi spontaneamente a cagione dell'inadempimento di B, a parte la ostativa constatazione pratica che dal testo del c.f.t. di solito neppure sarà evincibile la eventuale causa liberale che alimenta l'interesse di A (e solo in presenza della quale causa, secondo Carnevale, la azione risolutoria esigerebbe di venir esperita da A e C insieme in modo ...bicefalo). Convergente con quella qui difesa è invece la opinione di Majello, anche se egli esclude la esigenza di partecipazione di C alla scelta risolutoria e allo esercizio congiunto della azione, lasciandogli però la conseguenziale percezione del risarcimento conseguente alla risoluzione, nel particolare caso in cui C abbia manifestato ad A di aver perduto nella attesa l'interesse alla prestazione dello inadempiente B.

Ancora una precisazione: neppure nell'ipotesi di prestazioni di B infungibili naturalmente può più sostenersi che A da solo possa scegliere la risoluzione per inadempimento, posto che C potrà agire per l'adempimento e far corredare dal giudice la condanna con la *astreinte ex art. 614-bis c.p.c.*, da versarsi a proprio esclusivo vantaggio compensativo-compulsorio.

Iniziato per scelta dei due legittimati congiunti il processo risolutorio essi rimangono parti necessarie e non sarà ammesso un ripensamento conservativo del contratto da parte di alcuno di loro. La condanna risarcitoria potrà essere chiesta e ottenuta da C.

Nel caso in cui il processo sia principiato per l'adempimento, con attore A che persegue il suo interesse meritevole *ex art. 1322 c.c.* che fonda il suo credito all'adempimento sia pure da effettuare a C, o più frequentemente C, unica altra parte può ben essere il solo B. Tuttavia noi crediamo che, se si volesse passare per sopravvenuta sfiducia o stanchezza a chiedere la risoluzione e i particolari danni ad essa correlati⁽⁵⁾, occorrerebbe che il contraddittorio divenga integro *ex art. 102 c.p.c.* anche con l'altro attore congiunto, rispetto al quale pure si dovrà mostrare (in vista della fondatezza della domanda di risoluzione) la volontà risolutoria (nulla vieta che ciò avvenga per testi, o con sua dichiarazione scritta, se – pur doverosamente citato – egli scelga di restare contumace). Lo stesso vale se la risoluzione sia chiesta in via di domanda riconvenzionale,

⁽⁵⁾ P. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 637 ss.

del genere incompatibile con la domanda attrice, dal convenuto B, benché qui ovviamente il problema sarà 'solo' di integrazione del contraddittorio, non di integrazione (anche) della volontà risolutoria del solo B. Oppure anche se fin *ab initio* sia B ad assumersi parte adempiente (magari a termine non ancora scaduto) insoddisfatta e chiedi la risoluzione per colpa di A: qui anche C avrà legittimazione ad opporsi per resistere alla dissoluzione del rapporto contrattuale dal quale riceve o riceverà il beneficio.

Si sostiene, autorevolmente (specie da Bianca, un cenno meno convinto in Sacco) che C vedrebbe fatto salvo il suo diritto acquisito in forza della disposizione che salva gli aventi causa: dubito sia esatto un tale, pur assai semplificatore, assunto, posto che C non può ritenersi in senso tecnico un avente causa nel suo diritto da A in quanto egli lo acquista, contro B, direttamente dal contratto originario (pur caratterizzato da una duplice rilevanza dispositiva) senza che A si atteggi in alcun momento rilevante (a parte rimanendo un loro accordo a monte od anche a valle della stipula del c.f.t.) a suo antecessore in una vicenda successoria a titolo particolare. Il passaggio assentito senza apparenti limiti, e con una ottima logica, dal comma 2° dell'art. 1453 c.c. è divenuto nella dinamica del processo di cognizione ordinario problematico quanto a tempistica dopo la riforma del 1990, e poi dopo quelle semplificatrici ma ancor più preclusive del 2006 e del 2009. Più agevole rispondere per i riti sommari e semplificati posto che fino al rinvio per decisione non hanno preclusioni per le nuove domande sia «complanari» sia anche, a più forte ragione, mosse da un interesse sopravvenuto, come questa. Ora la certezza non da alcuno oppugnabile (in questa epoca di rapporti processuali imbalsamati) del passaggio ammesso si avrà solo nella prima delle tre memorie che ormai precedono e non più seguono la udienza di trattazione (e le occasioni di riflessione che essa era capace di offrire, sulla carta e nella realtà di alcuni casi almeno), pur se tale draconiana limitazione a noi nel caso di specie appare molto discutibile, così come la stessa preclusione in appello *ex art. 345 c.p.c.* di questa domanda sì nuova ma sollecitata da una valutazione di interesse maturata *medio tempore* ed almeno allorché la gravità dello inadempimento possa dirsi cronologicamente sensibile e quindi nelle more fatalmente accresciuta.

6. – Se si condivide la necessità del litisconsorzio necessario con i co-legittimati (A e C) all'azione di risoluzione per inadempimento, e si riconosce il loro interesse comune ad ottenere l'adempimento del contratto (ciascuno per le ragioni già esaminate), è agevole prospettare cosa dovrà accadere nel caso di diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.*: se tale diffida non proviene da entrambi (A e C) essa non avrà effetto. Il promittente B

potrà così proseguire indifferente alla diffida «monca», che non avrà alcun effetto.

In parte diverso potrebbe invece essere il discorso nel caso di clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.): l'aver le parti A e B stabilito a priori un livello di gravità/tipo di inadempimento sufficiente in vista del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del contratto, consente che uno solo tra i due (terzo e stipulante) possa validamente dichiarare di avvalersi della clausola, ed ottenere così la risoluzione stragiudiziale del contratto. Qui la valutazione che normalmente (*ex artt. 1453 o 1454 c.c.*) va svolta insieme da A e C al momento della scelta del rimedio avverso l'inadempimento di B, è già stata compiuta. Non vi sono quindi ragioni per negare la possibilità per ciascuna parte di fare ricorso alla clausola (ma tale volontà andrà notificata anche, rispettivamente, ad A o C, non solo a B).

Le altre due risoluzioni si ripartiscono esse pure così. L'impossibilità sopravvenuta, poiché non ammette valutazioni discrezionali e rende il contratto inutile anche a C, potrà essere azionata anche solo da uno dei due: nel giudizio, che pur ritengo di accertamento, si avrà in ogni caso la necessità del litisconsorzio.

La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta richiede qualche ulteriore precisazione. Se grava su B egli potrà agire contro il solo A per ottenere lo scioglimento o l'offerta riequilibratrice. Se la sopravveniente *hardship* grava su A questi potrà agire senza il consenso di C e valutare liberamente le eventuali proposte di B. Non direi essenziale la partecipazione come litisconsorte necessario di C. Che potrà fare intervento adesivo, in questo caso però al fianco di B.

7. – E veniamo ai danni successivi alla risoluzione per inadempimento: per il caso in cui l'azione di risoluzione per inadempimento di A e C contro B risulti fondata, a chi (tra A o C) va risarcito, e cosa? Per A, che comunque avrà innanzitutto titolo per esigere la restituzione della sua prestazione (*v. retro*) si potrebbe ben sostenere che i danni mutino a seconda della ragione che lo ha spinto alla stipula a favore del terzo C: danno solo non patrimoniale, nel caso di intento donativo; maggiori interessi e svalutazione maturati a suo carico verso C, se con la stipulazione a favore di C voleva saldare un proprio debito. Senonché si può dubitare che sia possibile far ricadere sullo stipulante B il motivo della scelta del promittente A di pattuire a favore del terzo C, tanto più che il Promittente A nemmeno deve chiarire perché sceglie di pattuire a favore di C, sì che lo stipulante B potrebbe non conoscere *ex ante* a quali conseguenze risarcitorie lo esporrà il suo eventuale rimanere inadempiente.

Più difficile ipotizzare, già nell'*an*, un danno di C da inadempimento di B. Forse per il caso in cui la pattuizione a suo favore fosse stata voluta da A per adempiere ad un proprio obbligo pecuniario (ma di nuovo riprende un ruolo il movente), e *medio tempore* A divenga insolvente, si potrebbe ipotizzare una responsabilità risarcitoria di B verso C.

L'ultimo problema da porre attiene alla tutela degli eredi e dei legittimari di A nel caso in cui il c.f.t. soddisfacesse l'interesse di A a procurare a C (successibile o meno che egli sia) un arricchimento così elevato da oltrepassare, magari assieme alle disposizioni testamentarie a favore suo di altri, la quota di disponibile. L'azione di riduzione va data ma si attingerà non con la solita fisionomia costitutiva e cioè demolitiva della disposizione eccessiva ma quale pretesa di condanna alla restituzione degli eredi necessari legittimari, pretermessi o vulnerati *ex ante*, del *quantum* dello arricchimento del terzo C che oltrepassi la quota disponibile. Naturalmente non avrebbe qui più alcun senso la partecipazione al processo di B.

La collazione avverrà con la imputazione del *quantum* di ricchezza spesa dallo stipulante e le eventuali liti fra gli eredi di A e C, ove non dispensato nel suo testamento, naturalmente non coinvolgono B che quella spesa o altra controprestazione ha ineccepibilmente acquisito.

In conclusione conviene tornare a rilevare, come già in esordio e fin dal titolo, come la netta scelta codicistica del 1942, tanto lontana dalla tradizione sia recente sia secolare, ed ancor più marcata e stagliata che nel modello offerto dalla codificazione tedesca, fatichi ad essere integralmente portata *ad consequentias*: se non in tutte almeno in alcune delle occasioni in cui si è trattato di approfondire la costellazione dei diritti e più in generale dei rimedi esperibili, nelle varie evenienze e secondo le varie scelte, ad opera dei tre protagonisti di questo affascinante rapporto contrattuale complesso.

MARIA FRANCESCA GHIRGA (*)

Professore ordinario nell'Università degli Studi dell'Insubria

NUOVE RIFLESSIONI SULL'ABUSIVO FRAZIONAMENTO DELLA PRETESA AZIONATA CON LA DOMANDA GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa sulla nozione di abuso. – 2. Gli studi sull'abuso dell'azione giudiziale. – 3. Il divieto del frazionamento come principio ricavabile dal sistema. – 4. Il frazionamento del credito nelle sentenze gemelle del 2014, nn. 26242 e 26243. – 5. La sentenza delle Sezioni Unite del 2017, n. 4090 e l'estensione del tema del frazionamento del credito a distinti diritti riconducibili ad un medesimo rapporto di durata tra le parti. – 6. L'influenza delle precedenti pronunce delle Sezioni Unite sulla formulazione del principio di diritto nella sentenza del 2017, n. 4049. – 7. L'esercizio responsabile del diritto di azione. – 8. L'interesse oggettivo al frazionamento. – 9. I più recenti contributi della Cassazione sull'interesse oggettivo al frazionamento. – 10. I punti chiave dell'orientamento che sanziona la domanda frazionata con il rigetto in rito. – 11. L'orientamento che sanziona la domanda frazionata sul piano delle spese. – 12. La «sanzione» all'abuso della domanda frazionata e la necessità di un chiarimento terminologico espressione di una soluzione colta sul piano sistematico. – 13. I quesiti formulati e sui quali devono esprimersi le Sezioni Unite. – 14. La soluzione proposta. – 15. L'uso del comma 4° dell'art. 96 c.p.c. per sanzionare l'abusivo esercizio dell'azione giudiziale. – 16. L'ambito di applicazione della nuova sanzione nel caso di frazionamento del credito. – 17. Conclusioni.

1. – Mi permetto di aprire queste riflessioni, che attengono ad un tema complesso sul quale le Sezioni Unite sono state invitate a pronunciarsi, con alcune considerazioni preliminari di carattere introduttivo.

La prima: mi pare che, rispetto a vent'anni fa, – tanti sono quelli trascorsi dalla pubblicazione del mio lavoro monografico sul tema dell'abuso dell'azione giudiziale, da me declinato in termini di meritevolezza della tutela richiesta⁽¹⁾ –, non si possa più dubitare dell'operatività nel

(*) Lo scritto è stato occasionato da una relazione tenuta, nell'ambito dell'incontro organizzato da Roma Tre e dalla Scuola Superiore della Magistratura, a Roma il 7 maggio 2024, presso la Corte di cassazione. Il tema affrontato e di cui al titolo, è stato scelto quale oggetto di *Dialogo sulla giustizia civile*, in considerazione della rimessione, disposta con ord. Cass., sez. I, 8 febbraio 2024, n. 3643, al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., trattandosi di questione di massima di particolare importanza.

(1) Mi riferisco alla monografia intitolata *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milano 2004.

nostro sistema giuridico della categoria concettuale dell'*abuso*, riferibile sia ai diritti di natura materiale, sia ai diritti di carattere processuale.

Allora, invece, molto se ne discuteva.

Oggi non si può omettere di ricordare la rilevanza eurocomunitaria della nozione di *abuso del diritto*, consacrata nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, assurta con l'art. 6 del Trattato di Lisbona al rango giuridico di trattato, e che a sua volta ricalca il contenuto dell'art. 17 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la c.d. CEDU⁽²⁾.

I diritti che a noi interessano sono quelli di natura processuale, riconducibili alla clausola generale del giusto processo, consacrata nell'art. 47 della Carta e nell'art. 6 della stessa Convenzione⁽³⁾.

Anche per questi diritti vale quanto disposto dall'art. 52 della Carta, ovvero che eventuali limitazioni al loro esercizio devono essere previste dalla legge e devono rispondere al principio di proporzionalità e dunque sono ammesse solo se richieste da finalità di interesse generale riconosciute

(2) Si tratta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea 2012/C 326/02 in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 26 ottobre 2012 C/391. All'art. 54 si afferma che: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti o libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». La norma ricalca l'art. 17 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nel quale si afferma che: «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente convenzione o di imporre a tali diritti o libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

(3) L'art. 47 della Carta così recita: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione sono stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia». L'art. 6, comma 1°, della Convenzione dispone che: «Ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietata alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.».

dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Inoltre, e ai sensi della stessa norma, poiché nel caso di specie si tratta degli stessi diritti di natura processuale contemplati dall'art. 6 CEDU, il loro significato e la loro portata devono corrispondere.

Com'è noto, nel nostro ordinamento giuridico, è stata costituzionalizzata la clausola del giusto processo, attraverso la modifica attuata con la legge costituzionale n. 2 del 1999, che ha introdotto nell'art. 111 due nuovi commi⁽⁴⁾.

Non è invece stata data espressamente voce alla nozione di abuso del diritto, che pur sempre rappresenta una clausola generale, nel senso di concetto elastico, il cui contenuto è rimesso all'interpretazione del giudice, vedremo attraverso l'utilizzo di quali strumenti ermeneutici.

Eppure, mi pare di poter affermare che essa appartenga al diritto vivente se è vero che del concetto di abuso del diritto fa ampio utilizzo non solo la giurisprudenza, ma lo stesso legislatore che la invoca quale *ratio* di alcuni dei più recenti interventi legislativi sulle norme processuali.

Mi limito a citare gli artt. 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c., introdotti dalla c.d. legge Cartabia e dei quali più mi sono occupata, unitamente al nuovo comma 4° dell'art. 96 c.p.c., proprio perché risponderrebbero alla necessità dichiarata di comprimere la distorsione degli strumenti processuali⁽⁵⁾.

2. – Detto ciò, a conferma della buona salute di cui gode attualmente la nozione di abuso nel nostro sistema giuridico, posso aggiungere che lo stesso accadeva già molti anni fa, almeno nella prassi applicativa, quando studiai il fenomeno dell'abuso del processo con riferimento al caso dell'abuso dell'azione giudiziale, partendo proprio dall'analisi di tre filoni giurisprudenziali individuati, per il ricorso alla nozione, in specifiche fattispecie⁽⁶⁾.

Può essere interessante ricordare in questa sede, anche per le cose che andrò scrivendo, – e pongo così la seconda osservazione introduttiva – come, per due di questi orientamenti giurisprudenziali, la questione dell'abuso dell'azione giudiziale sia stata, poi, ovvero dopo il loro emergere nella prassi applicativa, affrontata espressamente dal legislatore. Proprio per questo allora avevo ritenuto di evidenziare l'importanza del ruolo dei

⁽⁴⁾ Riferibili al processo civile.

⁽⁵⁾ Cfr. M.F. Ghirga, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in questa *Rivista* 2023, 390 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., *Capitolo III L'abuso dell'azione giudiziale nella prassi applicativa*, 181 ss.

giudici che, attraverso i loro provvedimenti, partecipano all'evoluzione del diritto, anche nel segnalare eventuali vuoti normativi (7).

Più precisamente, avevo registrato l'utilizzo della nozione di abuso del processo, nella sua configurazione di abuso dell'azione giudiziale, con riferimento all'azione di disconoscimento della paternità esercitata in caso di fecondazione assistita eterologa, risolto poi con un espresso divieto all'esercizio della relativa azione posto dall'art. 9, legge n. 40 del 2004 (8).

Segnalavo, quindi, il frequente ricorso alla nozione in parola da parte della giurisprudenza in quel settore più complesso delle impugnative delle delibere assembleari nelle società per azioni, che si prestavano ad un loro utilizzo a fini abusivi. Anche in questo caso la questione è stata affrontata in vario modo dal legislatore del 2003, che ha riformato il diritto societario, adottando diverse soluzioni. Tra queste, qui voglio ricordare in particolare quella dell'art. 2379-bis c.c., nel quale viene sancita l'impossibilità di esercizio dell'azione di impugnazione della delibera invalida per mancata convocazione da parte di chi abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea, in quanto ciò configurerebbe un'ipotesi di *venire contra factum proprium*, figura che confluisce nella più ampia nozione di abuso del diritto, in questo caso di natura processuale come l'esercizio del diritto di azione (9).

Neanche a dirlo, il terzo filone da me allora individuato (10) è lo stesso che ancora ci occupa e sul quale siamo chiamati a discutere: si tratta, infatti, di quello da cui origina il tema del frazionamento del credito, che rappresenta oggi la questione rimessa alla ricostruzione del principio di diritto da parte delle Sezioni Unite e sulla quale, con questo scritto, vorrei offrire il mio contributo ricostruttivo.

3. – Alla luce di queste prime considerazioni, mi pare opportuno fin da subito osservare ciò che più oltre vedremo compiutamente, ovvero che anche in questo caso la soluzione sembra essere affidata ad un divieto. Ma vi è una importante differenza figlia dei tempi attuali, perché esso, come sappiamo, non è sancito da una norma di legge, ma ricostruito sulla base di quei principi che rappresentano la tela di un sistema sulla quale deve poggiare la ricostruzione funzionale del processo e del suo oggetto.

Principi processuali che, pur non trovando necessariamente espressione in norme codificate, sono immanenti nell'ordinamento e ne costituiscono

(7) M.F. Ghirga, *La meritevolezza*, cit., 284 ss., 330 ss.

(8) M.F. Ghirga, *La meritevolezza*, cit. 332 ss.

(9) M.F. Ghirga, *op. cit.* 332 ss.

(10) M.F. Ghirga, *La meritevolezza*, cit., 181 ss.

no non solo il fondamento, ma la chiave di lettura e di interpretazione del diritto posto⁽¹¹⁾.

Ad essi hanno fatto ricorso, come è noto, le Sezioni Unite nelle famose sentenze gemelle del 2014⁽¹²⁾, nell'occuparsi dell'oggetto del processo e del giudicato, segnando l'inizio di una evoluzione ancora in atto.

Ed infatti, per condurre correttamente l'indagine allora posta dalla questione di cui erano state investite, si è resa necessaria una inversione di metodo che ha portato le Sezioni Unite a riconoscere il ruolo prioritario dei valori funzionali del processo⁽¹³⁾.

Di essi la Cassazione ha offerto un elenco ed un'analisi delle fonti, con richiami quasi sempre giurisprudenziali⁽¹⁴⁾, a riprova dell'assenza di un ancoraggio normativo espresso, salvo per la clausola del giusto processo all'interno della quale, in ultima analisi, tutto si può ricomprendere. E di questi principi o valori che dir si voglia, si trova traccia anche nelle sentenze della Cassazione, delle Sezioni Unite e no, che stanno a monte di quel conflitto che oggi le stesse sono chiamate a dirimere⁽¹⁵⁾.

In questo elenco, come meglio si vedrà, dovremo, dunque, annoverare anche il principio che pone il *divieto di frazionamento del credito e/o dei crediti che realizzi un abuso dell'azione giudiziale*.

Al riguardo di tali principi, è bene allora e fin da subito chiarire che essi non hanno una valenza assoluta, e potendosi trovare in conflitto tra loro, devono essere oggetto di bilanciamento nel caso concreto.

⁽¹¹⁾ Sul tema mi permetto di rinviare al mio scritto *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in questa *Rivista* 2020, 13 ss. e a quelli di A. Panzarola raccolti nel volume *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari 2022.

⁽¹²⁾ Mi riferisco a Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243 sulle quali si vedano i commenti di V. Carbone, «Porte aperte» delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corr. giur.* 2015, I, 88; C. Consolo, F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, *ivi*, 225 ss.; S. Menchini, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.* 2015, I, 931 ss.; I. Pagni, *Il «sistema» delle impugnazioni negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.* 2015 71 ss.; S. Pagliantini, *Rilevabilità ufficiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contr.* 2015, 113 ss.; *Id.*, «Parigi val bene una messa»? *Le Sezioni unite sul rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto processo civ.* 2015, 137 ss.; C. Cavallini, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione». Verso una nuova giurisprudenza?*, in questa *Rivista* 2016, 302 ss., spec. 306 ss.; R. Tiscini, *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* a cura di Sergio Chiarloni, Zanichelli, Bologna 2016, *sub art.* 34, 172 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. il § 4.3 di Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁽¹⁴⁾ V. la nota precedente.

⁽¹⁵⁾ Sentenze che nel prosieguo verranno citate.

Questo vale anche per quello che pone il divieto in parola che altrimenti, con una immagine figurata che rende bene l'idea, utilizzata dalla stessa ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite, si trasformerebbe in un *abuso tiranno* ⁽¹⁶⁾.

4. – Quanto fin qui ricordato appare già sufficiente per cogliere come il tema del frazionamento, rispetto al suo affermarsi nella prassi applicativa, si sia arricchito negli anni di nuove sfaccettature che complicano il panorama di riferimento.

Penso, innanzitutto, all'evoluzione in atto nella giurisprudenza delle Sezioni Unite che, come ho appena rilevato, a partire dalle sentenze gemelle del 2014, ha adottato un'impostazione funzionale nella risoluzione dei problemi applicativi, che la conduce a porre come base di ogni ragionamento ermeneutico e argomentativo una «tavola» di valori.

Ora, nelle stesse sentenze gemelle del 2014 l'approccio funzionale alla ricostruzione dell'oggetto del processo porta ad affermare «che all'attore non sia consentito fruire del principio dispositivo in modo tale da ritagliare a proprio piacimento l'oggetto della lite, scomponendo una situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti processualmente autonomi» ⁽¹⁷⁾.

Qui le Sentenze gemelle fanno ancora riferimento alla classica impostazione del tema del frazionamento.

Ed infatti, di frazionamento del credito si è discusso per anni con riferimento al tema della *minima unità strutturale* ⁽¹⁸⁾ che può essere oggetto del processo e quindi della possibilità di frazionare il singolo credito in più pretese, azionate in diversi giudizi ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Vedila citata a nota 1. Di «abuso tiranno» parla l'ordinanza in conclusione per escludere l'idea che esso possa comprimere oltre ogni comprensibile limite di ragionevolezza e proporzionalità i diritti delle parti in causa.

⁽¹⁷⁾ Cfr. il § 4.7.2 di Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁽¹⁸⁾ Secondo la nota espressione utilizzata da G. Verde, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in questa *Rivista* 1989, 578 ss.

⁽¹⁹⁾ Il tema è stato da me affrontato nella sezione I del capitolo III della monografia *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit. cui si rinvia per i riferimenti dottrinari e giurisprudenziali editi a quella data, e poi alla nota 6, p. 7 del mio contributo *Abuso del processo e sanzioni*, Milano 2012, e al § 7 del mio scritto *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in questa *Rivista* 2015, 453 s.; sul tema cfr. *amplius* il lavoro di C. Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari 2015, da me recensito in questa *Rivista* 2015, 1553 e sul quale v. anche G. Monteleone, *Ancora sulla frazionabilità della domanda giudiziale*, in *Giusto processo civ.* 2015, 1233 ss. Ancora più di recente: A. Di Biase, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, in *Contratto e impr.* 2016, 401 ss.; E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle*

È su questa fattispecie che si sono pronunciate le Sezioni Unite nel 2007⁽²⁰⁾, con la sentenza espressamente richiamata dalle Sentenze gemelle sopra citate, affermando l'inammissibilità della domanda frazionata di un credito in quanto contraria ai principi della correttezza e della buona fede, della solidarietà di cui all'art. 2 Cost., del giusto processo.

5. – Ma, è con la pronuncia del 2017, n. 4090⁽²¹⁾ che il tema si complica, acquisendo un nuovo contesto nell'ambito del quale valutare il frazionamento⁽²²⁾. Si tratta della pronuncia delle Sezioni Unite la cui dubbia interpretazione ha portato a sollecitare un loro nuovo intervento, chiarificatore del principio di diritto espresso⁽²³⁾.

categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale, Torino 2016, 136 ss. Per la dottrina successiva cfr. le note seguenti e già A. Chizzini, «Meritevolezza» e processo civile, in *Storia, metodo, cultura* 2022, 203 ss.; S. Boccagna, *Il frazionamento giudiziale del credito tra (in)disponibilità dell'oggetto del processo e meritevolezza della tutela*, *ivi*, 203 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, annotata, tra gli altri, in *Foro it.* 2008, I, 514 da A. Palmieri, R. Pardolesi, *Frazionabilità del credito e buona fede infallibile*; in *Giur. it.* 2008, 931 ss.; da A. Ronco, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, 458 ss.; da R. Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in questa *Rivista* 2008, 1437 ss. da M. Gozzi, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, commentata da M.F. Ghirga, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in questa *Rivista* 2017, 1306 ss.; G. Guarnieri, *La coscienza di Zeno e un (presunto) caso di frazionamento del credito*, in *Il lav. nella giur.* 2017, 5, 473 ss.; C. Asprella, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, in *Corr. giur.* 2017, 7, 975 ss.; M. Barafani, *Tutela processuale del credito. I fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, in *Giur. it.* 2017, 1089 ss.; M. Giacomelli, *Abuso del processo per indebito frazionamento del credito: le Sezioni unite eludono la questione del fondamento della sanzione dell'improponibilità della domanda successiva*, in *Giust. proc.* 2018, 161 ss.; E. Bivona, *Frazionamento «abusivo» del credito e controllo giudiziale sull'interesse ad agire*, in *Riv. dir. civ.* 2018, 1163 ss. L'ordinanza di remissione è pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, 877 con nota di C.M. Nanna, *Per una ricostruzione in chiave evolutiva del problema della frazionabilità processuale del credito*, e in *Corr. giur.* 2017, 2, 257 ss. con nota di C. Asprella, *Abuso del processo, cumulo di diritti connessi e impugnazione di rito del soccombente di merito*.

⁽²²⁾ Per altri contributi, successivi a Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, si segnalano alcune note ad ordinanze della Cassazione: G. Ricci, *Il frazionamento del credito di natura contrattuale e i limiti della sua ammissibilità*, in *Giur. it.* 2018, 1902 ss.; G. Serra, *L'interesse ad agire quale contrappeso all'inammissibilità della domanda frazionata*, *ivi* 2019, 840 ss.; G. Balletti, *Frazionamento del credito e rapporto «complesso»*, *ivi* 2022, 1606 ss.

⁽²³⁾ Ord. Cass., sez. I, 8 febbraio 2024, n. 3643, citata *supra* a nota 1, contiene ricchi riferimenti alla giurisprudenza della Cassazione successiva alle Sezioni Unite e che ha cercato di interpretare il principio di diritto dalle stesse espresso in Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090.

La questione allora rimessa alle Sezioni Unite era stata formulata in questi termini: «se una volta cessato il rapporto di lavoro, il lavoratore debba avanzare in un unico contesto giudiziale tutte le pretese creditorie che sono maturate nel corso del suddetto rapporto o che trovano titolo nella cessazione del medesimo e se il frazionamento di essi in giudizi diversi costituisca abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda».

Dal canto loro, le Sezioni Unite si pronunciarono innanzitutto sulla condivisibilità della soluzione per la quale il singolo diritto di credito è infrazionabile, – «in considerazione del fatto che la parte potrebbe disporre della situazione sostanziale, ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento».

Quindi, riformulando il quesito, le Sezioni Unite si chiesero se sia necessario agire in un unico processo anche nel caso di diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, pur se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti, e se la proposizione delle relative domande in giudizi diversi comporti l'improponibilità di quelle successive alla prima.

La soluzione alla quale pervennero è condensata nel seguente principio di diritto a tutti noto: «le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, riconducibili ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, in proiezione iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo, possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse *oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata*»⁽²⁴⁾.

Dunque, oggi, la questione del frazionamento riguarda anche quello dei più crediti, e quindi dei più diritti azionati in diversi processi, ma riconducibili ad una stessa vicenda sostanziale, e quindi potenzialmente ascrivibili ad un medesimo giudicato.

La sentenza del 2017 si inserisce allora e certamente in quel processo di rivisitazione delle categorie processuali alla luce dei principi non solo riconducibili alla clausola del giusto processo, ma anche a quelli della giustizia sostanziale della decisione che, a dire delle Sezioni Unite, sarebbe meglio assicurata «veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata».

(24) Massima non ufficiale.

Essa si colloca, dunque, nel solco tracciato da «quella giurisprudenza che afferma la necessità di favorire, ove possibile, una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, ‘evitando di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all’infinito’». E, al di là del richiamo esplicito, pur presente nella sentenza, è quindi, di immediata percezione il riferimento alle pronunce non solo sulla rilevabilità *ex officio* delle nullità in caso di impugnativa negoziale, ma anche di quella successiva in materia di modificabilità della domanda (25).

Per coglierne appieno il significato occorre allora tornare a quelle pronunce.

6. – Ora, già nel 2014, l’operazione sistematica condotta dalle Sezioni Unite sulle categorie processuali ha portato a mettere in relazione la questione dell’oggetto del processo con quella dell’oggetto del giudicato e dei suoi limiti, declinandola con riferimento al tema delle impugnative negoziali.

In quella sede si è affermato, quale principio di generale applicazione, quello secondo cui l’autorità del giudicato, tendente ad impedire il *ne bis in idem* e l’eventuale contrasto di pronunce, coprirebbe il dedotto e il deducibile, vale a dire non solo le ragioni giuridiche dedotte in quel giudizio, ma anche tutte quelle, proponibili in via di azione o di eccezione, le quali benché non dedotte specificamente, «si caratterizzano per la loro inerenza ai fatti costitutivi delle pretese anteriormente fatte valere» (26). Il principio, di creazione giurisprudenziale (27), presupporrebbe secondo le Sezioni Unite l’applicazione rigorosa di un ordine logico nella decisione

(25) Mi riferisco a Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, citate *supra* a nota 12, alla quale si rinvia per i riferimenti ai commenti della dottrina. Sulla *mutatio libelli* cfr. Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, commentata da C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande «complanari» ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.* 2015, 968 ss.; A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.* 2015, I, 3190; E. Merlin, *Ammisibilità della mutatio libelli da «alternativa sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in questa *Rivista* 2016, 816 ss.; M. Monnini, *Le Sezioni Unite ammettono la «modificazione» della domanda sino alla prima memoria ex art. 183, comma 6° c.p.c.: una spinta per la rivitalizzazione della fase orale e scritta della trattazione*, in *Giusto processo civ.* 2016, 389 ss.; G. Trisorio Liuzzi, *Domande nuove e modificate nel processo del lavoro*, *ivi* 2016, 611 ss., spec. 628 ss.; M. Montanari, *Note in merito alla precisazione e modificazione delle eccezioni in corso di lite*, *ivi* 2016, 997 ss., spec.1016 ss.

(26) Cfr. il § 5.2.3 di Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

(27) Sul quale da ultimo cfr. A. Carratta, *L’oggetto del giudicato civile tra dedotto e deducibile*, in corso di pubblicazione in questa *Rivista* 2024, fasc. n. 2, per il quale un

delle questioni, nel senso che se il giudice si è pronunciato su di una di esse è perché ha evidentemente risolto in modo non ostativo quelle che devono considerarsi preliminari a quella decisa⁽²⁸⁾. Ma, sono le stesse a dichiarare in quella sede che il principio, pur apparendo persuasivo, va opportunamente temperato perché non sempre l'ordine logico esprime una scelta di efficienza e coerenza processuale⁽²⁹⁾.

Ora, quello dell'ordine delle questioni è certamente un tema complesso, che è stato affrontato anche recentemente, nell'ambito di un convegno organizzato tra gli altri, dall'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, con specifico riferimento a quelle di merito⁽³⁰⁾. Rispetto alla regola della ragione più liquida⁽³¹⁾, è stato prospettato da Alessandro Motto⁽³²⁾ il riconoscimento di un potere discrezionale del giudice nella scelta delle questioni da decidere, fermo restando la pregiudizialità di quelle di rito rispetto al merito⁽³³⁾. L'allargamento dello spettro della decisione del giudice a svantaggio del fenomeno dell'assorbimento aumenterebbe il grado di tenuta della decisione fondata su plurime, ed autonome, *rationes decidendi*⁽³⁴⁾ e consentirebbe ai giudici dell'impugnazione di pronunciarsi su questioni che altrimenti resterebbero impregiudicate, e

ampiamento dell'efficacia oggettiva del giudicato può derivare indirettamente dall'allargamento del concetto di dedotto e di deducibile.

⁽²⁸⁾ La sentenza, com'è noto, dà conto dei diversi orientamenti della dottrina in tema di pregiudizialità tecnica e di pregiudizialità logica, nonché sul giudicato implicito, sui quali non ci soffermiamo se non per alcuni rilievi come subito nel testo.

⁽²⁹⁾ Cfr. il § 5.2.4 di Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁽³⁰⁾ Alludo al convegno organizzato dall'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile, unitamente all'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo amministrativo, l'Università di Firenze, la Fondazione Giuseppe Pera e il Centro Studi interuniversitario per la ricerca e lo sviluppo della giustizia amministrativa, svoltosi a Lucca il 12 e il 13 aprile 2024 e intitolato *L'ordine di esame delle questioni di merito*.

⁽³¹⁾ Tecnica decisoria che avrebbe il suo presupposto giuridico nella equivalenza delle questioni ai fini dell'esito decisorio e dunque nella loro fungibilità.

⁽³²⁾ Nella sua relazione intitolata *L'ordine di esame delle questioni di merito nel processo civile*, letta in bozze e in corso di pubblicazione.

⁽³³⁾ Cfr. il § 3 della relazione sopra citata.

⁽³⁴⁾ Osserva A. Motto, *L'ordine di esame delle questioni*, cit., § 3 infine: «Il giudice è chiamato a valutare, oltre all'idoneità in concreto della questione a definire il giudizio, le conseguenze derivanti dall'adozione di una sentenza non definitiva e la "tenuta" in grado di impugnazione di una sentenza fondata su una sola questione preliminare, con assorbimento delle altre: e l'esito di queste valutazioni, condotte secondo criteri adeguati alla singola controversia e aderenti alle sue caratteristiche, può portare alla conclusione che, nel caso di specie, è opportuno che la tecnica decisoria improntata al primato della ragione più liquida ceda il passo ad una decisione a più largo spettro, proprio al fine di realizzare gli obiettivi della economia processuale e della ragionevole durata del giudizio, o, quantomeno, evitare il rischio di una loro grave compromissione».

nello stesso tempo realizzerebbe gli obiettivi di economia processuale e di ragionevole durata del processo⁽³⁵⁾.

Non è certo questa la sede per affrontare questo dibattito, ma è intuitivo che esso entri in gioco anche rispetto al tema che stiamo esaminando. Viene, infatti, invocato come limite al frazionamento in più processi di diversi crediti riconducibili ad una stessa vicenda sostanziale, la loro inscrivibilità nel medesimo ambito oggettivo del giudicato⁽³⁶⁾.

Si tratta di capire a quale fenomeno abbiano inteso riferirsi le Sezioni Unite nel 2017 e per farlo possiamo utilizzare la stessa formulazione contenuta nelle sentenze gemelle del 2014: «è indiscutibile che il sintagma 'limiti oggettivi del giudicato', specie se riferito a rapporti complessi evochi situazioni in cui il *petitum* di un processo sia parte di un rapporto giuridico più ampio», con la conseguente necessità di evitare una disarticolazione di una realtà sostanziale irrimediabilmente unitaria⁽³⁷⁾.

Quale la soluzione offerta per evitare questo inconveniente e dunque quali sono gli insegnamenti impartiti?

Proviamo ad applicarli al caso che ci interessa. Formulata la domanda di adempimento con riferimento ad una prestazione di denaro nascente da un contratto complesso, il giudice ha sempre l'obbligo di rilevare una causa di nullità negoziale e sollecitare sul punto il contraddittorio con le parti in causa, che potranno in conseguenza di ciò formulare domanda di accertamento della validità/ invalidità del negozio sulla quale si formerà il relativo giudicato, che vincolerà le parti anche in eventuali e successivi processi aventi ad oggetto pretese nascenti dallo stesso contratto.

Se le parti non propongono domanda di accertamento della nullità e chiedono al giudice di pronunciarsi solo sulla domanda originaria di adempimento, in caso di suo accoglimento si forma il giudicato implicito sulla non nullità del contratto, la cui validità non potrà più essere messa in discussione tra le parti in un altro processo, in quanto non è consentito

⁽³⁵⁾ A. Motto, cit., § 5.2 a) rileva come le Sezioni Unite nella sentenza n. 26242 del 2014, abbiano riconosciuto il principio di economia extraprocessuale quale declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare l'eventualità di moltiplicazione seriale dei processi e di offrire alle parti una soluzione complessiva già entro il primo, sovente assai lungo procedimento, per cui tra i criteri che la Corte indica e che dovrebbero orientare l'attività decisoria del giudice oltre a quello della maggiore liquidità della questione, vi è quello della sua maggiore preclusività.

⁽³⁶⁾ Sul punto rinvio alle note 19, 20 e 21 del mio scritto, *Frazionamento di crediti*, cit. In quell'occasione, commentando la sentenza delle Sezioni Unite, non ero entrata nel merito delle problematiche connesse alla portata oggettiva del giudicato. Oggi mi pare di poter cogliere un filo conduttore in maniera più netta.

⁽³⁷⁾ Cfr. il § 5.9 di Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

loro di *venire contra factum proprium* se non abusando del proprio diritto e del processo. Così si esprimono le Sezioni Unite, che richiamano altresì la rilevanza costituzionale del divieto *ex art. 54* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁽³⁸⁾.

Mi pare che questa dovrebbe essere la conseguenza dell'applicazione dei principi espressi dalle Sezioni Unite nelle sentenze gemelle del 2014 al caso di specie.

Ma, se fino a qui, è possibile cogliere una sorta di continuità nel pensiero della Cassazione, che consente di offrire un'interpretazione delle sue pronunce, nel massimo grado di espressione offerto dalle Sezioni Unite, coerente e rispettosa delle scelte effettuate negli ultimi anni sulla base di un approccio funzionale al processo, legato al sistema valoriale adottato, non altrettanto mi pare possa dirsi con riferimento alla categoria concettuale *dell'interesse oggettivo al frazionamento*, della quale è mancata una trattazione convincente.

Nella sentenza del 2017 si coglie, infatti, una sorta di iato tra le affermazioni che ho cercato di collocare su un piano di continuità con quelle pregresse in tema di oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato, e quelle che vogliono ricavare da questo indirizzo l'ulteriore conseguenza per la quale le domande relative a singoli crediti distinti, pur riferibili al medesimo rapporto di durata, possano ritenersi proponibili separatamente solo se l'attore risulti assistito da un *oggettivo interesse al frazionamento*.

7. – D'altra parte, devo però osservare come la questione dell'interesse oggettivo al frazionamento, sia ben impostata dalle Sezioni Unite, laddove esse fanno precedere la sua trattazione da un chiarimento che, a mio giudizio, riveste una notevole importanza sistematica nell'attuale momento storico. Si tratta, infatti, del richiamo al senso di responsabilità di chi mette in gioco la risorsa giustizia, esprimendo un bisogno di tutela al giudice.

E così le Sezioni Unite affermano che l'attore deve farsi carico di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione che la Costituzione gli garantisce. E lo strumento per monitorare questo uso dell'iniziativa processuale è offerto dall'interesse ad agire⁽³⁹⁾, che acquista una sua nuova vitalità in un contesto storico in cui le garanzie sono assicurate da

(38) Cfr. il § 7.3 di Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

(39) Sulla nozione di interesse ad agire e sulla dottrina che se ne è occupata cfr. M.F. Ghirga, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. Treccani - Diritto online*, anche per i riferimenti bibliografici.

un alto tasso di democraticità e dunque non vi è il pericolo di vederne compromessa la portata⁽⁴⁰⁾.

Ecco allora che le Sezioni Unite spostano l'attenzione sull'interesse ad agire, definito secondo la nota ricostruzione di Liebman, in termini di rapporto di utilità tra la lesione lamentata e la specifica tutela richiesta⁽⁴¹⁾. Ora, proprio questo rapporto avrebbe, però, ad oggetto anche «le caratteristiche della suddetta tutela, compresa la relativa estensione e le connesse modalità di intervento rispetto ad una più ampia vicenda sostanziale».

Ne consegue, secondo la sentenza delle Sezioni Unite del 2017 che l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. investe non solo la domanda, ma anche, ove rilevante, la scelta delle relative «modalità» di proposizione.

Peraltro, esse subito precisano che non si tratta però di valutare caso per caso, in relazione al bilanciamento degli interessi di ricorrente e resistente, l'azionabilità separata dei diversi crediti, né tanto meno di accertare eventuali intenti emulativi o di indagare i comportamenti processuali del creditore agente sul versante psico-soggettivistico.

Quel che rileverebbe, secondo la Corte, è che il «creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto di durata ed inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo».

Commentando questa sentenza, ebbi ad osservare come fosse probabile che, con queste affermazioni, si fosse inteso prendere le distanze dalla pronuncia resa dalla Cassazione nel 2015, molto discussa, che ha preso posizione sull'interesse ad agire in termini di bilanciamento degli interessi in gioco⁽⁴²⁾. Con essa si è affermato che l'interesse a proporre l'azione

⁽⁴⁰⁾ Per l'utilizzo della clausola dell'interesse ad agire quale strumento per reagire al fenomeno dell'abuso del processo rinvio ai miei contributi già sopra citati a nota 19 e allo scritto *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in questa *Rivista* 2016, 362 ss.

⁽⁴¹⁾ E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 8ª ed., a cura di V. Colesanti e E. Merlin, Milano 2012, 148, definisce in questi termini l'interesse ad agire: esso è dato «dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto».

⁽⁴²⁾ Si tratta di Cass. 3 marzo 2015, n. 4228, in *Corr. giur.* 2016, 251 ss. commentata da A. Panzarola, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1°, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*, *ivi*, 253 ss.; G. Costantino, *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo (note a margine di cass. 3 marzo 2015, n. 4228)*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 929 ss., e sulla quale v. anche le mie osservazioni in *Frazionamento*, *cit.*, 1309 ss.

esecutiva, non diversamente dall'interesse che deve sorreggere l'azione di cognizione, «non può ricevere tutela giuridica se l'entità del valore economico è oggettivamente minima e quindi tale da giustificare il giudizio di irrilevanza giuridica dell'interesse stesso». Questa lettura dell'art. 100 c.p.c. non si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost. perché in un sistema in cui la giurisdizione è una risorsa scarsa, ben potrebbe la legge, esplicitamente o implicitamente, limitare il ricorso al giudice per far valere pretese di natura meramente patrimoniali. E così la Cassazione esclude l'interesse ad agire solo se si tratta di un credito di natura meramente patrimoniale, ancorché di valore minimo, non altrimenti e neppure indirettamente connesso ad interessi giuridicamente protetti di natura non economica⁽⁴³⁾.

8. – Per le Sezioni Unite, invece, il creditore che agisce deve esplicitare un interesse *oggettivamente* valutabile alla tutela processuale frazionata.

L'uso di questo attributo per l'interesse ad agire sembra lasciare intendere che la valutazione dello stesso non possa ancorarsi ad un potere discrezionale del giudice, ma semmai ad indici normativi, che non siano confutabili, come sembra implicito nel ragionamento delle Sezioni Unite che paiono alludere alla sussistenza di un interesse oggettivo al frazionamento solo nel caso in cui si possa configurare, nelle scelte operate in sede di predisposizione della disciplina processuale, una tale *pre-valutazione* ad opera del legislatore.

Del resto, e a mio giudizio correttamente, la Cassazione ha escluso che possa configurare abuso dello strumento processuale la circostanza che l'attore abbia agito a tutela dell'unico credito con il ricorso monitorio per la parte assistita da prova scritta e con il procedimento sommario di cognizione per la parte residua. Questo comportamento, infatti, non si porrebbe in contrasto «né con il principio di correttezza e buona fede, né con il principio del giusto processo, dovendosi riconoscere il diritto del creditore ad una tutela acceleratoria mediante decreto ingiuntivo per i crediti provati con documentazione sottoscritta dal debitore»⁽⁴⁴⁾.

Peraltro, anche nel caso di frazionamento del credito al fine di poter adire il giudice inferiore competente per valore, stigmatizzato generalmente come ipotesi certamente non ammessa dall'ordinamento, l'iniziativa dell'attore sembra rispondere ad un interesse oggettivo. Non vi è dubbio,

⁽⁴³⁾ Per le critiche alla sentenza cfr. gli autori citati alla nota precedente e le mie osservazioni. In particolare, A. Panzarola, *op. cit.*, vede nella sentenza il richiamo alla mia tesi sulla meritevolezza della tutela richiesta.

⁽⁴⁴⁾ Cass. 18 maggio 2015, n. 10177.

infatti, che tale interesse possa configurarsi e coincidere con i vantaggi offerti dalle scelte legislative di adottare un processo più snello per i giudizi di minor valore, nei quali non è neppure richiesta la difesa tecnica.

In entrambi questi casi la nozione invocata non è quella dell'interesse ad agire ma, alla luce di quanto hanno affermato le Sezioni Unite nel 2017, si potrebbe dire che in essi sussista un *interesse oggettivo al frazionamento*.

Ora, l'emancipazione della questione del frazionamento del credito dal concetto di abuso processuale e l'impostazione in termini di valutazione circa la sussistenza dell'interesse ad agire, meritano certamente apprezzamento e possono considerarsi un passo ulteriore verso una sistemazione più corretta della materia.

Ciò non di meno, commentando la sentenza del 2017, non avevo potuto fare a meno di rilevare la poca chiarezza dell'impianto argomentativo che portava alla sua dubbia comprensione, anche se osservavo come fosse evidente che la preoccupazione delle Sezioni Unite era quella di individuare dei percorsi interpretativi che consentano di ritenere possibile lo svolgimento di un solo processo quale occasione per far valere tutte le pretese creditorie deducibili e riconducibili all'unica vicenda esistenziale, rappresentata dal rapporto giuridico di durata, nel caso specifico quello di lavoro⁽⁴⁵⁾.

Puntualizzavo, inoltre, che il tema del frazionamento della tutela di più crediti riconducibili ad uno stesso rapporto di durata non era stato risolto dalle Sezioni Unite invocando il giudicato, ma utilizzando la nozione di interesse ad agire, la cui eventuale carenza sotto il profilo dell'assenza di un interesse oggettivo al frazionamento, comporta l'inammissibilità della domanda formulata.

Lamentavo, però, che le Sezioni Unite non avevano chiarito che cosa dovesse intendersi per interesse oggettivo al frazionamento, alimentando il sospetto che esso si risolvesse in una formula vuota per tentare di temperare quella valutazione discrezionale del giudice, che sarebbe per definizione *soggettiva*, implicata da certe letture della norma sull'interesse ad agire, come quella che io proposi anni fa, e che soprattutto per questo fu criticata in dottrina⁽⁴⁶⁾.

Ed infatti, ho già avuto modo di osservare che se per interesse oggettivamente valutabile al frazionamento si dovesse considerare quell'interesse che già poggia su opzioni consentite dal legislatore, saremmo di fronte ad

⁽⁴⁵⁾ M.F. Ghirga, *Frazionamento*, cit., 1316.

⁽⁴⁶⁾ Mi riferisco al mio lavoro monografico intitolato *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit. Per critiche più recenti alla mia tesi si vedano gli scritti di A. Chizzini, «*Meritevolezza*», cit., 76 ss.; S. Boccagna, *Il frazionamento giudiziale*, cit., 217 ss.

una interpretazione che tornerebbe a svalutare la portata precettiva dell'art. 100 c.p.c., impedendo alla norma, che pure si presenta come clausola generale di natura processuale, quale strumento duttile ed elastico, di sceverare le domande che possono essere oggetto di analisi nel merito da quelle che non lo sono per carenza del requisito richiesto dalla stessa.

9. – I contributi più recenti della Cassazione in merito alla definizione di *interesse oggettivamente valutabile alla tutela frazionata* non paiono risolutivi nello sgombrare il campo dalle incertezze interpretative.

Così, mi pare, per quelli citati nell'ordinanza di rimessione: in essi ci si occupa più di quelle che vengono definite eccezioni alla proponibilità separata di domande riconducibili alla stessa vicenda sostanziale, che della ricerca di un contenuto alla formula *dell'interesse oggettivo al frazionamento*.

Ciò vale per Cass. n. 14143 del 2021⁽⁴⁷⁾, che avrebbe inteso chiarire come il principio della proponibilità in separati processi di domande, aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, incontri due possibili eccezioni, tra loro alternative, che operano nel caso in cui i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche riconducibili al «*medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato*», ovvero siano «*fondati sul medesimo fatto costitutivo*».

La prima ipotesi, di cui si è occupata anche la sentenza delle Sezioni Unite del 2017, si configura nel caso in cui le distinte pretese creditorie, conseguenti al medesimo rapporto contrattuale tra le parti, «*sono in proiezione inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato*» perché hanno in comune le questioni relative all'esistenza del rapporto stesso ovvero alla validità o all'efficacia del relativo titolo.

Rispetto a quanto ho già sopra osservato, la sentenza ricorda come secondo la giurisprudenza della Cassazione, in caso di rapporti contrattuali complessi, il giudicato, – che pure ha per oggetto esclusivo la singola situazione giuridica soggettiva azionata e non produce quindi alcun effetto preclusivo in ordine agli altri diritti derivanti dal medesimo rapporto, né ai diritti maturati in relazione a differenti segmenti o frazioni dello stesso –, copre, essendo necessariamente compreso nell'ambito oggettivo della prima domanda, anche l'accertamento già compiuto in ordine alle questioni di fatto e di diritto comuni alle domande eventualmente successivamente proposte, quali l'esistenza, la validità e l'efficacia del rapporto sottostante

(47) Nello stesso senso Cass. n. 24168/2023.

le diverse pretese, come necessario presupposto logico-giuridico del diritto fatto valere per primo⁽⁴⁸⁾.

In tali situazioni, quindi, secondo le Sezioni Unite, onde evitare il rischio di giudicati contrastanti e la duplicazione dell'attività istruttoria, ma anche per favorire la giustizia sostanziale delle decisioni e la rapida definizione della controversia tra le parti, la domanda che abbia ad oggetto una delle pretese scaturenti dal rapporto contrattuale non può essere proposta separatamente da quella che abbia ad oggetto una distinta pretesa derivante dal medesimo rapporto contrattuale. Con salvezza, naturalmente del caso in cui il creditore sia portatore di un *interesse oggettivamente* valutabile alla tutela frazionata delle pretese.

Al riguardo, mi pare di poter osservare come l'argomento utilizzato provi troppo in quanto i rischi paventati sono già superati dall'ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato, esteso alla validità/efficacia del rapporto giuridico sottostante la singola pretesa azionata. Questo non comporta, però e in alcun modo l'improponibilità di domande che abbiano ad oggetto diritti diversi nascenti dallo stesso rapporto giuridico, o maturati in un successivo segmento temporale.

Diverso è infatti dire che nei giudizi che abbiano ad oggetto questi diritti non si possa più mettere in discussione la validità o l'efficacia del rapporto dai quali essi nascono.

I piani non vanno confusi perché differenti sono gli interessi in gioco sul piano valoriale. Mi pare, infatti, evidente che l'economia processuale e la ragionevole durata del processo non possano andare a scapito della azionabilità di diritti di credito diversi da quelli azionati nel primo giudizio. Le regole processuali, che sono strumentali a quelle sostanziali, non possono portare a queste conseguenze.

L'altra ipotesi alla quale allude la Cassazione – nella pronuncia citata dall'ordinanza di rimessione, quale tentativo di chiarire la portata del principio espresso dalle Sezioni unite nel 2017 –, si riferisce al caso in cui le pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche fondate sul «*medesimo fatto costitutivo*». Ora, per tale si dovrebbe ritenere non già il medesimo fatto storico costitutivo del diritto, ma il fatto, sia pur storicamente diverso della stessa natura di quello che, nell'ambito del medesimo rapporto tra le parti, è stato già dedotto in giudizio. Entrambi sarebbero costitutivi di più crediti ontolo-

(48) Queste le pronunce richiamate: Cass., sez. un., n. 15896 del 2006; Cass., sez. un., n. 13916 del 2006; di recente, Cass. n. 5486 del 2019; Cass. n. 13152 del 2019; Cass. n. 28318 del 2017; in materia di lavoro, in particolare, Cass. n. 9317 del 2013, in motiv., Cass. n. 4282 del 2012, in motiv.

gicamente distinti (pur se riconducibili allo stesso rapporto tra le parti) ma tra loro giuridicamente simili. Sarebbe il caso dei corrispettivi dovuti in conseguenza di distinte forniture rese in esecuzione del medesimo contratto quadro, o dei compensi dovuti per l'esecuzione di differenti incarichi prestatati nell'ambito del medesimo contratto di consulenza professionale, ecc.

In tali casi il creditore, che ha maturato pretese tra loro distinte (per i differenti fatti storici da cui hanno avuto origine), e, come tali, insuscettibili di essere coperte, salvo che per le questioni comuni, dal giudicato formatosi tra le parti sul diritto relativo ad un diverso periodo dello stesso rapporto di durata, non potrebbe agire per la loro tutela processuale proponendo distinte domande giudiziali, se non deducendo un interesse apprezzabile alla separazione dei relativi processi.

Interpretando la sentenza del 2017, la Cassazione arriva quindi ad affermare che la contemporanea sussistenza tra le stesse parti di crediti giuridicamente eguali, che, pur se non conseguenti allo stesso contratto, siano nondimeno riconducibili al medesimo «rapporto» che, nel corso del tempo, si sia venuto a determinare (anche se in via di mero fatto) tra loro, ne impone la deduzione (ove esigibili) nello stesso giudizio. E ciò in ragione dei doveri inderogabili di correttezza e buona fede che derivano dal più ampio «contratto sociale» tra esse così formatosi e che devono improntare, in termini di salvaguardia e di protezione dell'altrui interesse (art. 2 Cost.), i comportamenti delle parti, oltre che durante l'esecuzione dei singoli contratti, anche nella fase della tutela giudiziale dei relativi diritti di credito, evitando di aggravare, con plurime iniziative giudiziarie, la posizione della controparte.

Osserva al riguardo la Cassazione che, se pur si tratta di pretese distinte sul piano giuridico, esse concernono pur sempre la medesima vicenda materiale, la cui trattazione dinanzi a giudici diversi incide negativamente non solo sulla «giustizia» sostanziale della decisione, ma anche sulla durata ragionevole dei relativi processi e sulla stabilità dei rapporti, in relazione al rischio di giudicati contrastanti.

Anche rispetto a questa argomentazione mi pare, però, che l'ampliamento della sfera oggettiva del giudicato escluda la possibilità di pronunce contrastanti che possano incidere sulla giustizia sostanziale, anche se non vi è dubbio che il punto merita di essere approfondito in considerazione di ciò che viene messo in campo dalla domanda giudiziale⁽⁴⁹⁾.

(49) V. oltre le conclusioni.

Ma tant'è che, sulla base dei chiarimenti interpretativi offerti sulla sentenza delle Sezioni Unite del 2017, la Corte di Cassazione ha espresso il seguente principio «le domande relative a diritti di credito analoghi per oggetto e per titolo, in quanto fondati su analoghi, seppur diversi, fatti costitutivi, non possono essere proposte in giudizi diversi quando i relativi fatti costitutivi si inscrivano nell'ambito di una relazione unitaria tra le parti, anche di mero fatto, caratterizzante la concreta vicenda da cui deriva la controversia. Tale divieto processuale non opera quando l'attore abbia un interesse oggettivo, il cui accertamento compete al giudice di merito, ad azionare in giudizio solo uno, o solo alcuni, dei crediti sorti nell'ambito della suddetta relazione unitaria tra le parti. La violazione dell'enunciato divieto processuale è sanzionata con l'improponibilità della domanda ferma restando la possibilità di riproporre in giudizio la domanda medesima, in cumulo oggettivo, ai sensi dell'art. 104 c.p.c., con tutte le altre domande relative agli analoghi crediti sorti nell'ambito della menzionata relazione unitaria tra le parti».

Con ciò è chiaro quale sia l'obiettivo perseguito dalla Cassazione e già individuato, ovvero che in relazione ad una singola vicenda sostanziale, dalla quale nascono una pluralità di diritti, purché siano esigibili, tutti debbano trovare un'unica occasione processuale per essere accertati.

La sanzione della improponibilità qui colpisce la prima domanda, se è vero che la stessa può essere riproposta con le altre in cumulo oggettivo.

È rilevante sul piano sistematico osservare come per ottenere questo risultato la Cassazione ricavi dal sistema un *divieto di natura processuale al frazionamento*, divieto che incontra un limite di operatività nell'individuazione di un *interesse oggettivo alla proposizione separata di più cause*.

Non si può però omettere di rilevare come questo orientamento imponga una riflessione ancor prima che sul piano processuale, su quello sostanziale in merito alla delimitazione della vicenda esistenziale veicolata dalla domanda quale oggetto del processo.

Ed infatti, sulla scia dello stesso la Cassazione, in altre pronunce⁽⁵⁰⁾, ha sottolineato come frutto delle Sezioni Unite del 2017 sia il lavoro inteso ad estendere ragionevolmente le nozioni di medesimo rapporto complesso (o medesimo rapporto di durata) e di medesimo fatto costitutivo per arrivare ad applicare il divieto di frazionamento anche a diritti di *credito analoghi* in quanto i relativi fatti costitutivi, ancorché diversi si iscrivono in

⁽⁵⁰⁾ Cfr.: Cass., sez. II, n. 25480/2013, ord.; Cass., sez. II, n. 25546/2023; Cass., sez. II, n. 25554/2023.

una *relazione unitaria* tra le parti, anche di *mero fatto*, caratterizzante la concreta vicenda da cui deriva la controversia.

10. – Prima di procedere oltre nell'esame della questione mi pare opportuno fissare i punti fermi che si possono ricavare dalla giurisprudenza esaminata.

a) La soluzione prospettata dalla Cassazione si pone sul piano del rito.

b) La domanda frazionata viene dichiarata improponibile sulla base di un *divieto processuale* quale principio immanente al sistema.

c) Il divieto processuale al frazionamento può essere ricondotto all'assenza di *possibilità giuridica*, intesa questa in positivo come condizione dell'azione.

d) *L'interesse al frazionamento*, quale limite all'operare del divieto, si colloca nell'ambito della verifica circa l'esistenza dell'*interesse ad agire* quale condizione dell'azione.

e) In ogni caso la sanzione è quella del rigetto per *carezza dell'interesse oggettivo ad agire in via frazionata*.

f) Tale rigetto non comporta il formarsi di un giudicato sostanziale.

g) La riproponibilità della domanda è condizionata alla dimostrazione di nuove circostanze che giustificano l'interesse al frazionamento, se si tratta della prima domanda formulata e che è stata rigettata.

h) Certamente è possibile riformulare la domanda nella sua interezza.

i) È certamente proponibile la domanda cumulata con quelle che veicolano diritti che nascono dalla stessa vicenda sostanziale.

11. – L'opposto orientamento, su quelle che devono essere le sorti della domanda abusivamente frazionata, ne esclude l'improponibilità, ritenendo che la condotta abusiva debba essere sanzionata sul piano del regime delle spese processuali.

Espressione di questo diverso modo di concepire la sanzione per l'uso distorto dello strumento processuale è Cass. n. 8184/2023⁽⁵¹⁾, secondo la quale, sebbene il frazionamento delle azioni configuri abuso del processo – «idoneo a gravare sia lo Stato che le parti dell'aumento degli oneri processuali», sia sul piano dei costi, sia su quello dei tempi –, esso non è sanzionabile con l'inammissibilità dei ricorsi «essendo illegittimo non lo strumento adottato ma la modalità della sua utilizzazione», imponendosi perciò solo l'eliminazione degli effetti distorsivi che ne derivano»⁽⁵²⁾, e

(51) Nello stesso senso: Cass. n. 10634/2010; Cass. n. 9488/2014; Cass. n. 20834/2017.

(52) Nello stesso senso: Cass. n. 20834/2017; Cass. n. 9488/2014; Cass. n. 10634/2010.

quindi «la valutazione dell'onere delle spese come se unico fosse stato il procedimento fin dall'origine»⁽⁵³⁾.

D'altra parte, e con precedenti pronunce, la Cassazione⁽⁵⁴⁾ ha vagliato la sanzione dell'improcedibilità della domanda frazionata alla luce della giurisprudenza di Strasburgo⁽⁵⁵⁾ per escluderne la compatibilità con l'art. 6 della CEDU che fonda il diritto di accesso ad un tribunale. Esso, infatti, può incontrare limiti posti da condizioni, forme o termini processuali solo se proporzionati agli scopi perseguiti di certezza giuridica e di buona amministrazione della giustizia.

Per la Cassazione ne deriva che l'improponibilità della domanda frazionata, come sanzione all'abuso, non è conforme al principio del giusto processo, in quanto frapponendo una barriera alla decisione del merito che non è funzionale allo scopo di buona amministrazione, celerità ed efficienza della giustizia.

12. – Dunque, il contrasto giurisprudenziale che si vuole composto dall'intervento delle Sezioni Unite, dipenderebbe, come già ricordato, da un diverso modo di interpretare la pronuncia del 2017.

L'ordinanza di rimessione⁽⁵⁶⁾ torna ad insistere su questo punto, ricordando come l'indirizzo che predilige l'*improponibilità* muova dalla sentenza del 2007 per la quale l'abuso del processo sarebbe ostativo all'esame della domanda e tale da determinarne l'*improcedibilità*.

Sottolineo volutamente l'utilizzo di queste due espressioni – *improponibilità* e *improcedibilità* – alle quali l'ordinanza aggiunge, sulla scorta di quanto statuito dalle Sezioni Unite nel 2017, quella dell'*inammissibilità* – utilizzate come sinonimi e quali strumenti di risposta alla domanda abusiva, in quanto frazionata, per giustificarne il rigetto in rito.

E ancora, cercando una sintesi delle diverse pronunce del 2007 e del 2017 in punto di abuso, l'ordinanza di rimessione afferma che non è giusto quel processo che vede l'azione esercitata in forme eccedenti e che per questo sarebbe espressione di abuso processuale.

La *potestas agendi* incontrerebbe il limite dell'abuso⁽⁵⁷⁾. In altre parole, potremmo dire che anche l'esercizio del diritto di azione, come di tutti i diritti, sostanziali o processuali che siano, è lecito e può spingersi

⁽⁵³⁾ Così Cass. n. 9962/2011.

⁽⁵⁴⁾ Cass. n. 22798/2022 e Cass. n. 22797/2022.

⁽⁵⁵⁾ Per tutte si veda corte EDU, sez. I, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia, in causa n. 32610/07.

⁽⁵⁶⁾ V. citata a nota 1.

⁽⁵⁷⁾ Per Cass. n. 35980/2022 l'abuso segna il limite della *potestas agendi*. Segna il punto

nell'adozione di modalità realizzative fino a dove non cominciano i confini dell'abuso.

In questa direzione militerebbe anche la giurisprudenza della Corte EDU, che ha considerato *inammissibili e/o irricevibili* i ricorsi presentati da alcuni difensori, promotori sul piano interno di richieste di indennità *ex lege* Pinto, che lamentavano la violazione dei parametri convenzionali da parte delle autorità giudiziarie interne, che avevano liquidato unitariamente le spese processuali relative a plurimi procedimenti⁽⁵⁸⁾.

L'ordinanza in parola ne ricava la compatibilità della sanzione dell'*improponibilità* della domanda di credito abusivamente frazionata e la CEDU.

Ora, sul punto già molti anni fa, quando mi occupai del tema della sanzione per l'abuso dell'azione giudiziale, ebbi a notare come mancasse nel nostro paese una riflessione seria sul tema delle sanzioni processuali⁽⁵⁹⁾; questo uso promiscuo di nozioni, che meriterebbero una ricostruzione sistematica, temo ne sia la prova.

Mi permetto allora qui di osservare che se la domanda frazionata viola il *divieto* posto da un *principio di natura processuale*, che esclude la *possibilità giuridica di agire*⁽⁶⁰⁾, ciò significa che la sua sanzione va colta sul piano delle *condizioni dell'azione*, e dunque essa dovrebbe essere quella del *rigetto in rito per carenza* del diritto stesso di *azione*⁽⁶¹⁾.

13. – Gli opposti orientamenti formatisi successivamente alla sentenza del 2017 impongono di chiarire, allora, quale delle due soluzioni, ricordate dall'ordinanza di rimessione, e che sanzionano in modo diverso la domanda frazionata, debba essere accolta: a) quella della improponibilità della domanda e delle sue conseguenze sia in ambito processuale, sia sostanziale, ovvero b) quella che pone la sanzione sul piano delle spese processuali. Infine, residua il quesito se l'art. 96, 4° comma, c.p.c., possa considerarsi un ulteriore strumento utilizzabile contro l'abuso della domanda frazionata.

di equilibrio della salvaguardia degli interessi del debitore con l'efficiente utilizzazione del servizio giustizia.

⁽⁵⁸⁾ Corte EDU 8 giugno 2023, Ferrara e a. c. Italia (ric. N. 2394/22 e 18 altri).

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M.F. Ghirga, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano 2012, 46.

⁽⁶⁰⁾ Su questa nozione ci permettiamo di rinviare a M.F. Ghirga, *La meritevolezza*, cit., 282 e nota 127 ove riportata la dottrina che se ne è occupata.

⁽⁶¹⁾ Secondo l'insegnamento di E.T. Liebman, *Manuale*, cit., 146 le condizioni dell'azione sono requisiti di esistenza dell'azione e vanno perciò accertate in giudizio preliminarmente all'esame del merito. «Solo se ricorrono queste condizioni, può considerarsi esistente l'azione e sorge per il giudice la necessità di provvedere sulla domanda per accoglierla o respingerla».

Ora, e prima di tirare le fila di questo discorso, ricordo che la Corte si fa portatrice dell'idea, certamente per me condivisibile, del bilanciamento, che anche in questo caso e come si vedrà, impone di non offrire una soluzione data, trattandosi di un'operazione rimessa alla valutazione del giudice nel caso concreto.

14. – Cercando di sviluppare il ragionamento fin qui seguito, non posso che ribadire, allora, la mia convinzione che la soluzione alla questione posta vada ricercata assecondando il tentativo di ricostruire con coerenza il sistema che ci è stato consegnato dalla giurisprudenza della Cassazione negli ultimi dieci anni. Mi pare indiscutibile che il *trend* seguito dalle Sezioni Unite e basato su una interpretazione funzionale delle norme e degli istituti processuali alla luce di valori e principi, sia quello di favorire il più possibile la celebrazione di un solo processo per la stessa *vicenda sostanziale* o lo stesso *episodio della vita*.

Che da questi nasca un solo diritto o un fascio di diritti tra loro connessi, poco cambia. È l'episodio della vita, nella sua essenza di fattispecie costitutiva, a generarli e a porli eventualmente in rapporto di corrispettività tra loro o a renderli esigibili in diversi momenti.

Ma la situazione ai nostri fini non cambia. Il diritto di credito non può essere fatto valere in via frazionata quando lo stesso sia l'unico oggetto del processo, sia quando esso possa essere cumulato con altro diritto di credito, pur sempre riconducibile alla stessa vicenda sostanziale.

La ragione primaria è quella di evitare possibili giudicati contrastanti sulla validità e sulla efficacia del negozio che sta a monte della singola pretesa frazionata o delle più pretese connesse e nello stesso tempo salvaguardare sul piano sostanziale il bene della vita, espresso in una somma di denaro, ottenuto con la prima pronuncia.

Così mi pare vada letto il riferimento contenuto nella sentenza del 2017 ai diritti che in proiezione sono iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato, o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo.

Se questo è vero, sarebbe sufficiente dire, come già accennato, che con la prima pronuncia, di accoglimento della pretesa creditoria, si forma altresì il giudicato sulla validità ed efficacia del negozio che funziona da fatto costitutivo del diritto fatto valere, come antecedente logico necessario della decisione. Questo significherebbe che la relativa questione non potrà più essere messa in discussione nel successivo giudizio, in cui si faccia valere un'ulteriore *tranche* dell'unico credito, o un credito diverso, ma connesso al primo.

Accogliendo questa soluzione interpretativa, le ragioni che hanno condotto a ritenere non possibile il frazionamento si sdrammatizzano, sia in

considerazione del principio dell'economia processuale, sia di quello della ragionevole durata dei processi: l'impiego della risorsa giustizia per accertare la validità e l'efficacia del negozio giuridico, o la ricostruzione dei fatti generatori dell'obbligazione risarcitoria, dai quali nascono le situazioni soggettive azionate, sarebbe compiuto una sola volta, la prima. Essa, d'altra parte, consentirebbe di non cumulare necessariamente nello stesso processo tutte le voci di uno stesso danno, o più crediti nascenti dallo stesso contratto.

Ma, per poterlo fare occorre, secondo le Sezioni Unite della Cassazione, la deduzione di un *interesse oggettivo al frazionamento*.

Cosa esso sia non viene specificato, anche se, a mio giudizio, possiamo dire che attraverso questa nozione si recupera la possibilità di accertare l'interesse concreto di chi agisce in frazionamento.

Ecco allora che, valutando l'interesse ad agire nel singolo caso concreto, può apprezzarsi la *meritevolezza della tutela frazionata* richiesta dall'attore.

Fermiamoci per il momento a queste poche osservazioni per tracciare qualche considerazione di carattere sistematico che riprenda le conseguenze evincibili dalla giurisprudenza della Cassazione, poco sopra solo affermate.

Occorre partire – come si è già detto, ma come giova ribadire – dalla considerazione che per rispondere ai quesiti posti siamo tutti invitati a seguire quell'impostazione metodologica di tipo funzionale adottata dalle Sezioni Unite, che pongono alla base del ragionamento giuridico e della interpretazione delle norme, come ricordato, un sistema di principi e valori sui quali poggiare le soluzioni proposte.

Tra questi principi viene ricavato dal sistema quello del *divieto del frazionamento*, declinato sia con riferimento al singolo credito, sia con riferimento a più crediti riconducibili alla stessa vicenda sostanziale.

Esso è espressione di interessi generali, quali l'economia dei giudizi, la ragionevole durata dei processi.

La presenza di questo divieto priva il creditore della *potestas agendi*.

Sul piano delle categorie processuali note, ciò significa che non vi è la *possibilità giuridica di agire*, quale condizione dell'azione.

Ma, tale divieto, riconducibile a un principio generale, come tutti i principi generali non ha una valenza assoluta, ma può e deve essere oggetto di *bilanciamento nel caso concreto*.

Ecco allora che il divieto di frazionamento incontra un limite nella valutazione dell'interesse ad agire, altra condizione dell'azione, espressione, invece, del bisogno di tutela del singolo soggetto che formula la domanda al giudice.

È in questa sede che si attua il bilanciamento e che l'interesse ad agire, valutato con riferimento alla fattispecie concreta, può manifestare la meritevolezza della tutela frazionata richiesta. Ecco che, e in altre parole, entra in gioco la necessità di bilanciare i diversi principi che stanno a monte del divieto di agire frazionatamente e quelli che vogliono tutelata l'autonomia della parte nelle scelte anche delle modalità con le quali far valere in giudizio un proprio diritto.

La meritevolezza della tutela frazionata va accertata in concreto, ma sulla base di indici *oggettivi* che la giustificano: essa deve risultare dal bilanciamento con gli interessi generali confliggenti.

Si tratta di una valutazione che dovrà essere effettuata in ogni caso e nel contraddittorio con entrambe le parti.

Per porre in modo corretto la questione bisogna, infatti, non dimenticare che, se l'attore è chiamato ad esercitare responsabilmente il diritto di azione, questo vale anche per il convenuto, rispetto alle sue difese.

È facile, infatti, obiettare che l'incomodo creato allo stesso dalla richiesta frazionata del credito ad opera dell'attore è evitabile con la proposizione di una domanda di accertamento negativo da parte sua e che abbia ad oggetto la *tranche* di credito non ancora azionata, o i crediti non ancora fatti valere, ma riconducibili allo stesso rapporto di durata.

Obiezione questa che vale tanto più con riferimento alla soluzione prospettata di consentire la domanda frazionata, ma poi usare il regolamento delle spese per eliminare la duplicazione delle richieste.

Anche in questo caso la domanda riconvenzionale del convenuto eviterebbe il risultato distorsivo.

Difronte all'operare di questi meccanismi, che allargano l'oggetto del processo, la valutazione sulla meritevolezza della richiesta di tutela frazionata, avanzata dall'attore, diventerebbe superflua.

L'assenza di iniziative sul punto da parte del convenuto obbliga, invece, il giudice al controllo sulla meritevolezza. La sua mancanza comporta il rigetto in rito della domanda per carenza dell'interesse ad agire, valutato nel caso concreto sul piano della meritevolezza dell'esercizio frazionato del credito e/ o dei crediti riconducibili alla stessa vicenda sostanziale.

Trattandosi di rigetto in rito, sulla pronuncia non si forma il giudicato sostanziale.

La domanda potrà essere riproposta: due sono le opzioni possibili. A) L'attore formula una domanda che ha ad oggetto l'intero credito, o tutti i crediti che trovano fondamento nello stesso rapporto giuridico e per i quali si forma un cumulo oggettivo.

B) L'attore formula nuovamente la domanda avente ad oggetto una *tranche* dell'unico credito, o uno dei più crediti deducendo un sopravve-

nuto mutamento delle circostanze che rivelano un interesse oggettivo al frazionamento.

Nell'ipotesi in cui il giudice dovesse ritenere sussistente, con riferimento al caso concreto, *l'interesse oggettivo al frazionamento*, in sede di valutazione della meritevolezza della tutela richiesta, quale controllo ulteriore sull'interesse ad agire, potrà passare ad occuparsi del merito della pretesa azionata.

La pronuncia di accoglimento sarà, in questo caso e in forza dell'espansione dei limiti oggettivi del giudicato, una decisione capace di vincolare le stesse parti sulla validità ed efficacia del negozio o sull'accertamento dei fatti da cui nasce l'obbligazione, che non potranno più essere messi in discussione nel successivo processo che avrà ad oggetto la parte residua dell'unico credito, o i diversi crediti connessi.

Resta da chiarire che cosa sia questo *interesse oggettivo al frazionamento*. Le Sezioni Unite non lo definiscono.

Credo che non sia opportuno farlo. Esso è il frutto del bilanciamento di principi e interessi rimessi al giudice nel caso concreto e non può aversi solo nell'ipotesi di opzioni già consentite dal legislatore, come, invece, sembra implicito nel ragionamento della Corte, che allude alla sussistenza di un interesse oggettivo al frazionamento solo quando sia possibile configurare una tale *pre-valutazione* ad opera del legislatore.

Da questo punto di vista credo che il momento storico che stiamo vivendo, caratterizzato dal costante richiamo valoriale nell'approccio alla giustizia civile, imponga sempre più anche al giudice una maggiore responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale, come del resto si è già detto per gli altri protagonisti del processo, attore e convenuto.

Ciò significa richiamare il giudice all'esercizio consapevole dei poteri che gli sono conferiti per meglio realizzare un processo che sia giusto nelle modalità e nel risultato raggiunto. L'uso di clausole generali quali quelle del giusto processo, dell'abuso, dell'interesse ad agire, della meritevolezza della tutela, dell'interesse oggettivo al frazionamento, devono rappresentare occasioni per adattare alle esigenze del caso concreto la vicenda processuale.

15. – Da ultimo, resta da chiedersi, per rispondere al quesito posto dall'ordinanza di rimessione⁽⁶²⁾, se possa giocare un ruolo, nel sanzionare l'esercizio abusivo del diritto di azione nel caso di frazionamento del credito, il comma 4° dell'art. 96 c.p.c., introdotto dalla riforma Cartabia.

(62) Si veda *supra* i quesiti come posti dall'ordinanza di rimessione.

Anch'essa, com'è noto, ha posto l'accento sulla dimensione valoriale del processo, sottolineando il ruolo fondamentale di alcuni principi, tra i quali quello della leale collaborazione tra i protagonisti del processo, che si è inteso rafforzare anche attraverso una rimeditata e più puntuale applicazione degli strumenti sanzionatori a disposizione del giudice, ed in particolare la liquidazione delle spese di lite e le diverse forme di condanna di cui all'art. 96 c.p.c., al quale è stato, appunto, aggiunto un comma 4°⁽⁶³⁾.

Dico subito che ho voluto vedere in questa operazione un segnale culturale forte, volto ad incidere su quelli che sono i *mores*, i costumi potremmo dire, della classe forense e degli stessi giudici e che mi pare apprezzabile la direzione che sembrerebbe aver preso il legislatore. Il processo non è solo cosa delle parti, con esso viene in gioco anche l'Amministrazione della giustizia, risorsa scarsa, che deve essere preservata dal suo utilizzo abusivo e destinata, invece, alla celebrazione di processi giusti⁽⁶⁴⁾.

Dunque, anch'essa subisce gli effetti di una *mala gestio* processuale, sia questa sorretta dal requisito soggettivo o meno, ed è rimesso al giudice valutarne i termini a fini risarcitori/sanzionatori/punitivi.

16. – Ciò detto come premessa, aggiungo che la nuova norma, introdotta nel 4° comma dell'art. 96 c.p.c., pone gli stessi problemi già affrontati con riferimento al comma 3°⁽⁶⁵⁾, per i quali mi permetto di rinviare a

(63) Si può ricordare come nell'ambito del rafforzamento dei doveri di leale collaborazione delle parti, la legge n. 206 del 2021 delegasse «a prevedere il riconoscimento dell'Amministrazione della giustizia quale soggetto danneggiato nei casi di responsabilità aggravata e, conseguentemente prevedere sanzioni a favore della cassa delle ammende». Com'è noto, il decreto legislativo n. 149 del 2022 ha dato attuazione a questo principio con la modifica apportata all'art. 96 c.p.c., al quale è stata aggiunto un comma 4° che contiene la seguente disposizione: «Nei casi previsti dal primo, secondo e terzo comma, il giudice condanna altresì la parte al pagamento, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad euro 500 e non superiore ad euro 5000».

(64) Cfr. M.F. Ghirga, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma del processo civile*, in questa *Rivista* 2023, 414 s.

(65) Per quest'ultimo si è posto il problema della natura della condanna *ivi* prevista, sul quale si è espressa anche la Corte Costituzionale, investita in più occasioni di dubbi sulla sua legittimità. Cfr. Corte Cost. 23 giugno 2016, n. 152 in questa *Rivista* 2017, 498 ss. annotata da M.F. Ghirga, *Sulla «ragionevolezza» dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*; in *Foro it.* 2016, I, 1586 ss. con nota di E. D'alexandro; in *Corr. giur.* 2016, 1588 ss. commentata da C. Asprella, *L'art. 96, 3° comma, c.p.c., tra danni punitivi e funzione indennitaria*. Con questa pronuncia la Corte ha riconosciuto alla condanna, di cui al 3° comma dell'art. 96 c.p.c. natura sanzionatoria ed officiosa per l'offesa arrecata alla giurisdizione, che deve garantire la ragionevole durata del processo, «in attuazione di un interesse di rango costituzionale intestato allo Stato». Essa, dunque, e secondo la Corte, avrebbe potuto ragionevolmente essere disposta a favore di quest'ultimo, come farà la riforma Cartabia con il comma 4° dell'art. 96 c.p.c., ma

quanto già in altra sede osservato⁽⁶⁶⁾.

Qui si tratta di capire se essa possa essere utilizzata per sanzionare l'abusivo frazionamento del credito e/o dei crediti.

Mi limito allora a ricordare come la norma sembri avere un ampio ambito di applicazione, definito espressamente nel suo *incipit* con riferimento ai casi previsti nel primo, nel secondo e nel terzo comma. Ciò significa che siamo di fronte ad un ulteriore provvedimento che il giudice può pronunciare. O meglio, nei casi in cui ritiene di disporre i provvedimenti di cui ai primi due commi, ma anche quello di cui al terzo comma, che rientra in una valutazione discrezionale del giudice collegata all'equità⁽⁶⁷⁾, in tutti questi casi il giudice è allora tenuto anche a pronunciare la condanna a favore della cassa delle ammende. La condanna in questo caso sembra seguire di necessità e non essere rimessa ad una valutazione discrezionale. In altri termini saremmo di fronte al riconoscimento di un danno in *re ipsa* subito dall'Amministrazione della giustizia, che prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo, ma che diventa occasione per giustificare l'applicazione di una sanzione con funzione anche di deterrenza. Una sanzione disciplinata nel suo minimo e nel suo massimo e che dunque non può essere per questo censurata.

Essa verrà applicata in tutti i casi di responsabilità aggravata previsti nel primo e nel secondo comma dell'art. 96 c.p.c., perché accanto al danno subito dalla parte vi è quello che per ciò solo subisce l'Amministrazione della giustizia e che giustifica l'applicazione di una sanzione che potremmo anche considerare una sua quantificazione forfettaria fatta nei minimi e nei massimi dallo stesso legislatore.

Ma, la condanna a favore della cassa delle ammende si applica anche nel caso previsto dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c., ovvero quando e a prescindere dalla responsabilità aggravata, il giudice, d'ufficio, pronun-

la diversa soluzione adottata dal legislatore del 2009, non per questo si sarebbe potuta dire irragionevole ed arbitraria. Corte Cost. 6 giugno 2019, n. 139 commentata da M.F. Ghirga, *Corte Costituzionale e «sanzioni» processuali*, in *Giur. it.* 2020, 578 ss. si è pronunciata, in questo caso, sul dubbio di legittimità costituzionale posto dalla norma, nella parte in cui essa non prevede l'entità minima e quella massima della somma equitativamente determinata, oggetto della condanna. In questa occasione la Corte ha chiarito che l'obbligazione di corrispondere la somma prevista dall'art. 96, comma 3°, c.p.c., ha una finalità punitiva, che non è però esclusiva, poiché con la stessa concorre, altresì, una funzione indennitaria per la parte vincitrice «nelle non infrequenti ipotesi in cui sia per essa difficile provare l'*an* o il *quantum* del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell'art. 96 c.p.c.».

⁽⁶⁶⁾ Rinvio quindi sul punto al mio scritto *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma del processo civile*, cit., 416 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. quanto ho sostenuto in *L'abuso*, cit., 421 e negli scritti citati a nota 65.

ciandosi sulle spese, condanna la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata a favore della controparte⁽⁶⁸⁾.

Dunque, anche in questo caso avremo una duplicazione di provvedimenti e dunque di condanne. Di fronte alla stessa c'è da chiedersi se sarà ancora possibile riconoscere a quella di cui al comma 3° natura sanzionatoria, o se invece questa spetti ormai a quella prevista dal comma 4°. La funzione dell'art. 96, comma 3°, potrebbe allora essere solo quella indenitaria, così come prima descritta.

Ma, che entrambe le condanne si possano e si debbano applicare insieme si evince da quella giurisprudenza della Cassazione sull'art. 380-*bis*, comma 3°, c.p.c.⁽⁶⁹⁾ che si è pronunciata nei seguenti termini: «se la parte ha chiesto la decisione dopo la comunicazione della proposta di definizione anticipata e la Corte definisce il giudizio in conformità alla proposta, debbono trovare applicazione il terzo e il quarto comma dell'articolo 96 del c.p.c.». In verità la soluzione è argomentata dalla Cassazione sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 380-*bis*, comma 3°. Sarebbe stato lo stesso legislatore a configurare e tipizzare nella norma una ipotesi di abuso del processo nella conformità tra proposta e decisione finale, presupposto sia per la condanna di una somma equitativamente determinata a favore della controparte *ex art.* 96, comma 3°, sia di una ulteriore somma di denaro a favore della cassa delle ammende *ex art.* 96, comma 4°, c.p.c.⁽⁷⁰⁾.

La norma, così mi pare, risponde alla stessa logica che ha portato a modificare nel passato l'art. 91 c.p.c., in tema di spese processuali che devono essere sostenute dalla parte vincitrice che abbia ottenuto solo quanto già previsto nella proposta del mediatore.

⁽⁶⁸⁾ Ho sostenuto, infatti, e continuo a crederlo che, volendo valorizzare gli strumenti offerti dal sistema per sanzionare l'abusivo utilizzo del processo, sia preferibile nell'interpretare l'art. 96, comma 3°, c.p.c. enfatizzare quegli elementi che consentono di dire che saremmo di fronte ad una fattispecie autonoma dalla lite temeraria, per la quale, quindi, non è richiesto quel requisito soggettivo, particolarmente qualificato della mala fede o della colpa grave. Sul punto cfr. M.F. Ghirga *L'abuso del processo*, cit., 422, testo e nota 71, ove anche i riferimenti alle pronunce della Cassazione che si sono espresse in questo senso e riflessioni in punto di spese processuali. *Contra*, di recente, Cass. civ., sez. III, n. 36591/2023 e Cass. civ. n. 19948/2023.

⁽⁶⁹⁾ Cass. civ. 09 gennaio 2024, n. 709.

⁽⁷⁰⁾ Sul punto cfr. anche Cass. civ., sez. II, n. 10164/2024, ord. Nello stesso senso già Cass. civ., sez. un., n. 28550/2023, ord. e Cass. civ., sez. un., n. 28540/2023, ord., per le quali l'art. 380-*bis* c.p.c. codifica un'ipotesi normativa di abuso del processo, poiché non attenersi ad una valutazione del proponente poi confermata nella decisione definitiva lascia presumere una responsabilità aggravata del ricorrente.

Qui, se possibile, assistiamo ad un inasprimento dell'idea che non si possano consumare le risorse scarse della giustizia, anche nel caso in cui si abbia quantomeno parzialmente ragione, se non a costo di andare incontro addirittura ad una condanna ulteriore.

Tenuto conto di ciò, mi pare di poter sostenere che anche per il comma 4° dell'art. 96 c.p.c., che non si riferisce al destinatario della sanzione indicandolo come «soccumbente», ma più genericamente «parte», possiamo chiederci se la sua applicazione presupponga la soccombenza piena. A proposito del comma 3° dell'art. 96 c.p.c. ho sostenuto di no. Si potrebbe ora dire che lo stesso valga con riferimento al comma 4° della norma. L'autonomia del comma 3° dalla responsabilità aggravata potrebbe in questo caso trascinare con sé anche il provvedimento di cui al comma 4°.

Ciò consentirebbe di favorire la più ampia applicazione di questa norma per sanzionare i comportamenti abusivi delle parti nell'esercizio delle loro prerogative processuali.

Nel caso del ricorso al frazionamento del credito si tratterà ancora una volta di valutare nel suo complesso la vicenda processuale per come si è dipanata nel caso concreto.

Per le cose già dette, mi limiterei ad applicare la sanzione prevista dal comma 4°, unitamente a quella del comma precedente solo nel caso del reiterato e ingiustificato frazionamento. Al primo rigetto in rito la parte può far seguire l'esercizio dell'azione in forma cumulata, o per l'intero credito, evitando di incorrere nell'applicazione delle sanzioni.

17. – Qualche riflessione finale con la quale si vuole solo aprire la discussione. Il caso del frazionamento del credito e/o dei crediti in più iniziative processuali pare essere un'ottima occasione per ragionare su cosa debba essere, alla luce del sistema valoriale di riferimento, l'oggetto del processo e di conseguenza del giudicato.

Sul punto mi pare che, dopo le pronunce delle Sezioni Unite del 2014 in materia di impugnative negoziali, del 2015 sulla *mutatio libelli* e quella che verrà sul frazionamento, si sia aperta una strada che ci obbliga a tornare a ragionare per capire fin dove possano spingersi i nuovi orientamenti della giurisprudenza di legittimità e se essi siano condivisibili e compatibili con le consuete categorie processuali, e prima ancora sostanziali.

D'altra parte, le sanzioni introdotte con le condanne di cui ai commi 3° e 4° dell'art. 96 c.p.c. impongono di impostare una nuova riflessione anche in punto di spese processuali.

L'abuso della risorsa giustizia non sempre è collegato alla soccombenza. Di ciò occorre prenderne atto e procedere ad una sistemazione della materia che risulti più coerente.

MARCELLO STELLA

Professore associato nell'Università di Napoli Federico II

LA DISTRAZIONE DELLE SPESE DI LITE: OGGETTO, PROCEDIMENTO, EFFETTI

SOMMARIO: 1. Non risolti dubbi sulla natura sostanziale o processuale dell'istituto. – 2. La distrazione come figura di cessione forzosa del credito, dalla parte vittoriosa al suo patrono, nel diritto giudiziario francese. – 3. Ripudio della tradizione d'Oltralpe nel sistema chiovendiano: preferenza per un modello di acquisto a titolo originario del credito alle spese di lite in capo al difensore antistatario. – 4. (*Segue*) Critica alla tesi di Chiovena e poi di G. De Stefano, sulla doppia natura costitutiva del capo di condanna alle spese a favore del distrattario ed ai corollari processuali di quella impostazione, riecheggiata ancora da Liebman. – 5. La distrazione delle spese nel pensiero di Carnelutti, quale manifestazione del fenomeno della efficacia riflessa, *ultra partes*, della sentenza a favore del terzo (l'avvocato). – 6. La mutevole percezione della distrazione nella dottrina processualistica più recente, sempre però caratterizzata da marcati addentellati a istituti sostanziali. – 7. La natura solo processuale della distrazione nella tesi di Satta ed il suo implicito accoglimento da parte delle Sezioni Unite nel 2010. – 8. Una proposta diversa di ricostruzione: la distrazione delle spese è atto di amministrazione giudiziaria, non decisorio, che determina una modificazione dal lato attivo del capo di condanna alle spese: il credito del difensore per onorari non riscossi non è reso litispendente dalla istanza di distrazione. – 9. (*Segue*) Quel credito è tutelato, in via mediata, dalla attribuzione di un titolo astrattamente idoneo (poteva anche non essere esecutivo prima della riforma del '90 e, oggi, sospeso *ex artt.* 283-373 c.p.c.) a consentire la azione esecutiva al difensore, preceduta dalla mera affermazione della titolarità del diritto, che non forma oggetto di accertamento giudiziale. – 10. Conseguente revocabilità, senza termine decadenziale fisso, del provvedimento di distrazione, a fronte della prova dell'avvenuto pagamento, da parte del cliente, degli onorari ancora non riscossi dall'avvocato. Competenza, oggetto e limiti della cognizione nel procedimento di revoca. – 11. Effetti della revoca della distrazione sul processo esecutivo pendente promosso dal difensore distrattario. – 12. Inopponibilità della compensazione al distrattario. Difetto di legittimazione passiva sostanziale del distrattario rispetto a domande restitutorie in caso di riforma del capo di condanna alle spese. – 13. Profili internazionale-processuali. – 14. Sul concorso tra ammissione al beneficio del patrocinio gratuito e distrazione delle spese. – 15. Distrazione delle spese e fallimento della parte assistita. – 16. Omessa pronuncia sulla distrazione delle spese e latitudine del contraddittorio nel procedimento di correzione.

1. – Il tema cui si dirigono queste riflessioni, natura giuridica della distrazione delle spese disciplinata dall'art. 93 c.p.c., oggetto del relativo procedimento e suoi effetti, già alla fine del XIX secolo veniva collocato tra quelli di «capitale importanza» nella pratica giudiziaria, e tuttavia

ancora bisognoso, rilevava Lessona, di ricevere «meritate cure da parte dei proceduristi»⁽¹⁾. I saltuari contributi dottrinali successivi, le rapide annotazioni di precedenti, sovente tutt'altro che univoci, non seppero rinvenire un criterio ispiratore unitario⁽²⁾ e non diedero l'impressione di aver colmato lo scarto tra il trattamento ricevuto dall'istituto nella prassi e le sue fondamenta dogmatiche. Con pungente ironia, Carnelutti dirà che la distrazione ha sempre trovato «giudici e scrittori (...) incredibilmente distratti»⁽³⁾, senza però far velo alle difficoltà, anche dal Maestro sperimentate, nello scandire in termini più sicuri e netti i lineamenti sistematici di una emblematica provvidenza a favore dei «procuratori». I procuratori, non gli avvocati, erano gli unici soggetti contemplati dall'art. 373 c.p.c. 1865⁽⁴⁾.

Nel vecchio come nell'attuale codice attorno all'istituto gravita una serie di problemi frutto, è da credere, di una ancora incompiuta teorizzazione. Problemi acuiti nel momento storico di «sofferenza» della classe forense, che si polarizzano attorno ad almeno quattro quesiti che si potrebbero definire classici.

Ci si chiede, in primo luogo, se il diritto soggettivo di credito al compenso, maturato dal difensore della parte vittoriosa, che l'istituto della distrazione pacificamente mira a tutelare (si vedrà *infra* in quali modi), formi oggetto di cognizione nel processo definito dal provvedimento di condanna nelle spese.

In secondo luogo, per venire a una prima conseguenza, ci si chiede se eventuali controcrediti vantati dal soccombente nei confronti della parte vittoriosa siano opponibili al distrattario.

⁽¹⁾ C. Lessona, nota a Cass. Napoli 27 febbraio 1896, in *Foro it.* 1896, I, 370 ss., 371.

⁽²⁾ L'analisi economica è strumento importante per misurare l'impatto delle norme in chiave di politica del diritto, sottolinea P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino 2022, 88-98, per il quale la giustificazione socioeconomica della distrazione delle spese sarebbe riassumibile con lo slogan, tuttavia troppo generalizzante e poco aderente alla causa civilistica del contratto d'opera intellettuale: «l'avvocato distrattario come finanziatore della lite». Cfr. G. Scarselli, *Le spese giudiziali civili*, Milano 1998, 94, il quale enfatizza che «la tecnica della distrazione delle spese ex art. 93 c.p.c., consente altresì al difensore di non dipendere dal cliente per il recupero delle sue spettanze se queste non gli sono state anticipate».

⁽³⁾ F. Carnelutti, *Distrazione delle spese*, in questa *Rivista* 1936, 157 ss., 163.

⁽⁴⁾ L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, IV, Torino 1904, 201, riporta criticamente la decisione di Cass. Napoli 12 novembre 1880, che reputò di estendere la tutela prevista dall'art. 373 c.p.c. 1865 agli avvocati, sul rilievo che sarebbe stato poco consono alla ragione della legge «il negare al generoso animo dell'avvocato quello che è concesso al procuratore».

In terzo luogo, se il distrattario, una volta soddisfattosi sul patrimonio del soccombente, sia tenuto alle restituzioni per il caso di riforma o annullamento della sentenza favorevole al cliente.

In quarto luogo, se la distrazione determini una forma di segregazione del credito alle spese di lite dal patrimonio della parte vittoriosa e lo renda impignorabile dai creditori di questa (diversi dal distrattario) ed estraneo al concorso, specie poi in caso di fallimento.

2. – La distrazione delle spese, di cui giova ora scandagliare le origini, era sconosciuta al processo romano classico, che non contemplava la condanna alle spese del soccombente⁽⁵⁾. Spese allora ben esigue, i patroni non venendo retribuiti. Affiora però dalla prassi curiale nel diritto intermedio. La sua terra natia è la Francia, ove emerse potente il ceto dei procuratori e degli avvocati. Non si trasmise, invece, nella legge processuale dei paesi di lingua tedesca, dove gli esponenti della avvocatura, notoriamente sfiduciata nel periodo illuminista⁽⁶⁾, sono legittimati *ex lege* a ricevere il pagamento delle spese di lite, ma rigorosamente in qualità di mandatarî all'incasso.

Secondo la cronaca chiovendiana, l'art. 133 del *Code de procédure civile* del 1806, sulla scia di una Ordinanza regia del 1738, codificò, pressoché negli stessi discorsivi termini, una massima della giurisprudenza d'Oltralpe, incline ad ammettere che «les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit».

Tra le varie costruzioni sulla natura dell'istituto ottenne la palma quella che concepiva la distrazione come fenomeno traslativo, dal vincitore al suo patrono, del credito alle spese sorto nei confronti del vinto.

Per ovviare al problema della compensazione, ed evitare la «morte» del credito professionale del difensore «pei debiti o la mala fede del

⁽⁵⁾ A. Guarino, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli 2001, 229, nota 11.7: «le spese della procedura non erano a carico del soccombente, ma costituivano un onere per ciascuna parte che le avesse fatte nel proprio interesse». F. Cordopatri, *L'abuso del processo. I. Presupposti storici*, Padova 2000, 241: «il litigante meramente soccombente non deve essere condannato *in expensis*».

⁽⁶⁾ Sulla *Prozeßordnung* federiciana del 1781, manifesto legislativo della «nota avversione nei confronti degli avvocati (...) trasformati in ermafroditi degli *Assistenzräte* statali», K.W. Nörr, *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, Roma 2013, 50; con ampi cenni alla legislazione prussiana previgente, e non meno penalizzante, nel prevedere ad es. la inesigibilità di acconti sugli onorari, A. Weissler, *Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Großen. Zu Gunsten der Hilfskasse für Deutsche Rechtsanwälte*, Königshütte 1891 (per fortuna leggibile in Google Libri), 21: «Werden die Kosten den Parteien gestundet, so darf der Advokat Gebühren erst *finita lite* und *prævia specificatione et moderatione* fordern, bei Strafe der Entlassung».

cliente»⁽⁷⁾, il pragmatismo dei giureconsulti francesi, e primariamente l'ingegno di Pothier, si produsse nella valorizzazione della figura della *cessione forzosa* del credito (ma non come *datio in solutum*). Con calcolata enfasi sui contorni pubblicistici dell'istituto⁽⁸⁾, si mirava, da un lato, a sganciare l'effetto traslativo del credito alle spese di lite dal requisito del consenso della parte vittoriosa, magari poco collaborativa. Dall'altro, si ponevano le premesse per l'effetto «purgativo» della distrazione. Sorta di sterilizzazione delle eccezioni personali opponibili al distrattario dal soccombente, vale a dire dal debitore ceduto, secondo tale chiave di lettura.

L'interesse pubblico sotteso all'istituto di antica origine *coutumier* e pretoria veniva ravvisato nella *policy* di favorire la anticipazione delle spese da parte del difensore di clienti non abbienti (se muniti di buone ragioni), con promessa di più sicuro (o, almeno, più solerte) recupero del credito, anche al riparo da intralci compensativi di sorta. Agevolazione però, verrebbe fatto di notare, tutt'altro che generalizzata, poiché destinata appunto a giovare solo al credito dell'avvocato del vincitore. Quindi funzionale alla assistenza di chi ha ragione. L'istituto che veniamo considerando, insomma, fino a un certo punto potrebbe dirsi che obbedisca ai principi informatori dell'*Armenrecht*; tantomeno potrebbe dirsi rispondere a una logica puramente premiale⁽⁹⁾, considerato, tra l'altro, che la condanna alle spese può essere talora pronunciata indipendentemente dalla soccombenza (art. 92, comma 1°, c.p.c.).

Le teoriche coeve, impennate su figure negoziali civilistiche ancora diverse da quella della cessione coatta, nessuna immune da opinabilità,

(7) Così già il giovane G. Chioyenda, nota a App. Torino 6 febbraio 1889, in *Foro it.* 1899, I, 883 ss., 887.

(8) Più tardi anche F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 451, avrebbe enfatizzato la «natura eccezionale» della distrazione delle spese, che «trova la sua ragione nella fede attribuita al difensore a cagione del *munus publicum*, di cui è investito».

(9) Si consideri questo passo del Mattiolo, *op. cit.*, 195, il quale, a proposito dell'art. 373 c.p.c. 1865, che accordava la distrazione ai procuratori per le sole *spese* anticipate a favore del cliente, rileva: «Accordando siffatto privilegio al procuratore, il legislatore intese di animarne lo zelo, d'indurlo a fare anticipazioni di spese un cliente sprovvisto di mezzi pecuniari, al fine di provvedere a qualche atto del procedimento, che non comporti alcun indugio, che tenda ad impedire la decorrenza di termini perentori, e la conseguente decadenza dal diritto del proprio mandante. Ora egli è evidente che assai difficilmente si troverebbe un procuratore, il quale anticipasse nell'interesse del cliente non agiato le spese necessarie per il trionfo della causa, se poi la parte, condannata nelle spese in favore del detto cliente, potesse, col mezzo della compensazione del debito recato dalle spese del giudizio con altro suo credito verso lo stesso cliente, privare il procuratore del diritto di conseguire le spese che esso ha anticipato».

furono tutte passate in rassegna critica da Chioventa⁽¹⁰⁾. Di recente alcune sono state rinverdate dalla processualistica contemporanea, senza recidere i legami tra la istanza e la pronuncia giudiziale di distrazione delle spese e istituti di schietto diritto materiale.

La nostra giurisprudenza, sotto il vessillo dell'art. 373 c.p.c. del 1865 («I procuratori possono domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunciata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato»), omologo del *Code* napoleonico, fu a sua volta caratterizzata da altalenanti riferimenti ai più disparati istituti privatistici, sempre però «funzionalizzati» allo scopo di rendere la eventuale compensazione di crediti inopponibile al distrattario⁽¹¹⁾.

L'odierno art. 699 c.p.c. francese, peraltro, solo in parte si è serbato fedele a quella secolare tradizione. La sua lettera riflette la matrice concettuale della cessione coattiva del credito⁽¹²⁾: nelle sole controversie per cui v'è obbligo di difesa tecnica, gli avvocati possono domandare che la condanna alle spese sia corredata, a loro vantaggio («soit assortie à leur profit»), da un capo che dichiari il loro «droit de recouvrer directement contre la partie condamnée». Il capoverso dello stesso articolo, tuttavia, nel sancire la vicenda circolatoria, non assecondando affatto gli auspici dei pratici, là dove dispone espressamente che il soccombente, attinto dalla azione esecutiva del distrattario, possa ben opporre in compensazione anche i controcrediti vantati nei confronti della parte vittoriosa. Resta fermo che la distrazione a favore del difensore avviene «sans préjudice de l'action contre sa partie». La intatta facoltà del distrattario di agire contro il suo cliente per l'adempimento della obbligazione di pagamento degli onorari nascente dall'incarico professionale, è la riprova che la di-

⁽¹⁰⁾ G. Chioventa, *La condanna nelle spese giudiziali*, rist., Napoli 2001, 348-368; per un resoconto critico ancor più dettagliato delle varie teorie sostanzialistiche e delle loro alterne fortune nella giurisprudenza francese, M. Bouissou, *De la distraction des dépens, sa nature et ses effets*, in *La France Judiciaire*, 1880, leggibile in <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58122846/f11.item>, 3-30.

⁽¹¹⁾ Non senza qualche eccezione: Pret. Civitavecchia 7 febbraio 1957, in *Giur. it.* 1957, I, 2, 791 ss., con nota critica di G. De Stefano, *Distrazione delle spese e compensazione*, per cui la compensazione tra il credito del distrattario e i controcrediti del soccombente sarebbe lecita in quanto il distrattario sarebbe titolare di un diritto derivato dal suo cliente vittorioso.

⁽¹²⁾ Che però si stempera alquanto nella legislazione dei cantoni francofoni. L'art. 47, co. 1, *Loi sur la profession d'avocat* (LPAv) del Cantone di Vaud prevede ad es. che: «L'avocat a un droit personnel exclusif aux honoraires et débours qui sont alloués par le jugement ou l'arrêt à titre de dépens, sous réserve de règlement de compte avec son client». E tuttavia Tribunal fédéral, 22 gennaio 2014, 5D_195/201 lo interpreta nel senso che: «cette disposition institue une forme de cession légale à l'avocat des droits de son mandant contre la partie adverse».

strazione non sortisce un effetto satisfattivo-estintivo e neppure un più modesto *beneficium excussionis* a favore del cliente⁽¹³⁾.

3. – Netta fu la presa di distanza di Chiovenda da quello che egli definì «vecchio errore del grande giureconsulto d'Orleans», il Pothier. Quale prima, forse meno significativa, linea di resistenza contro la tesi di Pothier, Chiovenda rilevò la assenza, nel testo dell'art. 373 c.p.c. 1865, del sostantivo «distrazione», assunto a sinonimo della fortunata teorica della cessione forzata del credito alle spese, recepita dalla legge processuale francese.

Il nucleo della opposizione chiovendiana si sviluppa poi, senza però assumere maggiore robustezza, su un piano diverso da quello lessicale ed in particolare sulla natura «eventuale» del credito alle spese di lite. Come dimostra il seguente sillogismo: «è la vittoria che genera il diritto alle spese»; il credito alle spese «non nasce altrimenti che colla pronuncia del giudice»; pertanto, se è la sentenza che determina la soccombenza e «crea propriamente il complementare diritto delle spese» del vincitore, il difensore non può domandare la cessione di un credito *nondum natus*, non presente nel patrimonio del cliente al momento della istanza di distrazione.

L'accoglimento della «conclusione speciale» offrirebbe invece al distrattario l'acquisto a *titolo originario* di un credito nei confronti del soccombente, che si cumulerebbe al preesistente credito *ex mandato* già maturato nei confronti del cliente. Cliente e soccombente sarebbero perciò tenuti, in solido, ciascuno a titolo diverso, nei confronti del distrattario, sino a concorrenza con l'ammontare delle spese distratte. Nel caso poi di caducazione o di riforma del capo di condanna alle spese, il distrattario giovatosi della «clausola provvisoria» di esecutività sarebbe tenuto alle restituzioni a favore del vincitore definitivo.

La natura costitutiva da Chiovenda ascritta alla condanna alle spese⁽¹⁴⁾ assurgerà a prova di resistenza delle teoriche francesi, impiegate

⁽¹³⁾ Cour de cassation 19 maggio 2016, pourvoi n. 15-19-512. Sul punto, non senza ambiguità, nella nostra giurisprudenza, Cass. 26 settembre 1961, n. 2041, in *Giur. it.* 1963, I, 1, 124, con nota di G. De Stefano, *Questioni attuali in tema di distrazione delle spese*, per cui «il debito del soccombente verso il procuratore dell'altra parte si affianca, in via alternativa, a quello del cliente».

⁽¹⁴⁾ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist., Napoli 1965, 904: «la sentenza è sempre costitutiva in quanto condanna nelle spese, perché essa non *accerta* un preesistente diritto alle spese, ma lo *costituisce* come diritto munito insieme di esecutorietà». Si può senz'altro dissentire da tale impostazione. Il fatto che il credito alla rifusione delle spese di lite nasca solo all'esito del processo e in dipendenza della applicazione della regola della soccombenza non consente di attribuire al relativo capo di sentenza veruna efficacia costitutiva. Il momento della nascita del credito alle spese di lite ha invece una immediata ricaduta sul terreno della compensazione. Il debitore delle spese di lite potrà infatti opporre

sulla cessione del credito, nella compendiosa trattazione di Giuseppe De Stefano, unica opera monografica sulla distrazione dall'entrata in vigore del c.p.c. del 1940, che aveva frattanto ripristinato, nella rubrica e nel testo dell'art. 93, l'evocativo *nomen iuris* precipitato di quella secolare esperienza⁽¹⁵⁾. Anche questo scrittore reputa che l'accoglimento della «domanda» dell'antistatario faccia sorgere «direttamente in suo capo il diritto verso il soccombente derivante dalla condanna di costui alle spese»⁽¹⁶⁾.

L'efficacia costitutiva della pronuncia sulle spese, munita del capo che dispone la distrazione si produrrebbe inoltre su un duplice piano. Da un lato, la pronuncia convertirebbe in autentico diritto soggettivo quella che fino alla conclusione del processo sarebbe solo una mera aspettativa della parte che ha ragione alla rifusione delle spese di lite. Dall'altro lato, il credito alla rifusione delle spese nascerebbe intestato direttamente al difensore, anziché alla parte vittoriosa e creditrice «naturale» del soccombente.

Da tali radicali premesse si trae la conclusione per cui «il diritto del difensore assume un carattere peculiare e privilegiato per il fatto che sorge originariamente in capo al difensore stesso, senza passare per il tramite del soggetto a lui obbligato, cioè del cliente». Senza soffrire le limitazioni cui soggiacerebbe se, anche per un solo momento, apparisse nel patrimonio del cliente. E quindi, in tal modo, si spiegherebbe «la inopponibilità della compensazione delle spese distratte con i crediti della parte soccombente,

alla parte vittoriosa un suo credito anteriore alla sentenza, dal momento che il credito relativo alle spese giudiziali non viene accertato in esito ad un giudizio in cui la parte avrebbe potuto far valere la compensazione: R. Vaccarella, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 2^a ed. riv. agg., Torino 1993, 255 e la giur. *ivi* citata.

⁽¹⁵⁾ Per mero «omaggio reso al linguaggio corrente, e al francesismo adottato dal linguaggio corrente», secondo S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, rist., Milano 1966, I, 310. In effetti, la terminologia francese fu acriticamente recepita nei lavori preparatorii per il nuovo codice, lo stesso F. Carnelutti, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano 1937, 72, limitandosi a rilevare che «non v'è ragione di negare il beneficio della distrazione delle spese al difensore consulente (avvocato) e che in ogni caso va corretta la formula, la quale, nel suo tenore letterale, comprende anche gli onorari (...) tra gli esborsi anticipati dal procuratore». Così il Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi, Roma 1939, 28: «in ordine all'art. 75 (art. 85), si era chiesto da taluni di abilitare anche il difensore a domandare la distrazione dell'onorario; ma non ho creduto di poter accogliere tale proposta, perché la distrazione si spiega logicamente soltanto per le spese che il procuratore abbia già effettivamente anticipato e delle quali debba pertanto essere rimborsato (...) non ho riprodotto l'ultimo comma dell'art. 75, concernente la opposizione al provvedimento che ordina la distrazione delle spese, perché la procedura regolata dall'art. 89 per l'opposizione alla liquidazione delle spese presuppone necessariamente il contraddittorio delle parti in causa e non sarebbe quindi applicabile ai rapporti fra ciascuna parte e il proprio procuratore».

⁽¹⁶⁾ G. De Stefano, *La distrazione delle spese*, Milano 1957, 1-139, 40.

l'inesistenza del concorso con i vari creditori del cliente, l'obbligo della restituzione a carico del difensore e non del cliente, quando venga meno la condanna della controparte»⁽¹⁷⁾.

4. – Le premesse teoriche abbracciate da De Stefano condizionano i corollari enunciati nella seconda parte del suo studio, ove viene indagato l'atteggiarsi della distrazione a seconda degli sviluppi dinamici del processo.

La domanda costitutiva, a campata doppia, poiché tesa ad ottenere sia la costituzione del credito alle spese sia la loro distrazione dal cliente al difensore, farebbe assumere al distrattario i poteri e la «qualità di parte»⁽¹⁸⁾. Prerogative però, avverte De Stefano, da esercitarsi rigorosamente «nell'ambito del suo interesse giuridicamente riconosciuto alle spese processuali».

Volta però che si reputi che il credito del difensore formi oggetto di una causa accessoria, legata alle sorti della causa principale, e da trattarsi nel *simultaneus processus*, a stento si potrebbe negare al distrattario il potere di impugnare anche le statuizioni sui capi condizionanti, al fine di tutelare la sua posizione giuridica *in thesi* dipendente dalle statuizioni sulla domanda principale e dalle sorti della condanna alle spese. Con tutti i conflitti che ne nascerebbero, nei rapporti interni tra difensore e cliente, ove quest'ultimo fosse intenzionato a fare acquiescenza.

Ovvio corollario di tale opzione ricostruttiva è che la omissione di pronuncia sulla domanda di distrazione, farebbe sorgere nel difensore della parte vittoriosa, resosi in tale guisa attore in giudizio, l'interesse ad esperire i mezzi di impugnazione ordinari⁽¹⁹⁾.

Meno scontata, e anzi distonica rispetto alle premesse accolte, è invece la conclusione di De Stefano per cui, nel «processo accessorio» introdotto dalla istanza dell'antistatario (a tutti gli effetti qualificabile come domanda nuova, e così da notificare alla controparte del cliente, se contumace⁽²⁰⁾), sarebbe tutto sommato accettabile che il contraddittorio non sia instaurato tra il difensore e il suo cliente, sebbene proprio quest'ultimo sarebbe destinato a subire gli effetti costitutivo-traslativi, in ultima analisi «espropriativi», della distrazione. E ciò non per ragioni sistematiche cogenti, ché, anzi, lo stesso De Stefano sembrerebbe bene avvedersi del *vulnus* al contraddittorio implicitamente arrecato da una consimile proposta, ma per

⁽¹⁷⁾ Id., *op. cit.*, 41.

⁽¹⁸⁾ Id., 46.

⁽¹⁹⁾ Id., 106.

⁽²⁰⁾ Id., 89.

puro ossequio alla tradizione. Sotto l'impero del c.p.c. del 1865 era prassi che il difensore proponesse la domanda nelle snelle forme della istanza verbale in udienza; dacché tale scelta fu confermata dal c.p.c. del 1940, registra acriticamente l'autore, nel silenzio della legge tanto basterebbe ad escludere che il difensore debba «rendere edotto della sua domanda il cliente»⁽²¹⁾.

La previsione del capoverso dell'art. 93 c.p.c., che abilita il cliente a chiedere la revoca della distrazione, sia pure, giusta la chiovendiana tesi di fondo, già oggetto di un capo costitutivo della sentenza, idoneo al giudicato sostanziale, non susciterà correzioni di tiro da parte di Liebman, per il quale la «domanda» di distrazione postulerebbe l'«intervento» volontario del difensore nella causa del proprio cliente e la assunzione della qualità di «parte del processo» sia pure «ai limitati effetti della domanda stessa». Ma con potere di impugnare la sentenza che accolga la domanda dell'assistito, se il giudice ometta di disporre la distrazione⁽²²⁾.

5. – Facciamo un passo indietro rispetto a questa corrente ricostruttiva autorevole, per esaminare una ricostruzione assai originale. La distrazione delle spese nel pensiero di Carnelutti. Non vi sarebbero difficoltà, sosteneva l'insigne A., ad apparentare l'art. 373 c.p.c. 1865 («I procuratori possono domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunciata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato») alle disposizioni eccezionali del codice civile che legittimano ad es. il locatore a rivolgersi nei confronti del subconduttore, a tutela del credito al corrispettivo della locazione. Il difensore antistatario, titolare di crediti verso il cliente per le anticipazioni fatte e l'attività svolta nel processo, in guisa non dissimile sarebbe posto in condizione di veder meglio tutelato il suo diritto.

Il credito alle spese di lite, puntualizza però Carnelutti, in frontale contrapposizione a Chiovenda e ai suoi seguaci, giammai potrebbe venire costituito *ope iudicis*, a titolo originario, in capo al difensore. Le spese sono anticipate e l'attività professionale è svolta dal difensore sempre e solo in qualità di mandatario della parte, e ciò impedisce che il primo possa

(21) Id., 107. La giurisprudenza anche recente, è da notare, si attesta su posizioni ancora più apodittiche quando afferma che rispetto alla domanda di distrazione delle spese non vi sarebbe l'esigenza dell'osservanza del principio del contraddittorio «per difetto di interesse della controparte a contrastare la relativa domanda»: Cass. 17 febbraio 1994, n. 1526, in *Giust. civ. Rep.* 1994, 23.

(22) E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 6^a ed., Milano 2002, 120.

maturare un diritto di credito verso la controparte del suo assistito. Non-dimeno, a garanzia del recupero delle spettanze del difensore «i beni del quale sono serviti a tal fine», la legge consentirebbe che il credito alle spese del cliente vittorioso sia distratto a favore del difensore «cioè non tanto che passi dall'uno all'altro quanto che *si consideri* come non mai sorto a favore del primo»⁽²³⁾. Una *fictio iuris*, pur sempre funzionale a rendere inopponibile al distrattario la compensazione da parte del *debitor debitoris*. Alla azione diretta⁽²⁴⁾, viene allora subito fatto di concludere, Carnelutti allude a scopo puramente illustrativo. Per sottolineare la affinità tra i due rimedi sul piano finalistico; lungi dal pretendere di rintracciare precise omologie strutturali tra la distrazione e le figure di azione diretta pura, di matrice codicistica.

Lo stesso C., d'altra parte, sottolinea che la istanza di distrazione non assurge ad autonoma domanda giudiziale, ma solo ad un «modo di essere della domanda di condanna alle spese» chiesta dalla parte, e attraverso cui viene indicato «un titolare del diritto diverso dalla parte». Senza abdicare al ruolo di rappresentante tecnico della parte, in altre parole, il distrattario assumerebbe la posizione – ecco lo snodo cruciale, ma al tempo stesso ellittico – di terzo «interessato» all'accoglimento della istanza, che resta però pur sempre un atto processuale imputabile anch'esso alla parte⁽²⁵⁾.

Il provvedimento che dispone la distrazione andrebbe qualificato allora come «sentenza a favore di terzo»: nomenclatura che nella sistematica carneluttiana esprime il fenomeno della efficacia riflessa, qui però favorevole, del giudicato *inter partes* nella sfera giuridica di terzi titolari di situazioni giuridiche dipendenti⁽²⁶⁾.

Neppure questa impostazione, che pure ha il grande valore aggiunto di negare al difensore la qualità di parte del processo, è però immune da una fondamentale obiezione. Anche ammesso, sul piano della teoria gene-

⁽²³⁾ F. Carnelutti, *op. cit.*, 160.

⁽²⁴⁾ Da F. Carnelutti, *Responsabilità del committente verso il subappaltatore?*, in questa *Rivista* 1935, II, 200 ss., 202, definita azione surrogatoria privilegiata, stante la riserva di legittimazione sostanziale attiva a favore delle sole tipologie di creditori menzionati dalla disposizione materiale. Peraltro, secondo C., la tutela offerta al distrattario sarebbe ancora superiore a quella del locatore o del dipendente dell'appaltatore. Questi ultimi, infatti, otterrebbero tutela esclusivamente «a carico degli altri creditori» del loro debitore, i quali non potrebbero concorrere sul loro credito verso il subconduttore o il committente. Là dove, nel caso della distrazione delle spese, lo stesso interesse del *debitor debitoris* sarebbe «sacrificato», in quanto quest'ultimo non potrebbe compensare propri crediti con quello distratto in favore del difensore.

⁽²⁵⁾ F. Carnelutti, *Distrazione*, cit., 160.

⁽²⁶⁾ F. Carnelutti, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. dir. comm.* 1922, II, 473 ss.

rale, che il giudicato proietti davvero effetti riflessi, in quanto favorevoli, nella sfera giuridica dei terzi titolari di diritti o rapporti giuridici dipendenti, il diritto di credito del difensore verso il cliente non può affatto qualificarsi come dipendente, in senso tecnico-giuridico, dalla esistenza del diritto alla rifusione delle spese di lite, maturato dalla parte vittoriosa nei confronti del soccombente.

6. – La dottrina processualcivilistica contemporanea appare tuttora divisa tra coloro che reputano possibile un «cauto accostamento» della distrazione delle spese allo schema della azione diretta (Balena), e coloro che propendono, invece, a ravvisare nell'istituto i lineamenti della delegazione (passiva) di pagamento (Comoglio jr.).

I sostenitori della prima tesi, tra cui solo a torto si potrebbe arruolare Carnelutti, per quanto rilevato poc'anzi, additano a fondamento sostanziale della distrazione una «situazione potestativa attribuita al difensore (più precisamente, al difensore 'con procura') nei riguardi del cliente che avrebbe diritto alle spese»⁽²⁷⁾. Chi opina che la distrazione sia vicina a restituire, pur con tutti i *caveat* e i distinguo del caso, lo schema di una delegazione di pagamento, esalta che una simile proposta ricostruttiva avrebbe il pregio di rendere inopponibile al distrattario eventuali eccezioni di compensazione sollevate dal soccombente⁽²⁸⁾.

Quest'ultima ricostruzione si erige, però, a ben vedere, su premesse ancor più vacillanti.

Secondo la giurisprudenza, infatti, se la delegazione di pagamento è «titolata», il delegato può opporre al delegatario ogni eccezione relativa al rapporto di valuta, come si desume *a contrario* dall'art. 1271, comma 3°, c.c.⁽²⁹⁾. Perciò, anche a voler faticosamente inquadrare l'istituto discipli-

⁽²⁷⁾ G. Balena, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari 1990, 309. Questo A., *op. cit.*, 305, nota 98, opina inoltre che il provvedimento di distrazione, pur legato alle sorti del capo contenente la liquidazione delle spese, «nasce già con l'autorità della cosa giudicata» con la conseguenza che il difensore distrattario sarebbe posto al riparo «da ogni possibile atto dispositivo o estintivo del credito medesimo».

⁽²⁸⁾ Così, P. Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa*, cit., 92. Non può sottacersi che la delegazione comprende anzitutto un mandato tra delegante e delegato, con cui il primo tende ad ottenere dall'altro il compimento di una attività giuridica di cooperazione. Vero è che la mancanza del mandato può essere «sopperita da una successiva ratifica», senza che venga meno la possibilità di qualificare la fattispecie come delegazione (R. Cicala, *Delegazione ed espromissione*, in *Id.*, *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, 3^a ed., Napoli 2008, 140-143. La disciplina della distrazione, tuttavia, appare incompatibile con entrambi gli schemi negoziali.

⁽²⁹⁾ Ad es. Cass. 13 maggio 2021, n. 12885: «Le eccezioni discendenti dal rapporto di valuta sussistente tra delegante e delegatario, logicamente prima ancora che giuridicamente,

nato dall'art. 93 c.p.c. entro la inadatta, poiché a base negoziale, cornice della delegazione di pagamento, il rapporto di valuta sarebbe sempre, per definizione, contemplato dal (ed un portato del) capo di condanna alle spese. Il delegato al pagamento (cioè il soccombente) sarebbe dunque sempre legittimato ad opporre al delegatario (cioè al difensore distrattario) ogni eccezione relativa al rapporto di valuta, ossia al credito alle spese di lite della parte vittoriosa, e così ogni controcredito del soccombente potrebbe essere fatto valere, *ope exceptionis*, per estinguere la pretesa del «delegante» (qui la parte vittoriosa) che alimenta la pretesa del delegatario. L'antitesi del risultato che si voleva propiziare.

7. – Non tutti però hanno sentito il bisogno di ricercare nel diritto sostanziale le matrici dell'istituto della distrazione. Persuaso di avere a che fare con una questione sin troppo «gonfiata», Satta ritenne che la distrazione delle spese si emancipi da ogni legame con vari istituti di diritto sostanziale, legame solo esteriore perché quegli istituti esigerebbero, lo si è veduto, il dispiegarsi della tutela giurisdizionale di cognizione sulla posizione giuridica di vantaggio del difensore. Unico effetto della distrazione, secondo la tesi minimalista o «essenzialista» di Satta sarebbe la «automatica costituzione di un titolo esecutivo in capo al difensore»⁽³⁰⁾.

Da questa fondamentale intuizione si irradiano corollari antitetici rispetto ai portati delle teoriche cognitivo-costitutivistiche. La c.d. domanda di distrazione riacquista le proporzioni di una «semplice istanza», che non deduce ad oggetto del processo un diritto soggettivo del difensore, né potrebbe essere proposta *post latam sententiam*, nell'ambito di un autonomo processo di cognizione. Il difensore non acquista la qualità di parte, non ha il potere di impugnare la statuizione sulle spese in caso di compensazione o di erronea quantificazione e neppure nel caso di omessa pronuncia sulla istanza.

La tesi degli effetti solo processuali della distrazione, nella sua maggiore semplicità di «gestione», ha infine fatto breccia nella giurisprudenza.

Le Sezioni Unite (pres. Carbone, est. Salvago)⁽³¹⁾ hanno affermato che la omissione di pronuncia sulla istanza di distrazione non configura

possono venire opposte dal delegato solo se il rapporto che ne è fondamento e dal quale pertanto si attingono è identificato/conosciuto dal soggetto che se ne avvale, conoscenza che è propria della delegazione titolata».

⁽³⁰⁾ S. Satta, *op. cit.*, 311. Vero è però che il medesimo A., 315, osserva anche che «gli effetti della distrazione sono quelli di una assegnazione *pro solvendo*» e quindi si riaccosta lui pure a matrici di schietto diritto sostanziale.

⁽³¹⁾ Cass., sez. un., 7 luglio 2010, n. 16037, in *Foro it.* 2011, I, 137 ss., con nota redaz.,

un *error in procedendo* e che la distrazione «piuttosto che una statuizione della sentenza in senso stretto» è qualificabile come *atto dovuto* condizionato alla mera dichiarazione del difensore con procura. Alla cui omissione può dunque avviarsi mercé una semplice istanza di correzione.

Netto è quindi il ripudio dell'orientamento, echeggiato da una nutrita parte della dottrina⁽³²⁾, che soleva ascrivere al difensore dichiaratosi anti-statario la qualità di parte, legittimata ad impugnare la sentenza rimasta sorda alla sua istanza. Sulla scia del *dictum* delle Sez. Un., la giurisprudenza, in seguito, ha parimenti escluso che il distrattario sia parte nel giudizio di impugnazione del capo sulle spese promosso dal soccombente⁽³³⁾. Con risultati complessivamente più agili.

8. – Rimangono però da esplicitare le ragioni sistematiche di fondo, che hanno indotto la Cassazione ad accordare, ad esempio, al distrattario il più snello e proporzionato rimedio della correzione prevista dall'art. 287 c.p.c., per ottenere che il giudice disponga la distrazione.

La risposta va ricercata nella sfuggente natura del rimedio della distrazione, mentre ne è abbastanza limpida la utile funzione.

Che si tratti di una provvidenza a favore del difensore della parte vittoriosa (mediatamente però delle parti meno abbienti), con finalità di facilitare la riscossione del credito per onorari e anticipazioni, è acquisi-

peraltro priva di riferimenti alle tesi dottrinali, di L. Carbone, *Il credito del difensore distrattario*. Aderisce all'indirizzo delle Sez. Un. a proposito della qualificazione della istanza di distrazione e della natura del provvedimento del giudice, M. Cantillo, *Il processo tributario*, Napoli 2014, 121, il quale osserva che la istanza di distrazione «non è soggetta ad alcuna specifica formalità e non è qualificabile come domanda giudiziale autonoma». La adesione dell'A. a tale indirizzo e la ritenuta applicabilità dell'art. 93 c.p.c. al processo tributario, quale norma dunque ritenuta non incompatibile, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 546/1992, con i lineamenti di quel processo, è altamente significativa: seppure l'A. non lo espliciti, infatti, vien da sé considerare che se la istanza di distrazione avesse un contenuto oggettuale corrispondente a quello di una domanda giudiziale di condanna ad adempiere un credito professionale del difensore, a stento si potrebbe sostenere che una simile domanda ricada nell'ambito della speciale giurisdizione del giudice tributario.

⁽³²⁾ Oltre agli Autori citati nelle note precedenti, v. anche M.C. Giorgetti, *In tema di legittimazione ad impugnare del difensore distrattario*, in questa *Rivista* 1994, 316 ss., 327, la quale reputa «possibile avanzare l'ipotesi che la norma riconosca al difensore distrattario il potere di proporre una domanda in proprio intervenendo nel processo e quindi di divenire, per questi limitati effetti, parte nel giudizio pendente»; D. Spiazzi, *Cassazione con rinvio della sentenza, obbligo conseguente del difensore distrattario di restituire le somme versate dalla parte soccombente, e diritto di tale parte di chiedergli la restituzione nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 1107 ss.

⁽³³⁾ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1371, in *Giust. civ.* 2013, 719 ss., con nota adesiva di R. Giordano, *Distrazione delle spese e qualità di parte processuale del difensore nel giudizio di impugnazione*.

zione tanto ovvia quanto però inidonea a scalfire la superficie per consentire di intradare il discorso su basi sistematiche più salde e profonde.

Un primo passo avanti potrà compiersi, ove si ponga l'accento sul fatto che la distrazione è istituito massimamente proteso a favorire non solo l'economia processuale ma l'*access to justice*.

Al difensore distrattario, che sarà nominativamente contemplato dal capo di condanna, oggi subito esecutivo, ottenuto dal suo cliente (ciò che porta ad escludere ogni accostamento alle ipotesi di esecuzione *ultra partes*: su cui v. *infra*), si eviterà infatti di dover promuovere un processo di cognizione, sia pure nelle forme sommarie e meno onerose sul piano asseverativo proprie del rito monitorio puro (artt. 633, comma 1°, n. 2, e 636 c.p.c.)⁽³⁴⁾ per munirsi di un titolo esecutivo giudiziale nei confronti del cliente; processo che, a sua volta, sarebbe solo la premessa per la promozione di un processo esecutivo di espropriazione del credito del cliente verso il soccombente.

La distrazione delle spese, se solo riguardata da questa tutt'altro che secondaria angolatura, utile a disvelarne la intima razionalità economica, potrebbe tranquillamente essere censita come uno degli istituti che testimoniano la scelta di politica del diritto di preferire la possibilità di un'esecuzione illegittima – da arginare *ex art. 615 c.p.c.* – rispetto alla necessità di un nuovo processo di cognizione⁽³⁵⁾.

Il legislatore, certo quello del 1940, allorché il ceto forense era molto ristretto e rispettato, fa qui apertamente mostra di appagarsi della mera affermazione proveniente dal difensore con procura (finanche, all'occorrenza, nell'interesse di altri componenti del drappello difensivo) circa l'esistenza di un credito insoddisfatto. Talora, e più analiticamente, si tratterà di due crediti eterogenei: quello al pagamento degli onorari e quello al rimborso delle spese anticipate.

La garanzia e all'insieme il deterrente contro il rischio di abusi, concretati da istanze proposte in conflitto di interesse, riposano non solo nella deontologia ma nella cornice fiduciaria del rapporto di mandato tra la

⁽³⁴⁾ Ragion per cui C. dir. uomo 19 ottobre 2000, ric. n. 31227/96, *Ambruosi c. Italia* ha accertato la violazione dell'art. 1 Protocollo 1 in danno dell'avvocato distrattario arrecata dall'art. 1, comma 3°, D.L. n. 166/1996, in quanto la previsione della estinzione officiosa dei giudizi previdenziali pendenti a spese compensate, avrebbe costretto l'avvocato distrattario a recuperare i propri onorari da individui con mezzi limitati e a coltivare iniziative giudiziarie «più difficili e lunghe» rispetto all'agevole recupero del dovuto nei confronti della p.a. soccombente.

⁽³⁵⁾ Criterio al quale, secondo F.P. Luiso, *L'esecuzione «ultra partes»*, Milano 1984, 46, il legislatore processuale si sarebbe ispirato, ad es., nel consentire al sedicente successore del creditore di ottenere il rilascio di copia esecutiva in suo favore.

parte ed il suo difensore. Rapporto che nasce e ha da svolgersi reciprocamente «in obbedienza a canoni di lealtà e di probità»⁽³⁶⁾, come la Consulta nel 1973 ebbe a rimarcare nel respingere, siccome infondata, la questione di costituzionalità dell'art. 93 c.p.c. Sospettato di ledere il diritto di difesa del cliente *ex art. 24 Cost.* per assenza di un meccanismo di conoscenza legale preventiva – e magari anche posticipata fino a che il legale non abbia comunicato la sentenza al cliente – della iniziativa intrapresa dal difensore ...in «autotutela»⁽³⁷⁾, alla insaputa del proprio cliente.

9. – Nella vasta gamma di mezzi possibili per favorire il soddisfacimento dei crediti del ceto forense (oltre al già citato art. 633, comma 1°, n. 2, c.p.c., alla solidarietà tra le parti transigenti ai sensi dell'art. 68, r.d.l. n. 1578/1933, alla natura privilegiata del credito professionale), l'ordinamento ha qui optato anche di concedere tutela esecutiva *omisso medio* al difensore della parte vittoriosa, schiudendogli l'azione esecutiva nei confronti di un *debitor debitoris* assai probabile, poiché tale in base a una condanna giudiziale, quantunque non passata in giudicato.

La distrazione delle spese, ne consegue, non è frutto di esercizio di giurisdizione di cognizione sull'*an* e *quantum* del diritto del difensore⁽³⁸⁾,

⁽³⁶⁾ C. Cost. 28 marzo 1973, n. 31. Il tribunale di Bolzano remittente, in particolare, dubitava della conformità a Costituzione dell'art. 93 c.p.c., sotto il profilo del rispetto del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., in quanto la parte vittoriosa, in mancanza di un «mezzo di conoscenza» *ad hoc*, non avrebbe alcuna concreta possibilità di avvedersi della proposizione della istanza di distrazione né tanto meno di prevenirla lo accoglimento, stante che la iniziativa è rimessa in via esclusiva al rappresentante tecnico della parte.

⁽³⁷⁾ Fermo restando che la istanza di distrazione, per definizione finalizzata a suscitare il compimento di un atto da parte della autorità giudiziaria che ne è la esclusiva destinataria, non potrebbe annoverarsi nell'eterogeneo insieme delle figure di autodifesa privata unilaterale a proiezione esecutivo-satisfattiva, consistenti nella attribuzione al creditore di «appositi poteri che gli consentano di conseguire direttamente l'esecuzione per via di difesa privata, senza l'ausilio di organi giudiziari», secondo la definizione offerta da G. Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Milano 1984, 3.

⁽³⁸⁾ Ragion per cui non avremmo difficoltà ad ammettere che il provvedimento di distrazione delle spese possa essere emesso anche da arbitri rituali. Se si nega che la distrazione presupponga un accertamento del credito del difensore, infatti, non insorgeranno questioni attinenti ai limiti della *potestas iudicandi* arbitrale. In arg., P. Comoglio, *O tempora, o mores: la distrazione delle spese arriva in arbitrato*, in *Giur. arbitrato* 2019, 5 ss. Nota giustamente C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2023, 687, che è solo nella fase di revoca della distrazione che il difensore assume «la qualità di parte per la tutela del proprio interesse relativo all'attribuzione delle spese» (ns. enfasi). Secondo G. Ruffini, *Diritto processuale civile*, Bologna 2023, I, 314, l'assunto per cui il difensore divenga parte del processo a seguito della pronuncia della distrazione sarebbe «sistematicamente non necessitato e tale da complicare inutilmente la gestione del contenzioso».

la cui istanza non rende litispendente il suo credito. Del resto i crediti per onorari e anticipazioni potrebbero non essere affatto litigiosi. Va dunque negato che la istanza determini la apertura di un «processo nel processo» di cognizione. Se davvero la istanza di distrazione facesse nascere la esigenza di porre capo a un accertamento giudiziale del diritto del difensore, per quanto sommario e con riserva di esame di ogni ipotetica eccezione, e a tacer d'ogni altra considerazione che impedisce di assecondare quell'indirizzo pur così radicato, la distrazione finirebbe per risultare preclusa in una vasta gamma di ipotesi: ad es. nel processo esecutivo o ancora nel giudizio di cassazione, entrambi inidonei ad ospitare parentesi cognitive di accertamento di diritti soggettivi ivi calati in via incidentale. Né certo la istanza di distrazione potrà ritenersi idonea a dare vita ad un cumulo obiettivo di cause legate da nessi di pregiudizialità-dipendenza.

Per la stessa ragione, rileviamo *per incidens* come la istanza di distrazione della domanda giudiziale non rivesta (non solo la forma ma neppure) la sostanza contenutistica di affermazione di un credito esigibile ed eventualmente leso e dunque certo non potrà ritenersi idonea a far decorrere a vantaggio del distrattario gli interessi legali al tasso maggiorato previsto dall'art. 1284, comma 4°, c.c. per il caso di crediti giudizialmente pendenti⁽³⁹⁾.

Il giudice destinatario della istanza di distrazione delle spese, in definitiva, non *accerta* mai la esistenza del diritto di credito del difensore, che del resto spesso avrà una consistenza quantitativa diversa, maggiore o minore, rispetto all'ammontare delle spese di lite liquidate a favore del cliente vittorioso, ma si limita a prender atto della sussistenza del *requisito*

⁽³⁹⁾ Da analoghe premesse ricostruttive muove la giurisprudenza per negare che l'avvocato distrattario abbia diritto all'indennizzo da irragionevole durata del processo nel quale abbia prestato la propria opera professionale «in quanto il conseguimento della pronuncia sulla distrazione è evento che dipende, sia nell'*an* che nel *quando* dalla pronuncia sulla domanda giudiziale che ha determinato l'insorgere del relativo processo, sicché l'istanza di distrazione, proprio per il suo carattere accessorio (vieppiù di secondo grado), non può di per sé governare i tempi del processo, ma solo pedissequamente adeguarsi a quelli dettati per il giudizio sulla pretesa 'principale'»: Cass. 4 settembre 2023, n. 25713; Cass. 10 giugno 2024, n. 16070. Indirizzo che appare, però, eccessivamente meccanicistico e andrebbe forse rimeditato alla luce di C. dir. uomo 19 marzo 1997, ric. n. 18357/91, *Hornsby c. Grecia*, per cui la garanzia dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo comprende anche l'accesso a una tutela esecutiva effettiva. Per la maggiore attenzione a tale fondamentale esigenza si lascia apprezzare l'*obiter dictum* di Cass. 28 settembre 2012, n. 16608, che stigmatizza la lacunosità della doglianza del patrocinatore, in quanto priva di «allegazioni sulla effettiva incapienza del cliente nel soddisfare il credito, donde la sofferenza per la dilatazione irragionevole dei tempi del giudizio presupposto». Pacifica è invece la legittimazione sostanziale dell'antistatario a dolersi della irragionevole durata del processo esecutivo promosso in forza del titolo esecutivo a lui intestato ai sensi dell'art. 93 c.p.c.: Cass. 23 maggio 2024, n. 14420.

formale di legittimazione (dichiarazione di credito resa dal difensore munito di procura), che consente la formale intestazione, in tutto o in parte, del capo di condanna alle spese a favore del distrattario.

Quel che resta ancora bisognoso di spiegazione è perché la legge abbia previsto un termine (certo non di natura sostanziale decadenziale, ma) preclusivo mobile per la *revoca della distrazione*, ad istanza del cliente.

Il capoverso dell'art. 93 c.p.c. dispone infatti, con linguaggio discorsivo e atecnico, ove non evocativo addirittura delle tesi costitutivo-traslative ricollegabili a Chiovenda, che la revoca della distrazione può essere chiesta dalla parte solo «finché il difensore non abbia conseguito il rimborso che gli è stato attribuito».

A parte l'imprecisione della *littera legis*, giacché al distrattario non viene *ope iudicis* attribuito alcun diritto sostanziale, ma solo il potere di promuovere il compimento di atti esecutivi per il soddisfacimento coattivo da parte del terzo del suo *preesistente* credito *ex mandato*, la *ratio legis* ci pare sia da individuare nella limitata esposizione patrimoniale del soccombente: qui tutelato contro il rischio di vedersi assoggettato a plurime azioni esecutive.

La legge stima poco prudente consentire alla parte vittoriosa di «riappropriarsi» del titolo esecutivo, dopo che lo spostamento patrimoniale dalla sfera del soccombente, nei limiti delle spese liquidate dal capo di condanna, abbia avuto luogo a favore del suo avvocato.

Se «prevenuto» dalla fruttuosa azione esecutiva del distrattario, pertanto, il cliente adempiente (che cioè abbia già soddisfatto il professionista) non avrà altra scelta, fuorché esperire, nelle forme del processo di cognizione ordinario, una azione restitutoria deducendo la ingiusta locupletazione del difensore infedele, salvi i profili deontologico-disciplinari (che dovrebbero rendere rara la eventualità di una esecuzione ingiusta perché promossa o coltivata dall'avvocato che abbia già percepito l'intero importo dovuto per le sue spettanze).

10. – La natura solo processuale della distrazione, preordinata alla rapida formazione *sine cognitione* di un titolo esecutivo a vantaggio del difensore, dà ragione del perché il *pendant* della revoca della distrazione sia caratterizzato da forme sommarie e da una sommaria cognizione, perché *ex lege* preordinata a dare rilevanza ad un unico profilo sostanziale, ossia al pagamento estintivo sopravvenuto.

La disciplina del procedimento di revoca è la stessa della correzione degli errori materiali prevista dall'art. 287 c.p.c. Difettano quindi i caratteri di una impugnazione autosindacatoria. E ciò in piena coerenza con la

natura della distrazione, che si vide non essere frutto di giudizio sulla esistenza del credito del difensore.

La istanza di revoca va proposta al giudice che ha ordinato la distrazione.

In seno a codesto peculiare procedimento sommario, nel contraddittorio tra cliente e difensore, si discuterà bensì della attualità del credito del difensore, ma sempre e solo al modo di una questione pregiudiziale di merito, dalla cui soluzione dipenderà la revoca della attribuzione del titolo esecutivo (e così della legittimazione alla promozione della azione esecutiva) concessa a favore del difensore, che abbia in seguito ricevuto l'adempimento da parte del cliente. Nel caso di contestazione sul fatto del pagamento, in seno alla peculiare *Klauselprätendententstreit* che ne scaturirà, il giudice compirà un accertamento solo *incidenter tantum* sulla attualità del credito del difensore, funzionale alla eventuale «riassegnazione» del titolo esecutivo alla parte vittoriosa. Accertamento inidoneo al giudicato sostanziale sul credito, poiché la istanza di revoca non è una domanda di accertamento (negativo) a tutto tondo del diritto dell'antistatario, né vi sono indici di una volontà di legge di conversione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale ai sensi dell'art. 34 c.p.c. Che l'involucro del camerale procedimento di correzione, approntato *per relationem* dall'art. 93, comma 2°, c.p.c. non sarebbe del resto adatto a ospitare.

Il sindacato giudiziale sulla *mera azione di revoca della distrazione* proposta dal cliente, ne consegue, si ridurrà alla verifica del (venir meno del credito, solo affermato dall'antistatario, per effetto del) pagamento estintivo⁽⁴⁰⁾. Pare da escludere che fatti impeditivi, modificativi o estintivi *diversi dall'adempimento*, ad es. compensazione, vessatorietà e conseguen-

⁽⁴⁰⁾ Nel caso in cui la distrazione attenga alle spese del giudizio di legittimità, e la relativa istanza potrà essere formulata anche nella memoria illustrativa (Cass. 29 maggio 2014, n. 12111; Cass. 18 luglio 1972, n. 2455), è quanto meno dubbio che la Corte di cassazione possa accertare in fatto l'adempimento del credito dichiarato insoluto dal distratario, in seno allo speciale procedimento di revoca della distrazione. Se non si reputi che i limiti funzionali caratterizzanti il sindacato di legittimità vengano meno allorché la Cassazione sia investita dalla richiesta di revoca della distrazione (arg. ex Cass., sez. un., 19 aprile 1990, n. 3249, in *Rep. Giust. civ.* 1990, n. 14, citata in G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino 2013, 616), nel caso (vorremmo credere più unico che raro: ma v. Cass., 20 aprile 2020, n. 7940) in cui l'adempimento sia contestato e il cliente non possa contare su prove precostituite, occorrerebbe individuare un giudice competente a compiere i necessari accertamenti. Questo dovrebbe essere individuato, alternativamente: nel giudice autore della sentenza cassata senza rinvio o impugnata con ricorso rigettato dalla S.C.; oppure nel giudice del rinvio (arg. ex art. 385 c.p.c.). Con vistosa deroga però alla competenza esclusiva dettata dall'art. 287 c.p.c., che prevede che la correzione è disposta «dallo stesso giudice» che ha pronunciato la sentenza.

te nullità di clausole relative alla determinazione del compenso⁽⁴¹⁾, dilazioni del termine di pagamento, pattuizione di gratuità dell'incarico o, meno infrequentemente, remissione parziale del debito, siano idonei a fondare la revoca della distrazione.

Rispetto alla deduzione di tali fatti incidenti sull'*an* oppure sul *quantum* del diritto del distrattario, è pur vero che nessuna preclusione del deducibile potrebbe operare, stante la mancata previa instaurazione del contraddittorio tra cliente e distrattario nel processo concluso dal provvedimento di condanna alle spese. Un'estensione del perimetro della *cognitio* del giudice della revoca, protesa ad abbracciare la intera fattispecie genetica del diritto del difensore e così a valorizzare circostanze anche

⁽⁴¹⁾ A proposito della nullità delle clausole contrattuali dell'incarico professionale, si potrebbe obiettare che in base alla celebre giurisprudenza *Banco di Desio* della Corte di Giustizia UE, cui ha dato «recepimento» nel nostro ordinamento Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Giur. it.* 2023, 1053 ss., con commento di C. Consolo, *Istruttoria monitoria «ricarburata» e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica «rimaneggiata» (specie) su invito del g.e.*, il giudice nazionale ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio la vessatorietà delle clausole negoziali stipulate dal consumatore anche in seno a un procedimento a carattere monitorio, nell'interesse generale ad arginare l'inserimento di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto. Ci pare tuttavia quanto meno dubbio, e in definitiva da escludere, che un simile potere-dovere possa essere astrattamente esercitato nel procedimento delineato dall'art. 93 c.p.c., dal giudice destinatario della istanza di distrazione delle spese liquidate a favore di un consumatore. A prescindere, qui, dal rilievo sostanziale per cui la nullità del contratto di incarico professionale non priverebbe il difensore del diritto al compenso, almeno nella misura determinata in base ai parametri forensi (argomento che però mostrerebbe la corda, nel caso in cui la distrazione sia chiesta per compensi che siano stati pattuiti in misura eccedente rispetto alle tariffe), la distrazione delle spese prescinde da qualsivoglia accertamento della fattispecie genetica del diritto di credito del difensore. Di conseguenza, il giudice cui la istanza di distrazione sia stata rivolta non potrebbe far uso di poteri istruttori officiosi per accertare la nullità delle clausole del rapporto contrattuale tra cliente e avvocato. A differenza, ad es., di quanto consentito dall'art. 641 c.p.c. ed anzi oramai imposto dal diritto europeo, nel procedimento monitorio avente ad oggetto il credito di un professionista nei confronti di un consumatore. La questione potrebbe però riproporsi in seno al procedimento di *revoca della distrazione delle spese*. Riteniamo, però, che neppure in tal caso il giudice sarebbe abilitato dalle norme del c.p.c. a rilevare d'ufficio la nullità del mandato professionale che assurge a titolo del diritto del difensore. La cognizione del giudice della revoca, infatti, è strettamente circoscritta alla verifica del pagamento. Ci si domanda, ora, se questo stato delle cose, pur senza offendere il principio di equivalenza, dal momento che la distrazione è disciplinata allo stesso modo a prescindere dalla natura – consumeristica o meno – del rapporto di incarico professionale tra cliente e avvocato, sia compatibile con il principio di effettività reclamato dal diritto europeo consumeristico. A ben vedere, neppure questo principio appare seriamente minacciato o compromesso. Nessun diritto sostanziale del consumatore è invero pregiudicato dal meccanismo della distrazione delle spese, poiché l'avvocato distrattario *non aziona alcun credito nascente dal contratto di incarico professionale nei confronti del consumatore*. Né si formeranno accertamenti giudiziali pregiudizievoli per la parte debole del rapporto. Il giudice che concede o revoca la distrazione non conosce e rischia mai di dare vigore a clausole negoziali vessatorie.

diverse dal pagamento, ma parimenti idonee ad incidere sulla vita, esigibilità e consistenza quantitativa di tale diritto, andrà però negata, pena lo snaturamento della finalità della revoca. Il cui scopo non è di far decidere una lite tra cliente e avvocato sulla esistenza del credito professionale, ma di restituire tempestivamente il cliente, che dimostri di avere adempiuto il credito del distrattario, nella giusta titolarità della azione esecutiva dischiusa dal capo di condanna alle spese.

A questa stregua non pare condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, in base a cui la revoca potrebbe essere disposta anche quando il cliente dimostri che il credito del difensore era stato adempiuto *prima* della proposizione della istanza di distrazione. È vero che la lettera dell'art. 93, comma 2°, c.p.c. si riferisce, genericamente, alla dimostrazione, gravante sul cliente debitore, di «aver soddisfatto il credito del difensore per gli onorari e le spese», senza dettare precisi referenti temporali. Tuttavia, un accertamento *incidenter tantum* esteso alla fattispecie genetica del credito del difensore appare qui precluso proprio dalla particolare efficacia attribuita alla dichiarazione del distrattario circa la esistenza di un credito per onorari *non riscossi e spese anticipate*.

Così come, per concedere l'azione esecutiva al difensore distrattario, l'ordinamento si appaga della semplice affermazione del diritto e preclude ogni esame giudiziale sulla sua veridicità⁽⁴²⁾, specularmente la revoca, che non mira a caducare il titolo esecutivo giudiziale, ma ad «aggiornarne» la titolarità attiva, potrà essere disposta soltanto al riscontro della *condizione tipica e tassativa* prevista dalla legge, individuata nel *fatto, satisfattivo-estintivo, dell'adempimento* del credito del difensore, postulato esistente al momento della distrazione delle spese.

11. – Cruciale per intendere la pragmatica finalità dell'istituto della revoca della distrazione, in difetto di ulteriori disposizioni di coordinamento tra processo esecutivo e procedimento di revoca, potrà rivelarsi così la previsione, mutuata dalla disciplina della correzione, in base a cui la ordinanza di revoca della distrazione dovrà essere *annotata sull'originale del titolo esecutivo* (ex artt. 288 e 121 disp. att. c.p.c.).

A seguire la impostazione di Chiovenda, secondo cui il credito del difensore per distrazione è autonomo e indipendente da quello del cliente di lui verso l'avversario – constatava Andrioli – dovrebbe negarsi che il

⁽⁴²⁾ Cass. 1 ottobre 2009, n. 21070: «per disporre la distrazione delle spese di giudizio è sufficiente che il procuratore della parte vittoriosa dichiari di avere anticipato le spese e di non avere riscosso gli onorari, senza alcun margine di sindacato sulla rispondenza al vero di detta dichiarazione»; Cass. 5 agosto 1981, n. 4889.

cliente, ottenuta la revoca del provvedimento, possa sostituirsi al difensore nella esecuzione⁽⁴³⁾.

Appurato invece che la distrazione non trasferisce, ne costituisce un diritto di credito *ex novo* in capo al difensore, ma ha solo l'effetto di «intestare» al difensore il titolo esecutivo⁽⁴⁴⁾, non mancherebbero frecce all'arco per sostenere che la revoca della distrazione non è evento idoneo a determinare la estinzione (atipica) del processo esecutivo pendente, diversamente dalle ipotesi di caducazione del titolo esecutivo giudiziale per effetto di riforma o cassazione.

Si è invece qui al cospetto di un qualificato *avvicendamento nella titolarità attiva del titolo esecutivo*, tra soggetti peraltro entrambi contemplati dal titolo esecutivo. Se questa impostazione non dovesse apparire troppo peregrina, si potrebbe ancora aggiungere che il processo esecutivo pendente potrà ricevere ulteriore impulso, ad istanza del cliente, volta che questi sia tornato ad essere unico e pieno titolare del titolo esecutivo giudiziale «purgato» dalla distrazione. Con piena conservazione degli effetti del precetto intimato dal distrattario e del successivo pignoramento in danno della controparte soccombente e condannata alla rifusione delle spese.

Lo sforzo richiesto all'interprete per colmare tutti i vuoti della disciplina è ragguardevole, tuttavia non improbo. I provvedimenti di distrazione e di revoca di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 93 c.p.c. disegnano, in buona sostanza, altrettante modificazioni soggettive, dal lato attivo, della titolarità

⁽⁴³⁾ V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., I, Napoli 1957, 263.

⁽⁴⁴⁾ Razionalizzazione che non può certo ritenersi accolta da Cass. 15 aprile 2010, n. 9062, in *Giust. civ. Mass.* 2010, secondo cui l'istanza di distrazione «in null'altro consiste che nel sollecitare l'esercizio del potere/dovere del giudice di sostituire un soggetto (il difensore) ad un altro (la parte) nella legittimazione a ricevere dal soccombente il pagamento delle spese processuali quale *adiectus solutionis causa*». Dell'istituto della «indicazione a ricevere il pagamento», di cui all'art. 1188, comma 1°, c.c. la distrazione non presenta alcuno dei caratteri, in quanto: la istanza di distrazione non proviene dalla parte ma è formulata dal difensore. Non si tratta neppure di pagamento a persona «autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo», come nel caso *olim* disciplinato dall'art. 8, comma 3°, l. n. 898/1970, in base a cui «il tribunale può ordinare, anche con successivi provvedimenti in camera di consiglio, che una quota dei redditi o dei proventi di lavoro dell'obbligato venga versata direttamente agli aventi diritto alle prestazioni di cui alle norme predette». La dottrina civilistica (C.M. Bianca, *L'obbligazione*, Milano 1990, 290; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano 1984, 117), che colloca la distrazione delle spese *ex art. 93 c.p.c.* nell'ambito delle ipotesi di «difetto di legittimazione a ricevere» del creditore originario, postula che quest'ultimo abbia perduto la propria legittimazione sostanziale perché prima dell'adempimento ha perso la disponibilità giuridica del proprio credito. Credeasi dimostrato, invece, che il credito alle spese di lite non viene trasferito dalla parte vittoriosa al difensore distrattario.

del titolo esecutivo: una coeva, l'altra posteriore alla sua formazione; entrambe disgiunte da una successione, a titolo particolare, nel diritto sostanziale di credito alla rifusione delle spese di lite consacrato dal titolo giudiziale. Un fenomeno successorio sostanziale nel credito è qui del tutto assente: la distrazione delle spese non implica veruna vicenda traslativa del credito alle spese, ma soltanto «schiude» al distrattario la azione esecutiva diretta nei confronti del soccombente, a tutela del preesistente credito professionale, sino a concorrenza con l'importo delle spese di lite liquidate a favore del cliente.

12. – La giurisprudenza coglie nel segno quando afferma che «deve ritenersi impedito alla parte soccombente condannata al pagamento delle spese processuali direttamente in favore del difensore distrattario di eccepire a quest'ultimo in compensazione altri suoi crediti nei confronti dell'assistito o cliente del distrattario stesso»⁽⁴⁵⁾.

L'art. 93 c.p.c., lo si è più volte detto, non sottende un fenomeno traslativo *ope iudicis* del credito alle spese di lite, dal vincitore al suo difensore. Il distrattario non è un avente causa. Il soccombente, ne consegue, non potrà sollevare eccezioni afferenti ai rapporti con la controparte processuale; potrà però senz'altro eccepire in compensazione, mediante ordinaria opposizione di merito alla esecuzione, personali controcrediti vantati nei confronti del distrattario.

Poiché il titolo esecutivo *sui generis* azionato dal distrattario si basa sulla mera affermazione del credito, senza accertamento giudiziale in contraddittorio della sua esistenza, la distrazione non ha alcuno effetto «isolante», tale da precludere al soccombente di dedurre ogni eccezione impeditiva modificativa o estintiva a fondamento di una opposizione di merito all'esecuzione.

Non condivisibile, se si accolgono tali premesse, si mostra allora l'orientamento della giurisprudenza in base a cui, in caso di riforma del capo di condanna alle spese, il soggetto tenuto alla restituzione delle somme pagate in adempimento del titolo esecutivo sarebbe il difensore distrattario «quale parte del rapporto intercorrente tra chi ha ricevuto il pagamento non dovuto e chi lo ha effettuato»⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cass. 10 novembre 2022, n. 33217. Appare tuttavia inesatta la massima di Cass. 30 marzo 1962, n. 670, in *Foro it.* 1962, 1502 ss., secondo cui il difensore distrattario sarebbe «titolare di un diritto di credito autonomo verso la parte soccombente».

⁽⁴⁶⁾ Cass. 24 febbraio 2022, n. 6225; Cass. 25 ottobre 2017, n. 25247; Cass. 27 gennaio 2016, n. 1526; Cass. 4 aprile 2013, n. 8215. Né può condividersi l'indirizzo in base a cui il distrattario è destinatario della impugnazione deducete la illegittimità del capo che dispone

L'assunto su cui poggia questo per nutrito filone, col plauso di una parte della dottrina civilistica⁽⁴⁷⁾, è percorso da una netta linea di contraddizione. Da un lato, e correttamente, si nega che la istanza di distrazione introduca una causa cumulata e dipendente dalle sorti del capo di condanna alle spese. Dall'altro lato, però, si ammette che il giudice dell'impugnazione condanni l'avvocato antistatario a restituire le somme riscosse a seguito della esecuzione della sentenza riformata o di spontaneo adempimento da parte del soccombente. Il soccombente, così si ragiona, avrebbe «piena facoltà di citare in appello l'avvocato antistatario per ottenere la ripetizione di quanto a lui versato a titolo di spese legali».

Non solo questo orientamento finisce per postulare la ammissibilità di una domanda nuova, sotto il profilo dei soggetti, in violazione dei divieti posti dagli artt. 345 e 394 c.p.c.; ma arreca ancor più grave vulnerazione al principio del contraddittorio, quando ammette che il difensore distrattario «benché non evocato personalmente in giudizio» possa essere condannato *in absentia* alle restituzioni.

L'abbandono di tale indirizzo è auspicabile anche alla luce della sua non omologabilità sul piano civilistico. Ogni pagamento al distrattario, sinché la distrazione non sia revocata, avrà piena efficacia solutoria di un credito per onorari e anticipazioni, la cui esistenza prescinde dalle ondivaghe sorti del capo di condanna alle spese. Ne consegue che il *solvens* non potrebbe invocare la restituzione a titolo di indebito oggettivo. Tanto meno potrebbe invocare un errore scusabile al momento del pagamento, che è la condizione richiesta dall'art. 2036 c.c. per la ripetizione dell'indebito soggettivo⁽⁴⁸⁾.

la distrazione delle spese relative a tutti i gradi di giudizio a favore del difensore che non abbia assistito la parte nei gradi precedenti: Cass. 13 febbraio 2024, n. 3965. Tale precedente muove dall'erroneo assunto per cui l'accoglimento della istanza di distrazione determina la soccombenza del cliente ed il suo interesse ad impugnare. Peraltro, è lo stesso art. 93, comma 1°, c.p.c. ad attribuire al «difensore con procura» la legittimazione a richiedere la distrazione delle spese anche in favore «degli altri difensori» (e così pure di coloro che abbiano assistito la parte nei precedenti gradi di giudizio). Perciò, nel raro caso di abuso del potere, il rimedio approntato dalla legge a favore della parte che dimostri di avere già soddisfatto le ragioni di credito dei precedenti patroni sarà pur sempre quello della revoca della distrazione, da chiedersi con le forme della correzione della sentenza.

⁽⁴⁷⁾ G. Sicchiero, *La distrazione delle spese di lite*, in *Foro padano* 2016, I, 471 ss., 476, opina senza margine di dubbio che «va da sé che il difensore (...) diviene anche legittimato passivo in caso di impugnazione della sentenza che contiene la distrazione. Ovvio corollario è che il soggetto tenuto a restituire le somme, ove sia riformata la sentenza che abbia disposto la distrazione ed in base alla quale il soccombente avesse pagato, è colui che ha percepito, ovvero il difensore», in piena adesione al *dictum* di Cass. 4 aprile 2013, n. 8215.

⁽⁴⁸⁾ La irripetibilità delle somme pagate dal soccombente al distrattario, per il caso di riforma o annullamento del capo di condanna alle spese, era sostenuta, nel vigore dell'art.

In caso di riforma del capo di condanna alle spese, il distrattario perderà il «*benefit*» processuale del titolo esecutivo, ma non saranno certo retroattivamente travolte le sue ragioni di credito verso il cliente, in tutto o in parte soddisfatte dal soccombente, spontaneamente o coattivamente. Il quale ultimo sarà dunque legittimato a proporre, con permissibile estensione della lettera dell'art. 389 c.p.c., una domanda di ingiustificato arricchimento esclusivamente nei confronti della sua controparte processuale, sgravata dal debito verso il suo avvocato.

È da chiedersi se il credito alle spese di lite della parte vittoriosa sia suscettibile di formare oggetto di pignoramento da parte dei creditori di questa diversi dal difensore, anche a fronte dell'ordine di distrazione. Secondo De Stefano, discenderebbe dalla funzione della distrazione la esclusione dei creditori della parte dal diritto di concorrere sulle spese attribuite al distrattario⁽⁴⁹⁾. Dissentiamo da tale impostazione. Come veduto, la distrazione ottiene al difensore distrattario l'unico vantaggio di intestargli un titolo esecutivo. Nessun credito del cliente vittorioso è trasferito al difensore. Ne consegue che i creditori della parte vittoriosa potranno pignorare il credito alle spese del loro debitore verso il soccombente. Il distrattario, tuttavia, in quanto munito di titolo esecutivo, potrà intervenire nella esecuzione e giovare del privilegio previsto dall'art. 2751-*bis*, n. 2, c.c. sui crediti per le prestazioni d'opera intellettuale per gli ultimi due anni di prestazioni⁽⁵⁰⁾.

13. – Appurata la funzione non giudicante esercitata dal giudice che dispone la distrazione delle spese, e volgendo la attenzione al piano tematico del diritto internazional-processuale, potrebbero apparire tutto som-

373 c.p.c. del 1865, sulla scia dei francesi Pigeau, Boncenne, Boitard, Carré, anche da Mattiolo, *op. cit.*, 195: «il procuratore, coll'esigere le spese, non ha fatto che *riscuotere* un suo credito *legittimo*, il quale rimase tale malgrado il posteriore annullamento della sentenza, che ha accolto la sua domanda» (enfasi originale). Come tale – per noi esatta – conclusione finisca tuttavia per porsi in contrasto con la premessa, abbracciata da Mattiolo, per cui, se la distrazione sia stata disposta a favore del procuratore, «il titolo del suo credito starà nella sentenza stessa» (196), risulta alquanto evidente.

⁽⁴⁹⁾ De Stefano, *op. cit.*, 115.

⁽⁵⁰⁾ Non si può, invece, aderire a Cass. 10 novembre 2006, n. 24052, in base a cui «quando alla condanna alle spese acceda il provvedimento di distrazione, il diritto così attribuito al difensore verso il soccombente ha natura e contenuto corrispondenti a quelli dell'analogo diritto spettante alla parte vittoriosa; (...) il credito del difensore mutua la qualità del credito del cliente e così compete al legale, nei confronti del soccombente, lo speciale privilegio che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2751-*bis* c.c. e art. 2749 c.c., assiste il credito per le spese giudiziali inerenti il procedimento esecutivo».

mato scovre da problematicità le questioni relative alla riconoscibilità ed alla eseguibilità in altri Stati.

Si immagini il caso in cui il soccombente nel processo italiano, condannato alla rifusione delle spese distratte a favore del difensore della parte vittoriosa, sia un soggetto allogeno o anche magari residente in Italia ma titolare di beni all'estero, su cui il distrattario intenda soddisfarsi. Ci si chiede, dunque, se il distrattario possa giovare dei regimi di riconoscimento ed esecuzione agevolati di fonte convenzionale o previsti dal diritto europeo nei rapporti tra gli Stati membri.

La natura non giurisdizionale del provvedimento di distrazione delle spese potrebbe indurre alcuni a negare ad esso il «privilegio» della circolazione agevolata, che è riservato alle «decisioni» in materia civile e commerciale.

Notoriamente, la problematica del riconoscimento è emersa in relazione ai provvedimenti di condanna alle spese che si formano nel processo di matrice anglosassone, specie quando il giudice togato si limiti ad accertare l'*an debeat* ed affidi la liquidazione delle spese all'ausiliario, un tempo (*Taxing*) *Master*, poi ridenominato *Costs Judge* a seguito della operazione di «cosmesi»⁽⁵¹⁾ compiuta dalla Woolf Reform.

La Cassazione è solita riconoscere la giurisdizionalità degli *orders* emanati dal *trial judge*, mentre dubita – perlomeno nei casi di provvedimenti provenienti da Stati terzi; poiché sin dalla versione originaria della Conv. Bruxelles del 1968, nella nozione ampia di «decisione» ricade invece anche la «decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere» – della giurisdizionalità della liquidazione effettuata dal *Master*, stante la natura amministrativa di tale organo e del regime del provvedimento da esso emanato⁽⁵²⁾.

(51) Così, C. Consolo, «Diritto sostanziale e processo» in un ideale dialogo tra Betti e Carnelutti, in questa *Rivista* 2007, 361 ss., 363.

(52) Così, in relazione al provvedimento di «*allocatur*» con cui il funzionario addetto (Deputy Registrar) alla Supreme Court di Hong Kong aveva certificato che quanto dovuto agli attori a titolo di spese ed onorari era stato determinato in presenza del Master, Cass. 13 dicembre 1999, n. 13932, in *Giust. civ.* 2000, I, 323 ss.; Cass., sez. un., 8 agosto 2002, n. 10965, in *Corriere giur.* 2002, 1197 ss., con nota di S. Corongiu, *Taxing Master inglese e deliberazione parziale del dictum straniero: spunti da una pronuncia delle Sezioni Unite*; cfr. Cass., sez. un., 1 luglio 2009, n. 15386, in *Int'l Lis* 2010, 13 ss., con nota di S. Giovannini, *Condanna generica alle spese processuali e litispendenza comunitaria sul giudizio concernente il quantum: il concetto di «pendenza» nel sistema del Reg. n. 44/2001*; in questa *Rivista* 2010, 1213 ss., con nota di R. Munhoz de Mello, *Il riconoscimento in Italia degli orders for detailed assessment of costs del diritto inglese e la pendenza del procedimento di detailed assessment*, che ascrive natura di autentica domanda giudiziale alla «notice of commence-

Si potrebbe ancora obiettare che la Corte di Giustizia, nel caso *Solo Kleinmotoren* (1994), ebbe a statuire che per «decisione» deve intendersi un provvedimento emanato da un organo giurisdizionale che statuisce su questioni controverse tra le parti e che la distrazione delle spese non pone capo a una lite tra difensore e il di lui cliente, tanto meno tra il distrattario e la controparte processuale dell'assistito.

A far propendere per la soluzione positiva, nel senso della piena circolazione comunitaria, è però la constatazione che anche a seguito della distrazione, che solo incide sulla titolarità del titolo esecutivo, questo rimane pur sempre costituito dal capo di condanna alle spese giudizialmente liquidate. Non potrebbe, perciò, in alcun modo dubitarsi della giurisdizionalità di cui si ammanta la condanna, nell'*an* e nel *quantum debeat*.

14. – Occorre ora prendere in esame un profilo squisitamente domestico alla base di una frattura giurisprudenziale solo più recentemente composta dalle Sezioni Unite.

La questione dubbia era se la proposizione della istanza di distrazione delle spese da parte del difensore munito di procura sia compatibile con il patrocinio a spese dello Stato o implichi invece una rinuncia a tale beneficio.

La Sezione lavoro della Cassazione, a partire dagli anni '70, si mostrò incline a ravvisare la incompatibilità tra i due istituti.

Non è arduo risalire alle matrici teoriche costitutivistiche di tale filone.

La distrazione delle spese, nel linguaggio pragmatico che connota i precedenti espressione di tale indirizzo, «crea in via eccezionale un rapporto obbligatorio tra il difensore della parte vittoriosa e la parte soccombente, in forza del quale il credito sorge direttamente a favore del primo nei confronti della seconda». La situazione creditoria che verrebbe costituita dal capo che dispone la distrazione delle spese sarebbe, a sua volta, «incompatibile con lo stato di non abbenza» dell'assistito che avrebbe «già trovato chi anticipa per lui le spese e non pretende l'onorario (avvocato distrattario)», in quanto potrà soddisfarsi sul patrimonio del soccombente⁽⁵³⁾.

ment of assessment of bill of costs» che determina l'avvio del «procedimento giudiziale» di liquidazione delle spese da parte del *costs judge*.

⁽⁵³⁾ Così, Cass. 6 marzo 2018, n. 5232; cfr. Cass. 7 giugno 1983, n. 3901, nel senso che la ammissione al patrocinio a spese dello Stato farebbe sorgere un rapporto tra il difensore e lo Stato e che il conferimento del mandato professionale al difensore, al fine di legittimarlo

Altra parte della giurisprudenza, invece, riteneva che la istanza di distrazione non rientri in alcuna delle circostanze tassative di revoca del beneficio del patrocinio a spese dello Stato e negava, perciò, che la istanza di distrazione formulata dal difensore incida, in senso ablativo o abdicativo, sul beneficio del patrocinio gratuito ottenuto dall'assistito⁽⁵⁴⁾.

Le Sezioni Unite, seppure all'esito di una ricostruzione storica dell'istituto della distrazione non poco condizionata e, in ultima analisi, fuorviata dalle teoriche costitutiviste («l'istanza di distrazione, previsione di carattere eccezionale, costituisce un diritto *in rem propriam* del difensore»), hanno infine aderito a quest'ultimo indirizzo: si è così ritenuto che l'istanza di distrazione delle spese di lite per onorari non riscossi ove pure formulata dal difensore di parte non abbiente ammessa a patrocinio a spese dello Stato non determina la decadenza dell'assistito dal beneficio del patrocinio gratuito⁽⁵⁵⁾.

In caso di vittoria della parte ammessa al beneficio, peraltro, il giudice dovrà disporre che il pagamento delle spese da parte del soccombente avvenga in favore dello Stato nel caso in cui, nel corso del processo, si dia dato atto della ammissione della parte vittoriosa al patrocinio gratuito. Così dispone l'art. 133, d.P.R. n. 115/2002. L'operare di tale disciplina, ne consegue, impedirà l'accoglimento della istanza di distrazione formulata dal difensore, che in virtù della ammissione del proprio assistito al patrocinio gratuito, avrà titolo a rivolgersi al concessionario dello Stato per il pagamento dei propri onorari, secondo il procedimento disciplinato dagli artt. 82 ss., d.P.R. n. 115/2002.

15. – Desta interesse, poiché sembrerebbe rivitalizzare la antica tesi della cessione forzosa del credito alle spese della parte vittoriosa al difensore distrattario, l'orientamento recente della Cassazione, secondo cui il fallimento della parte assistita (sopravvenuto alla proposizione del ricorso per cassazione e di cui, nella specie, il difensore del fallito aveva dato atto con la memoria *ex art. 380-bis.1 c.p.c.* in uno alla istanza *ex art. 93 c.p.c.*) precluderebbe la distrazione delle spese: se è palese, così si è ragionato, che il fallito non può disporre liberamente del diritto di credito alla rifu-sione delle spese di lite a lui spettante in caso di successo nella causa, «se ne deve inferire che nemmeno può sopravvivere a tale evento il potere di disposizione di quel diritto eccezionalmente attribuito dalla legge al difen-

alla proposizione della istanza di distrazione delle spese, renderebbe inefficace la istanza per ottenere il patrocinio a spese dello Stato.

⁽⁵⁴⁾ Cass. 31 luglio 2014, n. 17461.

⁽⁵⁵⁾ Cass., sez. un., 26 marzo 2021, n. 8561.

sore in forza della procura precedentemente conferita e non ancora esercitata prima del fallimento del cliente»⁽⁵⁶⁾.

Una volta, però, che si riconosca la inidoneità della distrazione delle spese a dar luogo a un fenomeno traslativo del credito alle spese maturato dalla parte vincitrice, potrà con relativa sicurezza escludersi che l'istanza di distrazione sottenda un atto dispositivo o anche solo di esercizio di tale diritto di credito, suscettibile di interferire con gli effetti sostanziali della apertura della procedura concorsuale e con le prerogative del curatore fallimentare o liquidatore giudiziale. Potrebbe semmai destare qualche apprensione il fatto che, almeno a prima vista, a un creditore particolare del fallito, quale il difensore distrattario pur sempre rimane, sarebbero schiuse le porte ad una azione esecutiva individuale, questa sì in potenziale deroga alla *par condicio creditorum* e alla disciplina inderogabile della distribuzione concorsuale. Senonché anche a tale possibile e *prima facie* ben più solida obiezione verrebbe a mancare il necessario sostegno, non appena si ponga mente al fatto che il soggetto passivo della azione esecutiva promossa dal difensore distrattario non sarà affatto il cliente vittorioso ma dovrà essere individuato, esclusivamente, nella controparte del fallito, rimasta soccombente nel processo definito dal provvedimento recante il capo di condanna alle spese, intestato al distrattario per quanto di ragione. Il processo esecutivo individuale promosso ad impulso del distrattario, perciò, potrà proseguire (salvo ammissione allo stato passivo e concorso al riparto della parte del credito privilegiato eccedente l'ammontare delle spese liquidate) perché non ha ad oggetto «beni compresi nel fallimento» né coinvolgerà, esponendolo a diminuzioni, il patrimonio del fallito. Il fruttuoso esercizio della azione esecutiva nei confronti della controparte soccombente del fallito avendo piuttosto l'unico effetto di estinguere il debito del fallito nei confronti di un creditore privilegiato.

16. – Giova in ultimo soffermarsi sui profili attinenti alla instaurazione del contraddittorio, nel caso in cui il giudice non abbia provveduto sulla istanza di distrazione e il difensore dichiaratosi antistatario solleciti la pronuncia sulla istanza di distrazione, secondo le forme del procedimento di correzione degli errori materiali della sentenza. Vi è in proposito un contrasto giurisprudenziale.

Secondo il più recente indirizzo di legittimità, se la Cassazione abbia o meno di pronunciarsi sulla istanza di distrazione formulata dal difensore del ricorrente, il ricorso proposto dal difensore in proprio *ex art. 391-bis*,

⁽⁵⁶⁾ Cass. 23 dicembre 2022, n. 37719.

comma 1°, c.p.c. non andrebbe notificato alla parte assistita, ma solo alla controparte soccombente. E tanto, si ragiona, in virtù del fatto che il difensore distrattario agirebbe pur sempre in qualità di rappresentante tecnico della parte vittoriosa e sulla base della procura speciale conferitagli per il giudizio di legittimità, «dove la non configurabilità di un dovere di notifica nei confronti della parte da lui rappresentata»⁽⁵⁷⁾.

L'opposto indirizzo della Cassazione professa invece che «concernendo la correzione sia la posizione del soggetto passivo della condanna nelle spese, sia quella del soggetto attivo, riguardo al quale il difensore esercitò il suo ministero, il ricorso (o l'istanza) debbono essere notificati all'uno e all'altro», a pena di inammissibilità del ricorso per correzione, se il difensore non ottemperi all'ordine di integrazione del contraddittorio⁽⁵⁸⁾.

Crediamo che il contrasto debba risolversi a favore dell'orientamento garantista, più aderente alla cornice del procedimento di correzione e meglio idoneo a riflettere la contrapposizione degli interessi in gioco, a rischio di rimanere invece offuscata dal richiamo alla sufficienza della procura rilasciata per il giudizio definito dal provvedimento recante la condanna alle spese ed alla inautonomia dell'incidente di correzione. Va considerata, infatti, la incidenza che l'accoglimento della istanza di correzione pur sempre avrà sulla titolarità del titolo esecutivo, e che potrebbe tradursi nell'impedimento per la parte vittoriosa ad avvalersi, a fini esecutivi, della sentenza sorda inizialmente alla istanza del difensore dichiaratosi antistatario.

Pur se la distrazione delle spese è un *atto dovuto*, e inidoneo ad assicurare al rango di *statuizione* su una *res in iudicium deducta* sostanziale, non sono certo questi sufficienti argomenti per dubitare che la decisione sulla istanza di correzione richieda la preventiva instaurazione del contraddittorio tra tutti gli interessati, allorché la correzione non sia da tutti sollecitata con istanza unitaria: parti del processo definito dal provvedimento che ha omesso di ordinare la distrazione e difensore autore della istanza di distrazione non accolta⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ Cass. 31 maggio 2023, n. 15302; Cass. 25 agosto 2023, n. 25308.

⁽⁵⁸⁾ Cass. 14 dicembre 2022, n. 36579; per un caso ortodosso, in cui il ricorso per correzione della omessa distrazione delle spese del grado di legittimità, proposto in proprio dall'avvocato dichiaratosi distrattario, è stato notificato alla parte assistita nonché alle altre parti del giudizio di cassazione, Cass., sez. un., 17 novembre 2019, n. 31033.

⁽⁵⁹⁾ Recentemente, Cass. 15 luglio 2024, n. 19327 ha ritenuto immune da vizi la sentenza di appello, siccome integrata dal provvedimento di correzione, con cui la commissione tributaria regionale aveva ordinato la distrazione delle spese a favore del difensore della parte vittoriosa, nonostante l'omessa notificazione della istanza di correzione alla controparte. Nel respingere il ricorso per difetto di interesse ad impugnare, la Cassazione

Si avrà, in questo caso, una situazione speculare a quella che si verifica quando sia la parte assistita a chiedere, ai sensi dell'art. 93, comma 2°, con le forme stabilite per la correzione delle sentenze, la revoca della distrazione disposta a favore dell'antistatario: fattispecie in cui, lo si vide, non si può dubitare che il difensore assuma la qualità di parte.

ha motivato che il ricorrente non aveva prospettato «quale danno possa derivarle dal versare le somme che è stata condannata a pagare per le spese di lite ad un soggetto piuttosto che ad un altro». Sembrerebbe riaffiorare potente da questo arresto la logica del «pregiudizio effettivo» quale presunto argine a impugnazioni deducenti *errores in procedendo*. In realtà, e a tacer del fatto che tanto il soccombente (in ragione delle eccezioni spendibili nei confronti della controparte, anziché del suo difensore) quanto la parte vittoriosa, la quale abbia ad es. già promosso l'esecuzione nei confronti del soccombente, potrebbero avere interesse a evitare immutazioni del titolo esecutivo, anche in dottrina è dubbio che l'*error in procedendo*, verificatosi in seno all'incidente di correzione, sia di per sé deducibile ai sensi dell'art. 288, ult. comma, c.p.c. Lo esclude M. Acone, *Riflessioni sul rapporto tra la correzione degli errori materiali ed i mezzi di impugnazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1980, 1297 ss., 1351, nota 92, che definisce «innocuo» l'esercizio del potere di correzione, seppur «scorretto», quando preceduto da un «*error in procedendo* che non abbia generato alcun effetto sulla sostanza del provvedimento»; Id., voce *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice: I Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, IX, 10; il cui pensiero è riportato da S. Boccagna, *Errore materiale e correzione dei provvedimenti del giudice*, Napoli 2017, 277, nota 79. Si v. anche Cass. 12 maggio 2023, n. 12966: questa pronuncia, da un lato, ha ammesso il ricorso straordinario ex art. 111, comma 7°, Cost., contro l'ordinanza che, qualificata come omissione di pronuncia anziché errore materiale emendabile, la mancata liquidazione degli accessori in favore dell'avvocato, rigetti l'istanza di correzione; dall'altro lato, però, ha rigettato siccome inammissibile il motivo di ricorso straordinario deducente vizi del procedimento (in specie, la mancata concessione di un termine per memoria di replica) «senza che sia stata rilevata l'incidenza sull'esito del sub-procedimento avviato»; *contra*, nel senso che la riproponibilità della istanza di correzione esclude il ricorso straordinario contro l'ordinanza di rigetto della correzione, Cass. 15 maggio 2024, n. 13360. Pare discutibile che gli effetti del potere di correzione, quando non esercitato nei modi prescritti dalla legge e, quindi, senza il rispetto del contraddittorio, vadano soggetti a convalida. Nega in *apicibus* che l'omessa pronuncia sulla istanza di distrazione delle spese sia correggibile, G.P. Califano, *La correzione dei provvedimenti del giudice togato e degli arbitri*, in *DPCleC* 2024, 26 ss., 44 e nota 52, ove il richiamo al criticabile indirizzo della Cassazione, che soleva negare la automatica consequenzialità della distrazione alla semplice istanza, ritenendo necessaria una verifica giudiziale in ordine alla entità delle anticipazioni effettuate dal difensore. Nulla esclude, per tornare ora al procedimento di correzione, che difensore dichiaratosi antistatario e parte da lui assistita proponano unitario ricorso per correzione, come avvenuto nel caso deciso da Cass. 10 luglio 2024, n. 18894; si può discutere se il contraddittorio sia validamente instaurato, nel caso in cui il ricorso per correzione, notificato al soccombente, sia proposto dalla sola parte vittoriosa, ma con l'assistenza del difensore dichiaratosi antistatario, come nel caso deciso da Cass. 9 luglio 2024, n. 18806; *contra*, Cass. 3 maggio 2024, n. 11884, secondo cui la parte assistita difetta di legittimazione a richiedere la correzione della omessa distrazione, dovendo il ricorso essere proposto dal difensore in proprio (nella fattispecie la correzione è stata disposta d'ufficio).

STORIA E CULTURA DEL PROCESSO

ANTONIO PUNZI

Professore ordinario nell'Università LUISS Guido Carli

ELIO FAZZALARI TEORICO DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Il diritto come ordine. – 2. Storicismo e ragione pratica. – 3. Valore e certezza nell'interpretazione. – 4. Le forme della scienza e la sostanzialità del diritto. – 5. Procedimento e (giusto) processo.

«Noi viviamo certo nel diritto, partecipiamo all'ordinarsi della realtà. Ma il diritto non comincia con noi: quest'ordine noi che lo realizziamo spontaneamente ovvero il giudice che lo realizza nel giudizio e finanche il legislatore, non lo creiamo dal nulla. Prima del giudizio del magistrato, prima della azione c'è appunto la norma che è legge dell'ordine cui noi partecipiamo» (1).

1. – Nel pensiero del Maestro del diritto processuale civile Elio Fazzalari possono rinvenirsi svariati profili di rilevanza filosofica, se non addirittura i tratti di una vera e propria teoria del diritto.

Di una tale teoria, invero, non è facile offrire un quadro esaustivo e ciò per due ordini di ragioni. Si tratta, anzitutto, di una teoria del diritto complessa, costituita di molte parti che rimandano l'una all'altra e che non è agevole considerare partitamente.

Vi è poi un ulteriore ostacolo: la teoria del diritto di Fazzalari va ricostruita da opere diverse per contenuto e, si direbbe, per genere letterario: dalle *Istituzioni di diritto processuale* (2) alla *Introduzione alla giurisprudenza* (3), dalle varie versioni della prolusione perugina su *Procedimento e processo* – poi divenuta celebre (e di recente discussa) voce di due

(1) C. Punzi, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano 1963, rist. Milano 2022.

(2) E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova 1975.

(3) Id., *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova 1974, ora in *Conoscenza e valori. Saggi*, 2^a ed., Torino 2004, 71 ss.

prestigiose Enciclopedie ⁽⁴⁾ – ai molti studi monografici ⁽⁵⁾ e interventi a congressi, fino alle opere più risalenti o addirittura giovanili come le dotte *Note in tema di diritto e processo* ⁽⁶⁾ o il profilo sistematico sulla *Giurisdizione volontaria* ⁽⁷⁾.

Può dirsi anzitutto, in termini generalissimi, che la visione di Fazzalari è improntata ad una rivendicazione vibrante dell'umanità e razionalità del diritto, in cui si esprime la sua passione di giurista e di cittadino ed in specie la sua lotta contro il disordine e l'irrazionale in nome della difesa del diritto, inteso in senso oggettivo come ordine delle relazioni e come sistema dei concetti ⁽⁸⁾.

Non si tratta, beninteso, di una difesa dell'ordine costituito. L'ordine per Fazzalari non è iscritto nella natura né nella ragione né nella sola lettera della legge positiva, ma va continuamente cercato. E può essere ritrovato – perché il diritto è mondo di incertezze, non di affabulazioni – benché sempre come ordine *pro tempore*.

La sua ricerca è animata da un personalissimo vigore intellettuale, che si coglie ad esempio nella propensione a ripensare alcune dicotomie su cui la dottrina, almeno in teoria del diritto, nei decenni successivi al secondo dopoguerra, si è spesso adagiata: giusnaturalismo e positivismo, normativismo e realismo, formalismo e antiformalismo, concettualismo e teleologismo. Fazzalari esamina tali coppie concettuali, ne decostruisce il senso, e ciò non per amor di polemica ma perché intimamente convinto che sia legittimo fare teoria solo rimanendo aderenti all'oggetto.

2. – Quella di Fazzalari è anzitutto una teoria del diritto positivista.

Nessuna concessione al giusnaturalismo – che, pure, favorito dai sensi di colpa del secondo dopoguerra, aveva goduto di una certa reviviscenza. I valori per Fazzalari sono iscritti nella storia. Il che, però, non lo fa scivolare nella palude del relativismo scettico. Il suo è uno storicismo sostenuto da una fiducia nella razionalità pratica – che, come in Alessandro Giuliani, ha il fulcro nell'argomentazione dialettica ⁽⁹⁾ – e dalla fiducia

⁽⁴⁾ Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 822 ss.; *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino 1996, 648 ss.

⁽⁵⁾ Tra i tanti v. ad es. Id., *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano 1960.

⁽⁶⁾ Id., *Note in tema di diritto e processo*, Milano 1975.

⁽⁷⁾ Id., *La giurisdizione volontaria. Profilo sistematico*, Padova 1953.

⁽⁸⁾ V. ad es. Id., *Valori permanenti del processo*, in questa *Rivista* 1989, 10. D'altronde, «la forma "processo" non è soltanto uno strumento a tal fine, ma costituisce essa stessa, essa per prima direi, un valore positivo» (*ivi*, 2).

⁽⁹⁾ Con riferimento a Giuliani, scriveva Paolo Grossi: «La dialettica gli si palesava

nella scienza, nella funzione ordinatrice svolta dalla comunità scientifica grazie alla progressiva formazione, su questioni di rilievo teorico o pratico, di una *communis opinio* ⁽¹⁰⁾. Una posizione, questa, che sembra consonante con le migliori acquisizioni dell'epistemologia del suo tempo, se è vero che nei primi anni '60 Thomas Kuhn ne *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* rifletteva proprio sulla comunità degli scienziati come luogo in cui si formano e si trasformano i paradigmi della conoscenza ⁽¹¹⁾.

Quello di Fazzalari è poi un positivismo di marca normativistica. Non lo convince l'istituzionalismo di Santi Romano – per lui l'organizzazione

come il sentiero grazie al quale lo scienziato approda alla riva del probabile senza rinnegare il magma pratico da cui era scaturito il miracolo del giuridico, In tale sua veste la dialettica era un salvataggio duplice, della prassi, che non si impantanava nella palude dell'atomismo effimero della fattualità, e della verità, alla quale assicurava fondazioni più sicure. E da queste scelte che prende consistenza il filone di fondo del pensiero (filosofico-giuridico e tecnico-giuridico) di Alessandro, quello che costituirà una dorsale del suo svolgimento mai abbandonata: il diritto come controversia. È, infatti, alla controversia che egli dedica la *summula* della sua maturità di studioso, ed è qui – più che altrove – che si manifesta la pienezza del suo messaggio. Il diritto come controversia, la logica giuridica intesa come teoria della controversia con i suoi irriducibili risvolti etici, perché è particolarmente nella controversia che si ha il recupero pieno della storicità del diritto» (P. Grossi, *In apertura*, in F. Cerrone, G. Repetto (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica tra logica ed etica*, Milano 2012, 6).

Andando al di là della fortissima mozione degli affetti, va sottolineato che Fazzalari condivide solo in parte la celebre e dottissima rivalutazione dell'ordine isonomico classico magistralmente operata da Giuliani. Si legge ad esempio: «Il modello dell'*ordo iudiciarius* è ricco di pregi, ma non privo di difetti. Esso è improntato anche a logica argomentativa, e realizza un contraddittorio in senso forte, foriero, per i litiganti, di *iura naturalia*, intesi anche in senso oggettivo come canoni e istituti), e volti al fine di raggiungere verità, sia pure meramente probabili. Si celebra innanzi ad un giudice non burocrate, a sua volta aperto alla persuasione su verità di tal fatta, ed esperto, quanto al metro di giudizio, in adattamenti del diritto comune. Sul rovescio della medaglia è incisa la estenuante lungaggine del processo» (E. Fazzalari., *Valori permanenti del processo*, 6). Sui presupposti filosofici dell'*ordo iudiciarius*, v. A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987, 3-37, nonché N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, il quale, ad esempio, con riferimento all'età comunale scrive che «il ruolo del giudice rifletteva una concezione del diritto come sapere universale, comune. Il diritto rappresentava, in definitiva, il risultato di un lento lavoro di razionalizzazione dei precedenti, tendente all'organizzazione del consenso, non la manifestazione di volontà di un sovrano. In assenza di un rigoroso sistema predeterminato, il giudice, a volte assistito dall'esperto in diritto (*consilium sapientis*) – esercitava un ruolo più vicino a quello di un mediatore e di un arbitro imparziale, che a quello di un funzionario o di un burocrate che traduce *tout court* la volontà del suo sovrano» (*ivi*, 31).

⁽¹⁰⁾ «La procedura impiegata per la convalida delle conoscenze scientifiche ha sempre carattere dialettico (lo stesso che lo Stagirita attribuiva al discorso sull'etica)» (Id., *Conoscenza e valori*, in *Conoscenza e valori*, cit., 4).

⁽¹¹⁾ T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, rist., Torino 2009. «Ciò che sappiamo di questa o quella scienza – scrive Fazzalari – è costituito da opinioni che prevalgono *pro tempore* fra i competenti» (Id., *Conoscenza e valori*, cit., 3).

presuppone la norma, che poi è anche l'argomento di Bobbio⁽¹²⁾ – ed invero non lo convince neanche la valorizzazione del diritto dei privati magistralmente operata da Cesarini Sforza e da Salvatore Romano (e di recente riportata in auge da Paolo Grossi⁽¹³⁾). L'ordinamento statale per Fazzalari non si limita a riconoscere il diritto dei privati, ma, nel regolarne l'attività, rimanda al contenuto della loro volontà: l'atto del privato, semmai, è oggetto di rinvio recettizio.

Dato atto della sua chiara professione di fede normativistica, non sorprende di certo la critica di Fazzalari al realismo giuridico, sia nella versione americana che in quella scandinava (la norma come mera direttiva, il diritto come previsione di ciò che faranno i tribunali, ecc.)⁽¹⁴⁾.

Più sorprendente – almeno ad una prima lettura – è il fatto che il normativista Fazzalari prenda le distanze dal più noto esponente del normativismo novecentesco, cioè Hans Kelsen. La sua critica colpisce tutti gli elementi caratteristici della «Dottrina pura»: il primato dell'ordinamento sulla norma, la costruzione a gradi dell'ordinamento, la tipologia monistica che ammette solo norme sanzionatorie, i giudici come destinatari della norma, la definizione della sentenza come norma individualizzante⁽¹⁵⁾. Tutto ciò non è compatibile con la visione del diritto di Fazzalari quale già si annuncia nelle *Note in tema di diritto e processo* del '58.

3. – In ogni caso, benché non kelseniano, Fazzalari si proclama positivista. E se parla e scrive di crisi del positivismo è solo con riferimento al formalismo interpretativo. Il giurista non può dirsi seriamente formalista

⁽¹²⁾ «processo di istituzionalizzazione e produzione di regole di condotta non possono andare disgiunti: se istituzione equivale a ordinamento giuridico, ordinamento giuridico equivale a complesso di norme» (N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 21).

⁽¹³⁾ E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, cit., 27-28 e 35. Il riferimento naturalmente è a W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, rist. Milano 1962; S. Romano, *Autonomia*, in *Frammento di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 14 ss.; S. Romano, *Ordinamenti giuridici privati*, Milano 1955. Più di recente, v. P. Grossi, *Società diritto stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 210 ss.

⁽¹⁴⁾ V. ad es. E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova 1984, 105-107. Nella lettura del realismo americano, il riferimento per Fazzalari è anzitutto G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, rist., Roma 2023. V. anche Id., *Realismo giuridico*, in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, 51 ss.

⁽¹⁵⁾ E. Fazzalari, *La giurisdizione Volontaria*, Padova 1953, 14-15 e *Note in tema di diritto e processo*, Milano 1957, 18, 23, 28 ss. Scrive Kelsen: «La così detta funzione giurisdizionale è piuttosto totalmente costitutiva, è produzione di diritto nel vero senso della parola. (...) La sentenza è di per se stessa una norma giuridica individuale, l'individualizzazione o concretizzazione della norma giuridica generale e astratta, la continuazione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale»: H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, rist., Torino 1984, 109.

perché nell'interpretazione sono sempre in gioco i valori, il che accade non solo quando si tratta di integrare assiologicamente i concetti-valvola.

Sull'interpretazione per valori, tema che da sempre ha acceso il dibattito⁽¹⁶⁾, naturalmente bisogna intendersi. Per Fazzalari compito del giurista è «coerenzare i valori, cioè esplicitare i cambiamenti della norma nel rispetto dei fondamenti dati»⁽¹⁷⁾. Il giurista, dunque, guarda al valore, ma al valore sotteso alla norma e ne registra i mutamenti di significato nel costume di una comunità. Può al limite considerare i nuovi valori, ma a condizione che possano integrarsi nel sistema⁽¹⁸⁾.

Nessuna apertura, dunque, nei confronti delle tante versioni del giuriberismo (da von Bülow a Kantorowicz, fino al c.d. «uso alternativo del diritto»)⁽¹⁹⁾, che pure a Fazzalari appaiono persuasive nella *pars destruens*. Nessuna apertura anzitutto per una ragione teoretica: esse perpetuano l'errore dell'idealismo⁽²⁰⁾ – a suo avviso rinvenibile anche nella coraggiosa impresa intellettuale di Emilio Betti⁽²¹⁾ – secondo cui interpretare sarebbe rivivere e ricreare⁽²²⁾. La stessa formula «interpretazione creativa» – quale che sia il parametro di riferimento: la legge di natura, l'equità, una qualsi-

⁽¹⁶⁾ Il dibattito è esploso negli anni della crisi del positivismo giuridico, ad esempio con R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, rist., Milano 1988; L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna 1985; F. Modugno, *Interpretazione giuridica. L'oggetto*, I, Padova 2015.

Finissima è la critica dell'interpretazione per valori formulata da N. Irti, del quale v. ad es. *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.* 2014; *La crisi della fattispecie*, in questa *Rivista* 2014; *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.* 2015. In chiave costituzionalistica, v. M. Luciani, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino 2007.

⁽¹⁷⁾ E. Fazzalari, *Diritto positivo e comunità dei giuristi*, in *Conoscenza e valori*, cit., 20.

⁽¹⁸⁾ Un passo rende bene l'idea del modo in cui Fazzalari concepisce il rapporto tra diritto e valori: «La dialettica dell'interpretazione prende le mosse dal valore giuridico di cui si tratti, per verificarne la portata, risalendo vuoi alle ragioni che hanno portato alla sua canonizzazione vuoi all'assetto conoscitivo che, da principio, ha dato luogo al valore; istituisce il raffronto fra il valore *de quo* ed altri valori giuridici coesistenti, onde trarre conferma o, quando si profili un contrasto, reperire il valore prevalente nel sistema giuridico dato, secondo il "senso" del medesimo; prende in considerazione anche valori sociali più evoluti, ma non ancora normativizzati, e, se congruenti con la norma data, l'impiega per adeguarla al presente; giudica, inoltre, se e quali valori ancora non sussunti nel diritto siano compatibili *pro tempore* con il senso del sistema e dunque idonei a integrarlo, cioè a colmare lacune» (Id., *Conoscenza e valori*, cit., 12 s.).

⁽¹⁹⁾ Id., *Note in tema di diritto e processo*, cit., 20 ss.; *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 105-111; *Giudici, diritto, storia*, in *Conoscenza e valori*, cit., 28. Cinquant'anni fa uscivano i due celebri volumi curati da P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, Bari 1973, rispettivamente *Scienza giuridica e analisi marxista* e *Ortodossia giuridica e pratica politica*.

⁽²⁰⁾ E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 105 ss.

⁽²¹⁾ V. ad es. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2^a ed., Milano 1971.

⁽²²⁾ E. Fazzalari, *Giudici, diritto, storia*, cit., 29.

voglia ideologia – non si addice al giurista. L'interprete non può e non deve fornire un apporto creativo consistente in valutazioni che trascendano lo spettro di valore della norma data⁽²³⁾. E ciò in quanto il valore primo da proteggere è la certezza, intesa almeno come prevedibilità e traccia di umanità del diritto. «La fedeltà alla legge – egli scrive – è la misura dell'operare dei giuristi e la loro comunità ne è garante»⁽²⁴⁾.

Se, dunque, il dovere del diritto è confinare l'irrazionale, se il diritto è mondo dell'incertezza ma non dell'affabulazione⁽²⁵⁾, va individuato un parametro che guidi l'interprete nel rapporto coi valori. Perché ciò sia possibile bisogna anzitutto che in tema di valori la logica lasci spazio all'argomentazione non dimostrativa e solo generatrice di consenso.

Fazzalari guarda in tal senso all'interpretazione operata dalla Corte costituzionale⁽²⁶⁾, precisando però che i valori non andranno mai rinvenuti al di là della costituzione, ma al limite nella costituzione materiale nel senso di Mortati⁽²⁷⁾. Persino quando si fa interpretazione adeguatrice, ci si sta adeguando a valori che si trasformano con il movimento della storia.

È vero che per Fazzalari la storia è contraddittorio, processo per la convalidazione dei valori, ma rimane ferma la sua fiducia nel valore della certezza. L'interpretazione ha un suo intrinseco dinamismo, ma, ad evitare che questo divenga pretesto per disarticolare l'architettura del sistema, bisogna far leva sui dispositivi di controllo, istituzionali e non: anzitutto, evidentemente, il sistema delle impugnazioni – a tutela dei litiganti e in funzione nomofilattica – ma anche il lavoro svolto dalla scienza giuridica⁽²⁸⁾. Fazzalari nutre una profonda fiducia nella comunità dei giuristi,

⁽²³⁾ «Che spetti al giudice di “concretare” la norma rispetto al singolo atto è sofisma già discusso e respinto. Perfino dov'è ammessa, da parte del giudice, la “creazione” di norma in occasione del caso concreto, essa deve rispondere – lo si è rilevato – all'esigenza di tipicità, deve cioè porre un valore generale o generalizzabile» (Id., *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 157).

⁽²⁴⁾ Id., *Diritto positivo e comunità dei giuristi*, cit., 21.

⁽²⁵⁾ «La interpretazione della legge non può darsi ma per certa, è vero: ma almeno essa deve essere prevedibile. Prevedibilità della legge e prevedibilità della sua lettura per via di un'opera coerente della giurisprudenza, realizzano l'esigenza di fondo dell'esperienza giuridica, cioè caratterizzata da norme: *'de prima dignitate, ut certae sint'*. Qui stanno la radice del positivismo giuridico e, a me pare, il suo umanesimo» (Id., *Introduzione alla giurisprudenza*, 112-113).

⁽²⁶⁾ Id., *Giudici, diritto, storia*, cit., 30.

⁽²⁷⁾ «L'attività interpretativa di tale giudice si applica tanto ai canoni della Costituzione, che gli servono da metro, quanto alla legge che ad essi vada raggugiata. Quanto ai canoni costituzionali, la Corte non si limita alla considerazione della singola norma, ma ne ricerca, non solo sul piano semantico, ma anche e soprattutto su quello dei valori, la effettiva portata, in correlazione con tutti gli altri canoni» (Id., *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 103).

⁽²⁸⁾ Id., *Giudici, diritto, storia*, cit., 38.

nella sua capacità di filtrare l'interpretazione più corretta, nel suo contributo all'opera del legislatore – ufficio che lo ha impegnato in prima persona – e soprattutto nella sua capacità di edificare il sistema.

4. – Anche sul tema della conoscenza del diritto e della sistemazione dei concetti può essere utile smarcarsi da alcune classificazioni. La scienza giuridica per Fazzalari è attività sia teorica che pratica, non è scienza, neanche nell'accezione di scienza pratica prescelta da Pugliatti⁽²⁹⁾. Ma soprattutto va a suo avviso superata la contrapposizione tra concettualismo e teleologismo. Concetto e scopo sono infatti compresenti nello spettro dell'interpretazione e il compito dell'interprete sta proprio nel ricondurre al sistema la norma, che però include anche i valori e dunque la *ratio*⁽³⁰⁾.

Fazzalari prende molto sul serio la fatica della scienza giuridica sul concetto. Pensiamo alla sua teoria delle forme: il giurista anzitutto illustra il contenuto delle norme, poi estrae da esse le forme (diritto soggettivo, procedimento, ecc.), poi assesta i contenuti in quelle forme e da esse ridiscende per chiarire meglio gli stessi contenuti⁽³¹⁾.

E questa complementarità tra forma e contenuto rende l'idea di come ogni teoria per Fazzalari debba basarsi su una puntuale disamina del contenuto del diritto positivo, per poi elevarsi a livello delle forme, così da consentire anche di cogliere – comparativamente – gli elementi che accomunano più ordinamenti.

Il punto è che l'errore di impostazione consistente nel fare una teoria senza conoscere il diritto positivo Fazzalari lo rinviene niente di meno che in Hans Kelsen, preso di mira già nel contesto della critica di Fazzalari alla riduzione del diritto al momento giurisdizionale. Come ben noto, per Fazzalari non è l'azione il parametro del diritto ma questo il presupposto di quella. Di qui una critica a tutta quella dottrina che, sulla scia del libro di Windscheid sull'*actio*⁽³²⁾, passando per von Bülow e Binder, arriva fino a Kelsen e di lì influenza in modo significativo la dottrina anche italiana.

⁽²⁹⁾ S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Milano 1968.

⁽³⁰⁾ E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 81 e 94 ss.

⁽³¹⁾ Id., *op. ult. cit.*, 116 ss.

⁽³²⁾ B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1956 (ed. cit. dall'a.). «L'affermazione che tutto l'ordinamento classico si basava sulle facoltà di pretendere la tutela giudiziaria ha esercitato, ora immediatamente, ora mediatamente, un forte impulso verso una *reductio* del diritto all'azione e, più in generale, del fenomeno giuridico al momento della tutela, dell'ordinamento al processo». E ancora: «Se non si giungerà a dire che tutte le concezioni che riducono il diritto al processo siano rami dello stesso albero, non si vorrà tuttavia negare che, sia pure nel quadro di imposta-

L'errore, ad avviso di Fazzalari, sta in ciò, che, ponendo al centro l'azione, viene obliterata la differenza tra una teoria generale speculativa ed una che conosce e ordina i contenuti mutevoli di un dato ordinamento.

Un esempio per tutti: la riduzione di tutte le norme al tipo delle norme sanzionatorie, che hanno i giudici come destinatari, non corrisponde alla realtà. La norma regolatrice del comportamento si concreta in valutazioni di concrete condotte non al sopravvenire della sentenza bensì all'insorgere delle fattispecie fissate nelle norme medesime. Le norme che regolano l'attività giurisdizionale presuppongono l'operatività in concreto delle norme sostanziali. Le due sfere certo coesistono, ma quella sostanziale è il *prius* logico di quella processuale⁽³³⁾. E il processo è meccanismo che attua garantisce, accerta, sanziona le norme sostanziali. La norma dunque è canone di valutazione che si rivolge al variegato insieme dei soggetti (non solo il giudice ma anche il privato, l'amministrazione, lo stesso legislatore) che si trovano nelle condizioni descritte dalla norma.

5. – Fazzalari, dunque, è un processualista che contesta la riduzione del diritto al momento giurisdizionale e si conferma in questo convincimento nello sviluppo della sua teoria generale del processo, che, com'è noto, ha un *topos* nella coppia procedimento/processo.

La questione è di particolare rilievo, non solo in relazione al pensiero di Fazzalari, e non sta certo al filosofo del diritto individuare ragioni e torti della definizione – elaborata a partire dalla lezione di Aldo Maria Sandulli⁽³⁴⁾ – del processo come *species* del procedimento, il cui elemento di

zioni generali fra loro differenti e attraverso esperienze diversissime, quelle concezioni si colleghino, a volte inconsapevolmente, al filone che mette capo al maestro di Greifswald» (E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, cit., 15).

⁽³³⁾ Scrive Fazzalari: «La centralità del processo può e deve essere proposta in un altro senso, cioè in base alla sua struttura dialettica ed ai contenuti che la permeano. Anche Capograssi ha avvertito che a tale struttura, più che a qualsiasi altra, sono intrinseche ragione e sistematicità del conoscere e dell'agire: strumenti e garanzie irrinunciabili, la cui difesa da parte del filosofo abruzzese è oggi più attuale di ieri, a petto dell'irrazionalismo e dell'asistematicità che serpeggiano fra i cosiddetti operatori del diritto, dottrinari e giudici in testa. (Ve ne sono, perfino, che osano ammantarsi di 'giusnaturalismo, come se quest'ultimo non si fondasse, da sempre, sulla ragione» (Id., *Valori permanenti del processo*, cit., 10).

⁽³⁴⁾ A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940, a proposito del quale ha scritto di recente Aldo Sandulli: «Egli costruì il procedimento come fattispecie, valorizzando una nozione formal-strutturale del medesimo, ai sensi del quale era l'effetto giuridico, derivante dalla completezza della fattispecie, che caratterizzava il fenomeno procedimentale, con la conseguente non prevalenza dell'atto finale sugli altri atti che componevano la fattispecie, bensì dalla paritaria collaborazione tra i diversi atti al fine della realizzazione dell'effetto giuridico» (A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano 2009, 249 s.

stintivo starebbe nella partecipazione al contraddittorio⁽³⁵⁾. Né compete al filosofo del diritto esprimere un giudizio sull'individuazione del processo giurisdizionale come *subspecie* della più ampia categoria di processo o valutare se davvero tale impostazione comporti una svalutazione della terzietà ed imparzialità del giudice⁽³⁶⁾.

A tal proposito, però, un indizio significativo può essere utilmente richiamato. Approvata, sul finire del secolo scorso, la modifica dell'art. 111 Cost. ed introdotte nel suo dettato alcune parole-chiave intrise di filosofia quali «giusto processo», «contraddittorio», «parità», «giudice terzo ed imparziale», Fazzalari ebbe modo di affermare – ad esempio in occasione della giornata lincea dedicata proprio al «giusto processo»⁽³⁷⁾ – che «il II comma altro non è che la ripetizione della definizione di processo» e l'imparzialità «non è una conquista dell'art. 111 perché *abbiamo sempre detto questo, abbiamo sempre pensato questo*».

⁽³⁵⁾ Il dibattito sul punto è stato acceso di recente da un saggio di A. Panzarola (*Processo, procedimento e iudicium (breve osservazioni a margine di una celebre dottrina)*. Invito al dibattito, in *Il processo 2021*, ora in *Principi e regole in tema di utilitarismo processuale*, Bari 2022, 175 ss. Scrive Panzarola: «L'opinione che espelle dai *substantialia* del processo la neutralità del soggetto che vi sovrintende (per assegnarla, *more geometrico*, nel 'processo giurisdizionale', ad altro pur connesso dominio) fa subire al processo una specie di decapitazione, in quanto gli nega la sua più alta, connaturata e necessaria manifestazione. Semplicemente lo depaupera di quanto lo anima e, per così dire, ne scolpisce la natura di *iudicium*» (*ivi*, 179). E ancora: «Si assiste allora nella teorica fazzalariana ad una dislocazione della neutralità in altro luogo: dal processo in quanto tale, ad una *species* di esso, il processo giurisdizionale (con la neutralità che, mentre è estirpata dal processo, viene ascritta a contrassegno del giudice che vi opera) (*ivi*, 181 s.). Al successivo dibattito hanno partecipato R. Martino, *Prefazione* a R. Martino, A. Panzarola, M. Abbamonte (a cura di), *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, Milano 2022 e B. Sassani, *Il discorso interrotto. Il diritto processuale ed il suo oggetto al tempo del right to a fair trial*, *ivi*, 425 ss., il quale tra l'altro scrive che «La formulazione dell'attuale art. 111 Cost. esprime bene l'interdipendenza tra struttura e attività, cioè il carattere fondamentale della costruzione di Fazzalari in cui la struttura procedimento può adempiere alla funzione giurisdizionale solo assumendone il valore primario del contraddittorio. Ma se così è, possiamo azzardare che Fazzalari avrebbe probabilmente visto nella prescrizione costituzionale il riconoscimento dell'essenzialità anche di tutti gli altri elementi conspiranti alla giustizia del processo: non v'è giurisdizione senza processo e non è processo giurisdizionale quello che offende il modello del giusto processo» (*ivi*, 431-432).

⁽³⁶⁾ In *Valori permanenti del processo* si legge: «Il diritto a processo pubblico, dinanzi a tribunale 'imparziale', indipendente e precostituito; il diritto a parteciparvi sul piede di *parità* rispetto agli avversari, con adeguate possibilità di difesa; il diritto a processo ragionevolmente rapido: questi diritti, quali canonizzati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, realizzano altrettanti valori permanenti del processo giurisdizionale» (E. Fazzalari, *Valori permanenti del processo*, cit., 8, enfasi nostra).

⁽³⁷⁾ «Il giusto processo», Accademia nazionale dei Lincei, 28-29 marzo 2002, [//www.radioradicale.it/scheda/141225/il-giusto-processo-organizzato-dallaccademia-nazionale-dei-lincei-28-29-marzo-2002?i=1541976](http://www.radioradicale.it/scheda/141225/il-giusto-processo-organizzato-dallaccademia-nazionale-dei-lincei-28-29-marzo-2002?i=1541976).

In tema di imparzialità del giudice, peraltro, già nell'articolo omonimo pubblicato questa *Rivista* nel 1972⁽³⁸⁾, Fazzalari scriveva che «il nostro assetto costituzionale in tema di giurisdizione è ben solido»: «Da un lato il giudice precostituito, indipendente e insindacabile»; «dall'altro il diritto dei destinatari del provvedimento di partecipare al processo di formazione del medesimo, di svolgere, sul piano di simmetrica parità, con quel giudice un pieno contraddittorio; nonché il diritto dei litiganti di conoscere la motivazione del provvedimento». Questi due piloni sono uniti da una sola gittata; la imparzialità del giudice. «Imparzialità, indipendenza del giudice, parità tra i litiganti si implicano e interagiscono, in moto circolare, ciascuna a servizio delle altre». E così Fazzalari arriva a scorgere nell'«imparzialità del giudice» «il cardine della giustizia», come si suole – aggiunge – «da duemilacinquecento anni almeno»⁽³⁹⁾.

Per concludere: Fazzalari crede davvero nel diritto, mostrandosi sensibile alla sua funzione ordinatrice non meno che alla sua umanità; alla sua razionalità, anche formale, non meno che ai valori ad esso sottesi. Un positivista, dunque, che ci invita a non cedere alle lusinghe della narrazione sui valori, nella convinzione che sia proprio il diritto, nella sua umanissima positività e storicità, a tendere verso la giustizia.

Ed è così che, nel guardarsi allo specchio, nell'interrogarsi in prima persona sulla propria fede razionale nel diritto, nel chiedersi se essa altro non sia che «conseguenza della mia formazione di processualista», Fazzalari con autentico orgoglio non esita a rispondere: «Può darsi. E in tal caso, sono grato alla procedura»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ E. Fazzalari, *La imparzialità del giudice*, in questa *Rivista* 1972, 193 ss.

⁽³⁹⁾ Id., *op. ult. cit.*, 199 s.

⁽⁴⁰⁾ Id., *Introduzione alla giurisprudenza*, cit., 172.

MASSIMO NARDOZZA (*)

Professore a contratto nell'Università di Cassino e Lazio Meridionale

ONERE DELLA PROVA E LOGICA GIURIDICA PRESUNTIVA. NOTE SUL PENSIERO DEI GLOSSATORI (TRA XII E XIII SECOLO)

SOMMARIO: 1. Presunzione e riparto dell'onere della prova. Prime riflessioni dei legisti (Bulgaro, Rogerio e Piacentino). – 2. L'*Ordo iudiciarius* attribuito a Walter de Coutances, la *Summula de presumptionibus*, la *Summa in Decretum* di Simone da Bisignano. – 3. La definizione di presunzione come prova *semiplena* in Bernardo da Pavia. – 4. Il *libellus disputatorius* di Pillio da Medicina e la definizione di presunzione. La varia articolazione del meccanismo presuntivo a seconda dell'incertezza sul fatto «estrinseco» o «intrinseco». – 5. La *summa* di Azzone: *probatio* e *praesumptio*, onere della prova ed *exceptio*. La *praesumptio iuris et de iure* come esclusione della prova contraria: una *dissensio* di Giovanni Bassiano sulla ripetizione dell'indebito. La soluzione di Innerio e il diverso orientamento di Bulgaro, Piacentino e Azzone. – 6. La prova presuntiva come elemento di certezza sul piano sostanziale: l'alienazione dei beni gravati da usufrutto da parte del *filius familias*. – 7. L'improbabilità del fatto e la qualifica di presunzione legale. La *praesumptio iuris et de iure* come regola di diritto imperativo in vari ambiti. L'esempio del *matrimonium praesumptum*. La differenza tra presunzione *iuris et de iure* e presunzione legale. – 8. Ancora sull'elaborazione giuridica canonistica: Damaso e la *Summa de ordine iudiciario*. – 9. La verosimiglianza del fatto presunto come criterio di validità della presunzione nella *Summa de matrimonio* di Tancredi; la classificazione delle presunzioni in Sinibaldo de Fieschi, Goffredo da Trani ed Enrico da Susa. – 10. La regola generale dell'onere della prova a carico dell'attore in Accursio e Odofredo; la prognosi probabilistica basata sull'osservazione di fatti analoghi (l'esempio dell'azione rivendicatoria e petitoria).

1. – Una tradizione antica – che la storiografia ottocentesca voleva risalente a Innerio – rintracciò i fondamenti dell'*onus probandi* nei principî di ragionevolezza dell'allegazione:

«Actori quidem probatio incumbit: usque adeo donec intentio teneat vel tenere videatur tenet autem intentio, si reus confessus vel convictus sit. videtur autem tenere, si reus dicit se suscepisse, asserit tamen se sol-

(*) È un estratto di una ricerca in corso sulla rilevanza dell'onere della prova e del ragionamento presuntivo. Ringrazio Paola Maffei e Andrea Padovani per avermi onorato della lettura del *work in progress* fornendomi preziose indicazioni e fondamentali insegnamenti.

visse. item presumptiones quandoque transferunt probationes. si autem de intentione constet, reus vel excipero vel intentionem elidere debet: alioquin solvere cogitur. reo excipiente probare debet exceptionem, quemadmodum actor probat intentionem: reus enim in exceptione actor efficitur⁽¹⁾».

La negazione pura e semplice della pretesa dell'attore non richiedeva che il convenuto soddisfacesse un onere di prova, apparendo come un'esigenza naturale che l'*actor* fornisse al giudice la giustificazione della propria pretesa. A orientare il giurista sovraintendeva l'assunto, confermato con l'assimilazione di quel dato in una necessità pratica, che l'attore provasse i fatti posti a fondamento della propria *intentio*, così come il convenuto doveva dimostrare la fondatezza dei fatti costitutivi della propria eccezione. Talvolta, le presunzioni si limitavano a ripartire in modo diverso tale onere a carico dell'attore o del convenuto, a seconda della fattispecie specifica («item presumptiones quandoque transferunt probationes»); conseguentemente, il mancato soddisfacimento dell'onere di allegazione avrebbe comportato il rigetto della domanda o dell'eccezione: le riflessioni sul punto sono molteplici⁽²⁾.

⁽¹⁾ [Pseudo] Irnerio, *Summa Codicis* 4.19, *De probationibus*, ed. E. Fitting, Berlin 1894, 90 s. Per la revisione storiografica dell'attribuzione a Irnerio della *Summa* e sulla leggendaria figura del fondatore della scuola bolognese, v. E. Cortese, *Irnerio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletta (d'ora in avanti: DBGI) 2 voll., Bologna 2013, 1, 1109 ss. e *ivi* bibliografia; importanti rilievi in K. Pennington, *Odofredus and Irnerius*, in *RIDC* 2017, 11 ss.; in contrasto a Cortese, v. A. Padovani, *Irnerius*, in *Law and Christian Tradition in Italy. The Legacy of the great Jurists*, edd. O. Condorelli-R. Domingo, London-New York 2021, 25 ss.

⁽²⁾ È un punto fermo – e dei più fascinosi – di quella parte della elaborazione teorica che interessava i principi primi del fenomeno processuale; lo avrebbe illustrato Irnerio, in una esposizione teorica della logica dell'impianto probatorio (*affirmanti non neganti incumbit probatio*) riportata da Accursio (Glossa a C. 4.19.23, v. *per rerum naturam*), il quale riferisce appunto tra gli altri a Irnerio la spiegazione sui motivi logici dell'impossibilità di provare il fatto negativo «...cum non habeat species vel differentias» (sulla paternità dell'aggiunta «sed certe licet...» v. E. Besta, *L'opera di Irnerio*, Torino 1896, I, 170 s.); cfr. anche Glossa *nulla est* a C. 4.30.10. La prova del fatto compete a chi intende agire in giudizio perché ordinariamente è l'*actor* che ha interesse a convincere il giudice della fondatezza della pretesa azionata. È agevole desumerne che ne venne facilitato quel richiamo al corso della natura che l'assunto postulava. E apparve coerente ai giuristi di accogliere anche un altro insegnamento della retorica, e cioè che solo di fronte a delle affermazioni che si basano su prove conformi o compatibili con le osservazioni costanti dell'esperienza umana, la dimostrazione del fatto si può ritenere credibile. Mentre, per quanto riguarda le affermazioni supportate da prove contrarie al normale corso della natura, la dimostrazione appare incerta e fonte di dubbio. Sul naturalismo dei giuristi medievali cfr. R. Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Grazian bis Johannes Teutonicus*, München 1967. Sul problema della prova negativa nel pensiero dei glossatori, v. Y. Mauten, *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit: Le problème*

I glossatori, infatti, si interrogano su quali siano i presupposti da cui dipende l'accertamento del fatto, ovvero quali siano le conseguenze e gli oneri che tale operazione comporta. La questione primaria riguarda il problema delle condizioni cui è subordinata la realizzabilità pratica dell'accertamento processuale⁽³⁾.

Nelle fonti romane giustiniane, tuttavia – in particolare il titolo *de probationibus* in C. 4.19 e *de probationibus et praesumptionibus* in D. 22.3 – le regole presuntive si limitavano a ripartire in modo diverso l'onere della prova a carico dell'attore o del convenuto a seconda della fattispecie specifica⁽⁴⁾; conseguentemente, il mancato soddisfacimento dell'onere di allegazione avrebbe comportato il rigetto della domanda o dell'eccezione. Già i primi glossatori avevano ben presente, in forza di consolidati criteri epistemologici impressi dai maestri di retorica, che la prova di un fatto esigeva sia l'indagine del presupposto costitutivo – quali ragioni lo avessero innescato –, sia l'individuazione delle modalità di svolgimento: e si

de la preuve négative chez les glossateurs, in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Paris 2009, 695 ss.

⁽³⁾ Emerge, come chiariremo nel corso dell'indagine, soprattutto il tentativo, da parte della cultura giuridica medievale, di fissare dei concetti da poter impiegare in maniera formalizzata. Questa tendenza è suscettibile di letture non univoche quando si prenda in esame, dal punto di vista storico, il ruolo della «logica giuridica presuntiva». Cfr. gli studi di Rudolf Motzenbäcker (*Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht*, München 1958) sulla presunzione nel diritto canonico e quelli di André Gouron sulle radici teoriche della presunzione (*Aux racines de la théorie des présomptions*, in *RIDC* 1990, 99 ss., poi in Id., *Droit et coutume en France au XII^e et XIII^e siècles*, Aldershot 1993, VII; Id., *Placentinus «Herold» der Vermutungslehre?*, in *Festschrift für Hans Kiefner zum 65. Geburtstag*, Münster 1995, 90 ss., poi in Id., *Juristes et droits savants: Bologne et la France médiévale*, Aldershot 2000, II; Id., *Une École de canonistes anglais à Paris: maître Walter et ses disciples (vers 1170)*, in *Journal des savants* 2000, 47 ss., poi in Id., *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, Aldershot 2006, VI); sulle finzioni e la prova presuntiva v. S. Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, Macerata 2023; sulla relazione tra presunzione e prescrizione, v. E. Conte, *Lapse of Time in Medieval Laws: Procedure, Prescription, Presumptions*, in *Custom, Limitation and Prescription. A Comparative Legal History*, ed. H. Dondorp, D. Ibbetson, E.J.H. Schrage, Berlin 2019, 69 ss.; sulle presunzioni legali v. A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*. Bd. 1: *Zivil- und Zivilprozessrecht*, hrsg. von O. Condorelli, F. Roumy e M. Schmoeckel, Köln-Weimar-Wien 2009, 75 ss.

⁽⁴⁾ I concetti di onere della prova e presunzione sono così strettamente connessi che è impossibile studiarne l'uno senza l'altro, ma la romanistica stessa è tutt'altro che esente da difficoltà nel definire e analizzare questa coppia di concetti in riferimento all'esperienza giuridica antica, principalmente a causa delle incertezze della critica interpolazionistica: cfr., da ultimo, A. Valiño, *Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en el Derecho romano*, in *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid 2014, 571 ss. (*ivi* bibliografia).

discusse di dimostrazione del fatto e di credenza intrinseca della sua verosimiglianza⁽⁵⁾.

Le dispute intorno all'*onus probandi* riguardavano il problema del fondamento stesso del processo, l'interesse pratico e scientifico della sua determinazione, coinvolgente il potere delle parti, le modalità di acquisizione e valutazione della prova, con conseguenti riflessi su molteplici e salienti classificazioni giustificative: prove piene, semipiene, fatti notori, indizi.

Bulgaro, ad esempio, affrontava il problema di chi è gravato dall'onere della prova e di chi poteva sollevare un'eccezione: «ad probationem actor compellendus est: si obtinere velit id, quod intendat, probet» e analogamente doveva fare il convenuto, salva l'ipotesi della «exceptio non numeratae pecunia», laddove il glossatore richiamandosi a C. 4.19.3 esplicitava come «illa forsane ratione quia negantis factum per rerum naturam nulla est probatio»⁽⁶⁾.

Emerge come la prova consista nella possibilità di risolvere le controversie processuali sulla base di parametri precostituiti. A questo fine si impiegano le regole del diritto romano che, fungendo da premessa normativa di riferimento, vincolano il ragionamento del giudice sui casi da decidere. È significativo sul punto Rogerio: «Probatio est ostensio rei dubie, faciens fidem iudici per argumenta»⁽⁷⁾. E aggiungeva che se si eccepisce che si è verificato un atto

⁽⁵⁾ Il profilo della probabile certezza del fatto ai fini del convincimento suscita collegamenti con il pensiero di Aristotele (per il tramite di Boezio). Sulla cultura aristotelica dei glossatori, v. le osservazioni critiche di G. Otte, *Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren*, in *Zss. Rom.* 1968, 368 ss., 370 ss.

⁽⁶⁾ Bulgaro, *Summa de iudiciis*, in *Anecdota quae processum civilem spectant*, ed. A. Wunderlich, Göttingae 1841), §. 5, 16 s. Sull'onere della prova nel pensiero di Bulgaro cfr. W. Litewski, *Der römisch-kanonische Zivilprozess nach den älteren ordines iudicarii*, 2 voll., Krakow 1999-2000, 2, 362 s. L'interpretazione di Bulgaro si può cogliere anche nei *Casus codicis* di Guglielmo da Cabriano [una *reportatio* delle lezioni di Bulgaro probabilmente risalente al 1156-57: v. G. Dolezalek, *Die Casus codicis des Wilhelmus de Cabriano*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, ed. W. Wilhelm, Frankfurt am Main 1972, 25 ss.; T. Wallinga, *The Casus codicis of Wilhelmus de Cabriano*, Frankfurt am Main 2005, XXV ss.], che commentando C. 4.19.3 *Ex persona*, riporta: «[...] Quia tamen modo solvendo non est, presumitur tunc et solvendo non fuisse, et sic onus probationis ad vos pertinent [...]». Il passo si trova nel manoscritto Vat. lat. 2302, f. 290v (Biblioteca Apostolica Vaticana); si veda pure il commento a C. 4.19.6 *Rationes*: «Scriptura quam defunctus reliquit, in qua scripserat quid sibi debitum esse, non sufficit ad probationem debite quantitatis: potest enim esse amminiculum, sed non est probatio sufficiens». Il passo si trova in Vat. lat. 2302, f. 291r e in Ms. E 9^a, f. 170rb (Universitäts- und Landesbibliothek di Düsseldorf); cfr. T. Wallinga, *op. cit.*, 256 s.

⁽⁷⁾ Rogerio, *Summa Codicis* 4.19, ed. G.B. Palmieri in *Scripta anecdota glossatorum*, 3 vol., Bologna 1914, rist. Torino 1962, I, 65. Sulle controverse origini della *Summa*, v. E. Cortese, *Rogierius (Frogerius)*, *DBGI* 2, 1716 s.; A. Gouron, *Rogierius. Quaestiones de iuris subtilitatibus et pratique arlésienne: a propos d'une sentence archiépiscopale* (1141, 5 novembre), in *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 1977, 48 s., poi in Id., *La science du droit dans le Midi de*

fraudolento occorre dimostrarlo. L'*animus* e la consapevolezza del fatto illecito possono desumersi dal comportamento dell'agente, per la maniera con il quale quest'ultimo si innesta in una specifica situazione: «Praesumptio transfert probationem, si ex ea re, vel facto, praesumptio inducatur, ex qua intentio actoris tenere videtur – afferma Rogerio – unde dicitur: cum quis vult tutorem unum in solidum convenire, quia alter qui amministravit nunc est non solvendo, intentio actoris tenere videtur, nisi qui convenitur probet eum qui amministravit tempore depositi officii fuisse solvendo»⁽⁸⁾. Che l'intenzione illecita si presumesse da determinate condotte, certo non riconducibili a uno stretto regime di prova legale assoluta sembra, comunque, sintomo di una mentalità e di una concezione della intenzionalità orientata dal senso comune che consente attraverso un ragionamento presuntivo, di ricondurre la condotta a ciò che l'aveva ispirata, così instaurando un metodo di risoluzione concreta nei casi dubbi, per i quali non soccorre la prova testimoniale o documentale. Esplicito in tal senso Piacentino:

«Praesumptiones quoque non sufficiunt, sed proficiunt, ut testes unis cum suspicio iusta adest. Quandoque scripto, interdum etiam ex sola praesumptione: nisi ante contrarium probetur, quam sententia detur, ut si chirographum inveniatur cancellatum⁽⁹⁾».

L'onere della prova condiziona l'esercizio dell'azione ai fini dell'accertamento dei fatti dedotti in giudizio, in quanto nel dubbio il giudice, non potendo pronunciare un *non liquet*, dovrà affermare l'insussistenza del fatto per carenza di prova. I civilisti sono chiari sul punto: se l'attore lamentava, per esempio, l'inadempimento di un obbligo, ma l'esistenza di questo non risultava provata, l'azione doveva essere rigettata perché infondata. Sul piano astrattamente logico, tra l'attore che afferma e il convenuto che nega non si potrebbe stabilire da quale parte sia la ragione: in tale evenienza, l'*impasse* è superata non sul piano logico ma sul piano giuridico dell'onere della prova, sciogliendosi il dubbio intorno a un determinato fatto controverso in senso sfavorevole alla parte che ha interesse a soddisfarlo, ritenendosi verosimile che chi ha interesse ad affermare un fatto ne debba avere a disposizione anche le prove. Così, a meno che l'onere non sia invertito da norme particolari – come per l'*exceptio non numeratae pecunia* – il dubbio

la France au Moyen Age, London 1984, XIV. Sulla definizione della prova, v. S. Lepsius, *Von Zweifeln zur Überzeugung: der Zeugenbeweis im gelehrten Recht von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato*, Frankfurt am Main 2003, 181.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ Piacentino, *Summa Codicis* 4.19, Moguntiae 1536, rist. Torino 1962, 150. Sulla produzione scientifica di Piacentino e il legame con Rogerio, v. E. Cortese, *Piacentino*, in *DBGI* 2, 1568 ss.; v. *infra* note 14 e 36.

sul fatto costitutivo è posto in capo a chi pretende mentre quello sul fatto estintivo, modificativo o impeditivo resta a carico di chi si difende.

Nel diritto romano giustiniano il legame della prova con il ragionamento presuntivo non sembra riconducibile a un'unica *ratio*. Alcune ipotesi si fondano su logiche di semplificazione dei rapporti giuridici e finalità di certezza, correlate a un'idea del ripetersi di determinati fatti giuridici secondo un criterio di regolarità e razionalità; e di questo Piacentino era consapevole: «Praesumptio quoque per aliam praesumptionem vincetur, ut supra quod met. cau. l. non est. ...»⁽¹⁰⁾ (D. 4.2.23 pr., con l'aggiunta di un esempio riconducibile a D. 22.3.27). Altre ipotesi, invece, sembrano in prevalenza denotare esigenze di tutela della parte che incontrerebbe maggiori difficoltà probatorie («Transfertur enim probatio ab actore in reum, alias propter delictum, alias propter praesumptionis adminiculum, alias propter personae privilegium»⁽¹¹⁾). Appare riconducibile per lo più alla prima esigenza la presunzione stabilita da D. 45.1.41.1, in forza della quale il termine fissato per l'adempimento si reputa a favore del debitore: «ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore»⁽¹²⁾. Un esempio, invece, dell'esigenza di tutela della parte debitoria può riscontrarsi in D. 2.14.2.1 («et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit») e C. 8.42.15 («Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adseveres, nihil de iure tuo deminutum est. Quibuscumque itaque argumentis iure proditis hanc obligationem tibi probanti eum per huiusmodi factum liberationem minime consecutum iudex ad solutionem iure debiti compelle»), ove si presume, fino a prova contraria, la liberazione del debitore con la consegna volontaria della copia del titolo di credito redatto in forma pubblica. La *ratio* è qui quella di agevolare il debitore convenuto sul piano processuale; incomberà, infatti, sul creditore che agisce in giudizio provare che la restituzione non vi fu, oppure che non fu volontaria (sottrazione, smarrimento, sostituzione con altro documento rinnovato ecc.). E se tale prova non sarà raggiunta, la pretesa del creditore verrà respinta proprio perché la regola presume la remissione⁽¹³⁾.

Non a caso, nella successiva evoluzione del pensiero dei civilisti, contraddistinta dalla prevalenza della costruzione dottrinale sull'assimilazione

⁽¹⁰⁾ Piacentino, *Summa Codicis* 4.19, 150.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, 149.

⁽¹²⁾ Si veda anche D. 46.3.70: «Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intellegitur».

⁽¹³⁾ Cfr. P. Cogliolo, *Remissione del debito*, in *Scritti vari di diritto privato*, VII ed., Milano 1940, 365 ss.; M. Bianchini, voce *Remissione del debito (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 757 s.

del nudo dato legislativo, la *praesumptio* è assunta aprioristicamente come un elemento indispensabile dell'accertamento probatorio, funzionale all'accertamento processuale. L'impiego delle presunzioni appariva, comunque, giustificato quando non si raggiungeva una conoscenza certa. Il convenuto poteva limitarsi a un atteggiamento puramente passivo, non avendo un obbligo di smentire quanto affermato dall'attore (se si assumeva la carenza di prove); l'eccezione contraria richiedeva, invece, che questa venisse dimostrata, una volta che l'attore avesse provato la sua affermazione.

Infatti, molte discussioni che vertono su questa tematica continueranno per molto tempo a inquadrare la complessità della valutazione delle prove secondo una rigida visione «processuale», con la generale tendenza a ridurre l'accertamento probatorio a una mera applicazione delle regole sull'one-re della prova, le quali consentivano ai giuristi di ricavare applicazioni utili per i problemi pratici da risolvere, organizzare le visuali di fondo e fissare dei punti fermi. La dottrina interveniva con notevole sforzo elaborativo sulle regole del diritto sostanziale – stabilite nei testi giuridici romani – proprio sviluppando l'articolazione delle presunzioni. E ciò doveva servire anche per predisporre schemi logici in grado di orientare l'attività dei giudici, nell'operazione di individuazione delle soluzioni da adattare ai singoli casi controversi⁽¹⁴⁾.

2. – Non può essere trascurato, sul punto, l'apporto originale del mondo canonistico, autonomo dalle impostazioni delle prime opere dei civilisti medievali, come emerge già dall'*Ordo iudiciarius* o *Tractaturi de iudiciis* attribuito a Walter de Coutances (circa 1166)⁽¹⁵⁾, nonché più

⁽¹⁴⁾ Si veda ad es. in materia di interpretazione della volontà testamentaria, Bulgaro, *Comm. ad D. 50.17.114, de regulis iuris, l. in obscuris*, ed. Beckhaus, Bonnæ 1856, rist. Frankfurt am Main 1967, 94: «in obscuris intelligitur quod est veri simile ... veri simile est enim et ex presumptione creditur ...»; Piacentino, *add. ad D. 50.17.56, de regulis iuris, l. Semper in dubiis*, ed. Beckhaus, 51: «aliquando tamen quod benignius est non presumitur»; Rogerio, gl. *praesumptio* ad D. 34.3.28.3, *de liberatione legata, l. Symphorus § Titius testamentum*: «in huiusmodi voluntatis ultime dubio talem ... praesumptionem inducit ...R» (Leiden, *Bibl. der Rijksun.*, ms. D'Ablaing 1, f. 58ra; Bamberg, *Staatbibl.*, ms. Jur. 15, f. 74vb; Angers, *Bibl. mun.*, ms. 336, f. 79ra: *om. R*) [citato da G. Chiodi, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano 1997, 72].

⁽¹⁵⁾ *Incerti auctoris Ordo iudiciarius*, ed. C. Gross, Innsbruck 1870. L'intera opera sembra corrispondere all'esigenza didattica di includere nell'ambito dell'insegnamento del diritto canonico, quegli istituti giuridici e quelle regole del diritto romano che, pur menzionate nel decreto di Graziano, non erano affrontate in dettaglio e la cui discussione appariva invece indispensabile al docente per integrare e comprendere la materia canonistica trattata. Ciò è dimostrato dal modo complessivo di esaminare le singole questioni, dalla divisione sistematica che è sempre posta in testa al trattato, attraverso il costante impegno a rendere quanto più comprensibile possibile ogni espressione o concetto che non siano chiari in partenza: nel nostro caso v. p. 128-130, ch. XV, *De praesumptionibus*: «Praesumptiones dicuntur quaecumque verisimiles conjecturae, sive indicia,

specificamente dalla *Summula de presumptionibus* composta probabilmente tra il 1173 e il 1177, da un anonimo canonista⁽¹⁶⁾ e dalla *Summa in Decretum* di Simone da Bisignano redatta tra il 1177 e 1179⁽¹⁷⁾.

sive etiam consentiens fama, similiter vox unius testis etc. Puta, si quis habet consuetudinem accedendi ad liberam, praesumitur, quod ejus sit legitima, ubi corpus suum pro turpi lucro exponat. Dicit enim lex: Consuetudo cum libera potius pro matrimonio, quam concubinato iudicanda est. Similiter si aliquis scientibus vicinis suis ex ea liberos suscipiat, consentiens fama contra ipsum est, quod cum ea habeat conjugium, quamvis enim ibi nuptiales tabulae, scilicet in quibus nuptialia scripta, non sunt, tamen fama hac fit, quod cum ea habeat conjugium verum». Il Trattato ha anche uno scopo essenzialmente pratico, mostrando di voler promuovere non solo la comprensione della materia giuridica affrontata dall'autore nelle lezioni, ma anche la corretta applicazione delle norme al procedimento nei tribunali spirituali. Sui problemi di attribuzione del trattato v. P. Landau, *Walter von Coutances und die Anfänge der anglo-normannischen Rechtswissenschaft*, in *Panta rei: Studi dedicati a Manlio Bellomo*, 5 voll., Roma 2004, ed. O. Condorelli, 3, 183 ss.; A. Gouron, *Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, cit., VI; P. Landau, *Stephan Kuttner's last Discovery on Walter of Coutances: A Commemoration 110 Years after Kuttner's Birthday*, in *BMCL* 2016, 229 s. Rilievi critici in S. Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, cit., 113 ss.

⁽¹⁶⁾ Ms. BAV Pal. lat. 653, fol. 114rc-va, trascr. D. De Concilio, in *Civil Law, Common Law, Customary Law Project Publications*, St Andrews 2019 [<https://clime.wp.stan-drews.ac.uk/online-texts/summula-de-presumptionibus/>]: *Perpendicularum* (1173-1177 circa) – part I, *Tractatus de praesumptionibus* o *Summula de praesumptionibus*, 5.20: «Quorum quod quoque notandum, quod presumptio alia iudicis, alia legis. Quando iudex ex facto praesumit, si violenta sit praesumptio stabit, nisi in contrarium probetur. Quando autem lex praesumit, aut in suspensio relinquit, quod nichil super praesumptio constituit, quo casu probatio in contrarium admittitur, aut ita violenter praesumit quod etiam super praesumptio animadvertit. Quo casu probatio in contrarium admittitur nisi hoc lex iudicaverit»; 5.21: «Hec de presumptionibus, licet minus perfecte, scripsi, ut ex his peramplius et perfectius scrutandi materiam nansciscaris; nec tamen vera continet hoc perpendicularum, sed et probabilia et apparentia propter exercitium disputandi, ut presentis instructionis beneficium oratorem potius instruat quam iudicem. Que autem concordantie in superioribus locis presumptionem pro aliquo vel contra aliquem faciant, tu ipse in singulis titulis diligenter attende; nam in uno eodemque titulo non una concordantia pro et contra, sed quedam pro, quedam contra presumptionem inducit, quod propter prolixitatem distinguere non curavi». Sui problemi di attribuzione del trattato v. A. Lang, *Rhetorische Einflüsse auf die Behandlung des Prozesses in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts*, in *Festschrift Eduard Eichmann zum 70. Geburtstag dargebracht von seinen Freunden und Schülern*, Paderborn 1940, 69 ss.; Id., *Zur Entstehungsgeschichte der Brocardasammlungen*, in *Zss. Kan.* 1942, 106 ss.; S. Kuttner, *Réflexions sur les brocards des glossateurs*, in *Mélanges Joseph de Ghellinck*, vol. II, Gembloux 1951, 767 ss., 783 ss., rist. in Id., *Gratian and the Schools of Law 1140-1234*, London 1983, rist. an. 1993, nu. IX con *retractationes* 38 ss.; R. Motzenbäcker, *Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht*, cit., 92 ss.; A. Gouron, *Une école de canonistes anglais à Paris: maître Walter et ses disciples*, cit., 64 s.; P. Landau, *Walter von Coutances und die Anfänge der anglo-normannischen Rechtswissenschaft*, cit., 183 ss.; A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure?*, cit., 94; S. Menzinger, *Finzioni dei canoni. Natura, realtà e finzione nella canonistica del XII secolo*, in *Reti Medievali* 2020, 16 s.; D. De Concilio, *Via Brocardica. The Development of Brocards and the Western European Legal Tradition* (c. 1160 – c. 1215), Tesi di dottorato, University of St Andrews 2022, I, 75 ss.

⁽¹⁷⁾ Simone da Bisignano, *Summa in Decretum*, ad C. 11, q. 1, c. 25: «praesumptio canonis et hominis»; ad C. 2, q. 1, c. 7: «suspicio temeraria, probabilis, violenta, certa»; ad

Rinviano al prosieguo della trattazione ogni ulteriore analisi del lessico della *praesumptio* nella canonistica, occorre per ora per lo meno osservare come le varie dottrine della *praesumptio* enunciano differenti approcci operativi da parte degli interpreti nella valutazione del problema della certezza probatoria. Le presunzioni sono qualificate in termini congetturali, siano esse indizi o anche dicerie, così come il resoconto di un unico testimone, in pratica come illazioni attraverso le quali desumere da elementi noti un fatto o un effetto conseguente (ad esempio, il matrimonio presunto tra un uomo e una donna a seguito di una convivenza o per l'intervenuta nascita di figli, anche se in assenza di formalità e di consenso espresso delle parti alla conclusione del negozio matrimoniale). E dietro a ogni definizione giuridica vi sono stringenti impegni etico-politici e metodologici volti a orientare, sia pure indirettamente, gli operatori nel loro modo di accostarsi ai casi offerti dalla pratica. Nel processo canonico i poteri di iniziativa probatoria sono distribuiti tra i soggetti processuali in modo diverso rispetto al processo civile. Qui, infatti, la ricerca delle prove è esclusivamente affidata alla parte. È la teoria dell'azione, così come quella del *iudicium*, che il canonista deve costruire diversamente dal civilista, ma l'uno e l'altro non saranno in grado di elaborarla con solidità se ciascuno non guarderà l'altro rispettivo campo.

3. – Bernardo da Pavia, nella *Summa Decretalium* – scritta durante il periodo di insegnamento bolognese e completata quando era vescovo di Faenza tra il 1191 e il 1198⁽¹⁸⁾ – afferma che la presunzione è un argo-

C. 2 q. 5 c. 22, in opposizione all'*ordalia*, reputata da Ugucione, *Summa in Decretum*, ad C. 2 q. 5 c. 22, München, BSB, MS Clm. 10247, fol. 105vb, «contraria rationi». Il percorso irto e problematico di razionalizzazione delle regole probatorie assegnerà al giudice l'obbligo di vagliare il fatto così come è rappresentato nel contraddittorio tra le parti, abbandonando la convinzione di ottenere la verità assoluta, riposta fideisticamente nell'intervento ultraterreno, e mettendo in evidenza la questione del dubbio del giudice. Su Simone da Bisignano v. A. Fiori, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della purgatio canonica*, Frankfurt am Main 2013, 154 ss.; O. Condorelli, *A proposito della Summa in Decretum di Simone da Bisignano edita da Pier V. Aimone Braidà*, in *BMCL* 2015, 37 ss.; M. Bertram, *Simon of Apulia. Randbemerkungen zu der Edition der Dekretsumme des Simon von Bisignano*, in *Mittelalter. Interdisziplinäre Forschung und Rezeptionsgeschichte*, 18. Mai 2017, <https://mittelalter.hypotheses.org/10240>; D. De Concilio, *Soggettività e qualificazione del fatto. L'indagine del factum intrinsecum tra diritto e teologia nel XII secolo: due casi di studio e spunti per una ricerca*, in *Historia et ius*, 2022, paper 9, 5 e ivi bibliografia.

⁽¹⁸⁾ Su Bernardo da Pavia v., in generale, A. Fiori, *Bernardo da Pavia*, in *DBGI* 1, 231 s.; per la letteratura storiografica sull'apporto dottrinale del canonista, v. anche A. Thier, *Semantiken des Alten, des Neuen und des Modernen im gelehrten kanonischen Recht: Beobachtungen zur Deutung von «antiqua», «nova», «bodie» und «moderna» in der Kanonistik*

mento che spinge in una certa misura il giudice a convincersi della veridicità del fatto («est argumentum movens aliquatenus iudicem ad credendum»), ma è lungi dall'essere una prova «plena», perché mentre la prova «plena» garantisce un pieno convincimento del giudice in relazione al caso concreto («probatio facit plenam fidem»), la presunzione, invece, porta a un giudizio su un fatto rilevante ai fini della decisione, fondato non sulla prova di esso ma sulla deduzione logica di un altro distinto fatto, ottenendosi così una «[fidem] semiplenam»⁽¹⁹⁾. Il giudice può, infatti, desumere argomenti di prova in via presuntiva in generale dalla qualità della parte, dal luogo, dal tempo, dall'età e in altri modi, laddove sul punto Bernardo rinvia all'articolata trattazione di Pillio: «Qualiter autem et quibus modis praesumptiones oriuntur ex persona, loco, tempore et aetate aliisque modis, in libello disputatorio domini Pili Medicinensis copiose poterit inveniri»⁽²⁰⁾. L'effetto delle presunzioni varia a seconda che ammettano o meno la prova contraria⁽²¹⁾; la natura del fatto rivela l'intenzione di chi l'ha posto in essere: «omne bonum factum recte praesumitur actum», così come «omne malum factum prave praesumitur actum»⁽²²⁾. Quest'ultima affermazione – che ritroveremo ripetuta ancora in Damaso⁽²³⁾, Tancredi da Bologna⁽²⁴⁾ e in Goffredo da Trani⁽²⁵⁾ – può facilmente apparire come un assioma grossolano e non conforme a un criterio logicamente accettabile. Presumere l'intenzione malevola di un atto dalla natura del fatto non è un criterio così semplicemente determinabile a priori in forma generale né può presumersi conseguente in tutti i casi da una siffatta constatazione generica. Che il giurista abbia trascurato questo importante profilo è naturale in un'epoca in cui i giudici erano relativamente privi di istruzione e poteva sembrare desiderabile limitare quanto più possibile la loro discre-

des 12.–15. Jahrhunderts, in *Zss. Kan.* 2020, 12; L. Kéry, *Gottesfurcht und irdische Strafe: Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln 2006, 361 ss.

⁽¹⁹⁾ Bernardo da Pavia, *Summa Decretalium*, ed. Th. Laspeyres, Regensburg 1860, rist. Graz 1956, Liber II, Tit. 16, p. 50: «§ 1. “Praesumptio est argumentum movens aliquatenus iudicem ad credendum; distat autem a probatione, quia probatio facit plenam fidem, praesumptio semiplenam».

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, Liber II, Tit. 16, *De praesumptionibus*, 51: § 2.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, Liber II, Tit. 16, 51: § 3.

⁽²²⁾ *Ibidem*, Liber II, Tit. 16, 51: § 4.

⁽²³⁾ Damaso, *Summa decretalium*, Ms. Città del Vaticano, BAV Pal. lat. 656, fol. 163 v.b.

⁽²⁴⁾ *Assiduis postulationibus me*, in *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum*, a cura di F. Bergmann, Göttingen 1842, tit. 14, § 2, 260.

⁽²⁵⁾ Goffredo da Trani, *Summa super titulis decretalium* (consultato nell'ed. Venetiis 1570) p. 103 in fine.

zionalità attribuendo, a specifiche combinazioni di fatti, determinati attributi giuridici predeterminati.

Attraverso una costruzione sistematica e ordinata di concetti e definizioni, si fissavano delle semplici regole, ottenute dalla generalizzazione degli assunti canonici e civili, per poter dedurre logicamente la prova dei fatti. Il problema è proprio l'impiego di questi principi generalissimi del sapere, dai quali poter comprendere logicamente la prova. Questi principi, infatti, non potendo venire essi stessi dimostrati, costituiscono l'oggetto di un atto extralogico di carattere intuitivo. Quanto maggiore è la generalità dei concetti ricavati dall'esperienza, tanto minore perciò, da questo punto di vista, è la loro verità. Si tratta di un aspetto che nell'economia di questo lavoro non possiamo ulteriormente sviluppare; notiamo, però, nel canonista un'impostazione della tematica dell'onere della prova che attinge alle acquisizioni civilistiche, mentre conserva una propria originalità relativamente alle varie tipologie di mezzi di prova, che classifica in sei categorie («per rei evidentiam, per famam, per praesumptionem, per iuramenti delationem, per testes, per instrumenta») (26):

«Aliquando tamen et reo incumbit probatio, verbi gratia, peto a te X quae mihi debebas, tu dicis te solvisse, tibi incumbit probatio, non mihi, ut Dig. eod. In exceptionibus (L. 19) et Dig. de except. L. 1 et infra eod. c. 2 (Gr. c. 3. II. 18); et sciendum, quod ista faciunt, ut probationis onus in reum transferatur: exceptio, pro actore praesumptio, iuramenti delatio et spontanea assumptio; exceptio, ut dixi in superiori exemplo et C. XVI. qu. Inter memoratas (c. 6); pro actore praesumptio, ut ar. C. XXXIV. qu. 2 In lectum (c. 6); iuramenti delatio, ut ar. C. XVI. qu. 3 Dilectio (c. 7) et Dig. de iureiur. Iusiurandum § Qui (L. 34. § 4) et L. Manifeste (L. 38); spontanea assumptio, quia si reus vult subire hoc onus, mos ei gerendus est, ut ar. C. XVII. qu. 4 Uxor (c. 33) et C. XXIX. qu. 2 Cuius rei (c. 6) et Dig. eod. Circa (L. 14) in fine. § 4. Species autem probationis sunt VI, scil. per rei evidentiam, per famam, per praesumptionem, per iuramenti delationem, per testes, per instrumenta. (...) Per praesumptionem, ut Di. XVIII. Pervenit (c. 6) et Di. XLIV. Multis (c. 5) et infra de cohabit. cleric. et mul. Si quispiam (c. 3; Gr. c. 2. III. 2) et Cod. de adult. L. antepenult».

I fatti non controversi e i fatti notori acquisiscono automaticamente la natura di prova, così come altre fattispecie, quali i fatti presunti, le delazioni giurate, le testimonianze e i documenti. Trattando della prova per testimoni si specifica che l'affermazione proveniente da un unico teste non

(26) Bernardo da Pavia, *Summa Decretalium*, Liber II, Tit. 12, *De probationibus*, 44: § 2 ss.

costituisce prova, ma soltanto valore di elemento presuntivo («sed licet non faciat probationem, facit tamen praesumptionem»⁽²⁷⁾), in quanto si dispone solo di un presunto indizio, il *testis unicus*⁽²⁸⁾.

4. – L'influenza della dottrina civilistica nel riconoscere che la presunzione è una questione di grado, «del più probabile che non», porta molte delle discussioni su questa tematica a privilegiare l'aspetto congetturale, orientando l'interprete in direzione di un crescente ampliamento teorico, valorizzando la dimensione retorica del ragionamento probatorio. La presunzione è così intesa come *giustificazione* per dedurre da un fatto noto la sussistenza di un fatto ignoto o incerto rilevante ai fini dell'accertamento processuale. Qui presumere vuol dire individuare elementi per decidere che un'affermazione relativa a un fatto controverso appare fondata. Il termine *giustificazione* non è da intendere nel senso rigoroso del ragionamento matematico, ma in quello più approssimativo del senso comune, ove presumere significa che vi sono motivi sufficienti per assumere che un'affermazione sia verosimilmente fondata. È questo il punto di vista dal quale, nell'ambito del processo, Pillio da Medicina (1140 ca.-1207) guarda a uno dei principali significati di presunzione, e certo il più rilevante, in base al quale si presume la sussistenza di un fatto incerto quando si ritiene di poterlo verosimilmente dedurre dagli elementi di conoscenza disponibili. L'approfondimento del problema da parte del glossatore ha riguardato, in primo luogo, la nozione o le nozioni di «praesumptio». La sua preoccupazione primaria è stata quella di mettere a fuoco una concezione della presunzione che non si traducesse indirettamente, a causa di una fatale incoerenza teorica, in un meccanismo inutilizzabile (nonostante le

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, Liber II, Tit. 13, *De testibus et attestationibus*, 46. Ogni testimonianza pone il problema della sua affidabilità e la deposizione di un testimone non era ritenuta sufficiente: «*testis unus, testis nullus*»; solo due testimoni costituiscono una prova intera, in grado di equivalere all'attestazione di un atto pubblico; quattro testimoni hanno una validità maggiore di un documento. Su questi aspetti, v. A. Padoa Schioppa, «Unus testis nullus testis», *note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia Ghisleriana*, Pavia 1967, 334 ss.; A. Gouron, *Testis unus, testis nullus dans la doctrine juridique du XIIe siècle*, in *Medievalia lovaniensia* 1995, 83 ss., poi in Id., *Juristes et droits savants*, cit., IX; F. Treggiari, «*La fides dell'unico teste*», in P. Prodi (a cura di), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna 2007, 64 ss., in riferimento alla posizione di Guglielmo Durante secondo cui la testimonianza di una persona sola costituiva una *probatio semiplena*.

⁽²⁸⁾ È un orientamento in controtendenza rispetto al diritto romano giustiniano, secondo quanto stabilito in D. 22.5.3.2 e 22.5.21.3, ove, infatti, si riteneva che l'attendibilità della testimonianza dovesse essere desunta in primo luogo dalla rispettabilità dei testimoni, o dalla natura dell'affare e, in caso di deposizioni discordanti, da ciò che più appariva verosimile, senza considerare il numero delle testimonianze in un senso o nell'altro.

intenzioni) e destinato a non corrispondere alle effettive esigenze processuali (o conoscitive). Pillio dedicava, da un lato, ampio spazio al problema della compatibilità delle previsioni presuntive contenute nei *libri legales* con gli aspetti dinamici delle situazioni giuridiche concretamente osservate; dall'altro, si preoccupava dei rapporti fra la giustificazione teorica e la logica dei processi di formazione della prova, logica in cui l'*arbitrium iudicis* e le decisioni rivestivano un ruolo che non poteva essere ignorato.

La presunzione assumeva il particolare significato di effettiva idoneità a modificare la *res dubia* dalla quale originava la lite e il processo: Pillio insegnava «praesumptio est rei, de qua quaeritur, semiplena probatio vel rei dubiae aliquibus signis extrinsecis credulitas seu fides»⁽²⁹⁾. La definizione si incentra su due elementi fondanti: la verosimiglianza (*semiplena probatio*) e i fatti estrinseci riconducibili a un significato probante (*signa*). È sintomatico – rispetto all'assenza di una formulazione generale della *praesumptio* nei testi giuridici romani – che il glossatore intendesse qualificarla attraverso una definizione così essenziale⁽³⁰⁾.

Pillio è una figura cruciale per la storia del pensiero giuridico medievale perché la sua lettura del testo è corroborata da innesti culturali di derivazione retorica e teologica rappresentando, quindi, un momento significativo nel rinnovamento della metodologia⁽³¹⁾. Il sapere retorico at-

(29) Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, Österreichische Nationalbibliothek, Cod. lat. 2157, fol. 36r; di quest'opera, che nel manoscritto citato occupa i fol. 36r-87v, non esiste ancora un'edizione critica (se ne sta occupando il Prof. Giovanni Chiodi); per la letteratura che lo ha discusso v. E. Genzmer, *Die Justinianische Kodifikation und die Glossatoren*, *Atti Congr. int. dir. rom.*, v. 1, 1933, Pavia 1934, 427 ss.; S. Kuttner, *Réflexions sur les Brocards des Glossateurs*, Vol. II, cit., 772 ss.; R. Motzenbäcker, *Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht*, cit., 62 ss.; G. Otte, *Dialektik und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1971, 197 ss., 216 ss.; H. Hohmann, *Presumption in legal argumentation: from antiquity to the middle ages*, in *Proceedings of the 3rd OSA Conference on Argumentation*, Windsor 2000, <https://core.ac.uk/download/pdf/72767545.pdf>, 6 ss.; G. Chiodi, *L'interpretazione del testamento*, cit., 737 ss.; A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure?*, cit., 75 ss.; G. Chiodi, *Tortura in caput alterius, confessione contra alios e testimonianza del correo nel processo criminale medievale. Nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di D. Mantovani e A. Padoa Schioppa, Pavia 2014, 673 ss., 687, 689; D. De Concilio, *Via Brocardica*, I, cit., 133 ss.

(30) A una tale definizione di *praesumptio*, si richiameranno i civilisti delle generazioni successive e finanche un pratico quale Rolandino de' Passegeri, *Summa totius artis notoriae* (consultato nell'ed. Venetiis 1574), *pars II*, cap. IX, *De iudiciis et ordine iudi.*, f. 593va.

(31) Cfr. L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt am Main 1984; Ead., *Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum (from the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century)*, Turnhout 1994; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma 1995, 145 ss.; A. Errera, *Aristotele, i Topica e la scienza giuridica medievale*, in *Angelicum* 2008, 352 ss.; E. Conte, *Pillio da Medicina*, in *DBI*, 2015, 671 ss., *ivi* ampia bibliografia.

traversa una fase di recezione «diseguale» da parte dei giuristi, che ne modulano funzione e valore rispetto alle articolazioni letterarie e ai generi che agiscono all'interno della produzione scientifica, della critica e dell'insegnamento del diritto. È uno scenario dinamico e variegato.

Nell'esordio del suo *libellus disputatorius* Pillio avverte come il meccanismo presuntivo si articolava in vari modi, a seconda dell'incertezza su un fatto «estrinseco» o «intrinseco» («circa factum extrinsecum quandoque circa factum intrinsecum, puta cum de voluntate vel consensu cuiusque queritur vel de iuris seu alicuius scripture interpretacione»). Allo stesso modo, talvolta il dubbio riguarda la sostanza del fatto, se qualcosa è stato fatto oppure no; altre volte si incentra sulla qualità del fatto sostanziale, cioè se ciò che viene rilevato è un bene o un male⁽³²⁾. Ad esempio, incombe sul creditore, a favore del quale è stato redatto il documento di debito, l'onere di dimostrare la sussistenza dell'obbligazione in esso dedotta, a meno che proprio il debitore stesso che ha redatto il documento abbia esposto in esso le cause per cui lo scrisse. Il riconoscimento dell'obbligazione vincola il giudice a rendere la decisione sulla base di tale dichiarazione. Il vincolo discende direttamente e automaticamente *ex lege* e si fonda sulla presunzione di veridicità del riconoscimento derivante dalla comune esperienza secondo cui nessuno emette una dichiarazione a sé sfavorevole se questa non è vera.

Analogamente, la confessione solitamente vincola chi afferma fatti a sé sfavorevoli: «unde videndum est numquid confessiones in iudicio facte servande sunt omnino»⁽³³⁾; la confessione in giudizio è intrinsecamente persuasiva, laddove ciò che si afferma non deve essere dimostrato, né da parte di chi confessa, né dalla controparte; per quest'ultima sarà sufficiente richiamarsi all'utilità di quanto riconosciuto dall'altra parte in suo favore. L'effetto della confessione deriva, secondo Pillio, dalla naturale persuasività di una dichiarazione volontaria del convenuto in giudizio contro i propri interessi (*quia creditur ei contra se*); neppure la parte che confessa ha un obbligo di dimostrazione perché, semplicemente, si dà credito a ciò che afferma contro il suo interesse:

⁽³²⁾ «Quibus modis presumatur, variis modis contingit, presumi siquidem incertitudo quandoque vertitur circa factum extrinsecum quandoque circa factum intrinsecum, puta cum de voluntate vel consensu cuiusque queritur vel de iuris seu alicuius scripture interpretacione. Item quandoque dubitatur de facti substantia. sitne aliquid factum vel non. quandoque essencia certa constituta de eius qualitate disputatur. scilicet sitne bonum vel malum quod factum deprehenditur»: Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157 fol. 36ra; cfr. *Libellus Pylei Disputatorius. Liber Primus*, cur. J. Meyer-Nelthropp, Tesi di dottorato, Universität Hamburg 1958, 7 s.

⁽³³⁾ *Ibidem*, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157 fol. 72rb.

«Confessiones autem nemo probat nec confitens nec adversarius. adversarius non, quia satis probavit pro eo confitens, ut C. de transac., cum te (C. 2.4.5). confitens non, quia creditur ei contra se, ut. ff. de inter. act. de etate §. 1 (D. 11.1.11.1)»⁽³⁴⁾.

Si affrontano, quindi, le caratteristiche salienti della *praesumptio* che variano a seconda della situazione controversa e del tipo di pretesa. Per stabilire la validità o meno di un'inferenza, Pillio si concentra sull'aspetto relativo all'efficacia razionale che rende certo un elemento dubbio fino a prova contraria. La presunzione non è intesa come l'argomentazione più probabile in senso oggettivo, ma come quella ragionevolmente in linea con le scelte dell'ordinamento. Non era in questione, quindi, il principio orientativo generale, che il giudice doveva adottare, ma il *thema decidendum* in relazione alla rilevanza specifica (costitutiva, impeditiva, estintiva ecc.) dei singoli fatti controversi:

«Presumptio est alia facti et contra hanc bene admittitur probatio ut ff. quod metus causa l. ult. in pr. (D. 4.2.23 pr.), alia iuris, haec autem remanet in suis finibus quo casu probatur contrarium ut C. de donationibus inter virum et uxorem Etiam si uxoris (C. 5.16.6) et C. quod metus causa l. ii (C. 2.19.2), aut ad constitutionem progreditur quo casu probatio contraria repellitur ut C. de necessariis et servis l. ult. (C. 6.27.6) et ff. que in fraudem creditorum Omnes (D. 42.8.17) et C. ad macedonianum l. ult. (C. 4.28.7), nisi hoc ipsum lege expressum fuerit, ut C. de negotiis gestis Alimenta (C. 2.18.11) et C. de pignoribus. l. ult. (C. 8.13.27) et C. de contrahenda et committenda l. i et l. Optimam (C. 8.37.1 e 14) et ff. de pactis Iuris § quod fere (D. 2.14.7.12)»⁽³⁵⁾.

Il ragionamento è chiaro: chi ha eseguito un pagamento non può verosimilmente sostenere l'assunto di essere stato costretto a versare iniquamente una somma indebita; l'adempimento si presume dovuto ed a una presunzione di questo tipo si deve eventualmente opporre la prova della violenza subita (*bene admittitur probatio*). Ma vi sono casi, frutto del recepimento di valutazioni di comune esperienza, in cui la presunzione è introdotta dalla legge per altre ragioni: la più comune è quella di preconstituire un mezzo per provare fatti che sarebbero altrimenti difficili da accertare. Il giudice, qui, può incidere sulla situazione sostanziale solo se la legge ammette la prova contraria, come nella «presunzione muciana» (quella per cui gli acquisti operati dalla moglie si intendono, sino a prova contraria, a lei pervenuti dal marito), una presunzione che non rilevava

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157 fol. 36ra.

solo in materia di diritto «sostanziale» (divieto di donazione tra i coniugi) ma anche nell'ipotesi dell'azione di annullamento del contratto viziato da violenza morale⁽³⁶⁾ o del trasferimento dei beni in frode ai creditori⁽³⁷⁾.

Un criterio intrinseco di qualificazione viene desunto dal rapporto indiretto e mediato che corre tra il fatto noto e il fatto ignoto (presunto). È, dunque, un rapporto probabile. E a seconda che questa probabilità sia o appaia maggiore o minore – si inferisce dal ragionamento di Pillio –, il giurista è portato a distinguere le presunzioni gravissime o violente da quelle semplicemente probabili o verosimili, quelle deboli dalle temerarie.

Il ragionamento logico-giuridico si risolveva nella presunzione di ciò che verosimilmente sarebbe accaduto, sulla base di quanto concretamente sperimentato in ipotesi analoghe, che era ritenuto più rispondente alla *ratio* della norma: ad esempio, il possessore della *res* che dimostrava di aver posseduto in tempo più remoto, si presumeva avesse posseduto anche nel periodo intermedio⁽³⁸⁾; oppure, in materia di filiazione per quanto riguardava la presunzione di paternità e di concepimento in costanza di matrimonio, si riteneva che «pater vero is est, quem nuptiae demonstrant» (Paolo in D. 2.4.5); la formula viene ripresa dai giuristi canonisti⁽³⁹⁾; o, anche, in materia testamentaria, laddove si individuavano dei criteri presuntivi da adoperarsi quando una dichiarazione testamentaria, per il linguaggio utilizzato, solitamente approssimativo e atecnico, fosse ambigua a tal punto da rendere necessaria la ricerca di quale fosse la verosimile volontà del testatore:

«Disputavimus supra de facto extrinseco presumendo, vel circa essentialiam vel circa qualitatem facti. Restat ut de intrinseco disquiramus, idest qualiter et quibus modis voluntas vel consensus cuiusque presumatur.

⁽³⁶⁾ Pillio evidentemente alludeva all'improbabilità che atti di violenza potessero essere stati esercitati su una persona al momento della sottoscrizione di un debito chirografario, se questi aveva pagato senza sollevare proteste, così che a chi si pretendeva vittima, era preclusa la possibilità di intentare l'*actio quod metus causa* (soluzione sulla quale peraltro già in tale senso si era espresso Piacentino: «In summa quoque notandum est, quod probatio vincet praesumptionem, ut ff. quod met. cau. l. non est»); v. *supra* nota 10.

⁽³⁷⁾ Si tratta della remissione del debito in frode dei creditori, in ordine alla quale Pillio si richiama a D. 42.8.17: «Omnes debitores, qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem».

⁽³⁸⁾ Cfr. R. Feenstra, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du Moyen Age*, in *Mélanges Philippe Meylan*, 2 Vol., Losanna 1963, 1, 91 ss., poi in Id., *Fata iuris Romani. Études d'histoire du droit*, Leyde 1974, 119 ss., spec. p. 124 s., e *ivi* ulteriori richiami bibliografici.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. Lefebvre-Teillard, *Pater is est quem nuptiae demonstrant: jalons pour une histoire de la présomption de paternité*, in *RHD* 1991, 331 ss.; Id., *L'influence du droit canonique sur l'apparition d'une présomption de paternité*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur, t. I, Zivil- und Zivilprozessrecht*, cit., 249 ss.

Voluntas igitur vel consensus cuiusque satis dilucide hiis modis presumitur: ex scientia sine contradictione eiusque contrario; ex subscriptione propria; ex eo quod dixit; ex eo quod diu tacuit eiusque contrario; ex eo quod facere consuevit is cum quo agit; ex persona eius qui agit et cum quo quid agitur; ex consuetudine regionis; ex rei quoque de qua agitur quantitate; ex eiusdem quoque qualitate; ex eo quod proprie dixit vel fecit; ex facto; ex modo agendi; ex gravi mentis vel corporis calamitate eiusque contrario; ex etate facientis; ex coactione eiusque contrario; ex errore agentis eiusque contrario; ex eo quod factum licitum vel illicitum apprehenditur; ex rerum connexitate; ex rerum tunc apparencia eiusque contrario et ex aliis signis exterioribus»⁽⁴⁰⁾.

L'interpretazione delle disposizioni del testatore non sempre poteva esaurirsi nell'ambito del significato letterale della disposizione, occorrendo, nei casi di clausole ambigue o incomplete, l'individuazione della portata effettiva della volontà del dichiarante, e ciò al fine di ricostruire, in maniera adeguata e coerente, la sua presunta verosimile volontà, desumibile da quello che il testatore aveva detto in dichiarazioni precedenti o dai suoi comportamenti abituali, tenendosi in particolare considerazione le condizioni ambientali in cui viveva il testatore, l'età, eventuale grave infermità mentale o fisica. Si tratta di elementi estrinseci che comportano la valutazione anche del comportamento concreto dell'attore, a seconda che avesse interesse ad impugnare oppure ad avvalersi dell'attribuzione testamentaria, laddove Pillio ritiene significativo, ai fini della ricostruzione presuntiva, l'indagine sull'eventuale relazione di fiducia tra il testatore e l'attore, presupponendosi la suscettibilità del testatore all'attività captatoria, ad esempio in ragione dell'età o delle sue condizioni mentali e fisiche; così pure nell'ipotesi della realizzazione di un'attribuzione «innaturale» a favore della persona di fiducia per cui, quanto più fosse stata inaspettata l'attribuzione testamentaria effettuata, tanto più sarebbe apparso presumibile che la stessa fosse frutto di influenza indebita.

L'attività interpretativa si esplica principalmente con la deduzione di determinate caratteristiche intrinseche ed estrinseche dagli elementi di fatto disponibili. Il linguaggio del giurista mostra un numero ampio di tali impieghi, raggruppati in insiemi contrapposti, in maniera che ogni fatto che debba essere oggetto di accertamento presunto, possa essere ricondotto all'una o all'altra categoria di insieme: ad esempio, realtà-apparenza, causa-effetto; situazione materiale-spirituale; circostanza di tempo passato-

⁽⁴⁰⁾ Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157 fol. 55ra. Sul punto v. G. Chiodi, *L'interpretazione del testamento*, cit., 578 s.

presente(-futuro) ecc. Pillio cerca di precisare le categorie del linguaggio comune, o di introdurne delle nuove, nell'intento di qualificare meglio determinati aspetti del fatto presunto, così che l'insieme delle categorie «possibile-impossibile-probabile» viene riformulato attraverso la categoria della *praesumptio* «violenta-temeraria-probabilis»⁽⁴¹⁾.

Ciò che Pillio intende evidenziare è che i concetti giuridici non sono da intendere come il frutto di una visione meramente teorica dei fatti (visione più o meno esaustiva) ma di un complesso di operazioni consapevolmente eseguite da chi fa uso di esse, nella necessità di tirarsi fuori dalle difficoltà sempre ricorrenti (contraddizioni, ambiguità, ecc.) che mettono in crisi l'ulteriore sviluppo di tali processi⁽⁴²⁾.

La crisi è risolta – se è possibile esprimersi in questi termini – con il riconoscimento del ruolo decisivo del ragionamento presuntivo che elabora e modifica assiomi e regole di deduzione logica. Non è agevole misurare tutte le implicazioni di questo mutamento, rispetto al senso di una proposizione giuridica (e in genere di una proposizione interpretativa) e all'opera di controllo della medesima. La concezione di Pillio legava indissolubilmente il significato della conoscenza ai mezzi che si fissano per controllarla, evidenziando come possedere una conoscenza del fatto presunto equivaleva a possedere una tecnica di controllo.

Anche nell'*Ordo Invocato Christi nomine* – per lungo tempo attribuito a Pillio⁽⁴³⁾ – la *praesumptio* costituiva una vera e propria attività finalizzata alla persuasione del giudice⁽⁴⁴⁾ e al raggiungimento di uno stato di certezza sulla fondatezza della domanda, tale da consentire la decisione della controversia. Ciascuna parte processuale aveva l'onere di dimostrare al giudice la fondatezza delle proprie posizioni: l'onere della prova è sempre a carico dell'attore, ma si ribalta sul convenuto se questi nega («negat ius, vel excipit, tunc in se transfert onus probandi»)⁽⁴⁵⁾. Così, accanto a *probationes* e *argumenta* si collocavano ulteriori elementi idonei a fornire la dimostrazione del diritto controverso e a fondare la decisione⁽⁴⁶⁾.

(41) Pillio da Medicina, *Libellus disputatorius*, Wien, ÖNB, Mss., 2157 fol. 36rb.

(42) *Ibidem*, fol. 59vc-60ra.

(43) Genzmer, anche sulla base degli appunti del Seckel, attribuisce l'opera a Bencivenne da Siena. Cfr., sul punto M. Caravale, *Bencivenne da Siena*, in DBI 1966, 215 s. Sulla discussa attribuzione dell'opera a Pillio, v. H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, I, *Die Glossatoren*, München 1997, 235 ss.; P. Weimar, *Tractatus de violento possessore 'Cum varie multiplicisque' a Pilio Medicinensis compositus*, in *Ius Commune*, 1967, 61 ss.

(44) *Ordo Invocato Christi nomine*, in *Pillii, Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum*, a cura di F. Bergmann, Göttingen 1842, § 6, 5.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*, 5; v. anche p. 56: «... Item transfertur ab actore in reum probatio, alias

5. – La *summa* di Azzone assumerà, in questa materia, un'importanza straordinaria e risponderà pienamente all'esigenza di realizzare una sintesi efficace dei principi generali. Nella lettura del titolo *de probationibus* vi è una buona messa a punto delle implicazioni processuali⁽⁴⁷⁾. Ciò appariva possibile in forza del richiamo critico alle dottrine precedenti, della cui utilizzazione la *summa* porta la visibile traccia nelle citazioni che arricchiscono le discussioni, non solo per illustrare e confrontarsi con posizioni della più alta considerazione, ma anche per dar conto con cura della formazione del proprio punto di vista⁽⁴⁸⁾: il che consente di apprezzare quanto Azzone di personale ha messo nelle teorie professate.

La domanda dell'attore è definita in termini di autonoma iniziativa nell'esercitare un diritto in giudizio, e il concetto di *onus probandi* appare connaturale alla pretesa *actoris*, indipendentemente dal fatto che questa sia effettivamente fondata⁽⁴⁹⁾. Da questo principio Azzone sviluppa due importanti corollari.

Il primo attiene alla dottrina della prova e delle sue condizioni, dottrina esposta distintamente, a seconda che il diritto della parte all'attuazione della legge in proprio favore spetti all'attore o al convenuto, e a seconda della varietà dei provvedimenti che la parte ha possibilità di conseguire (in particolare Azzone prende in esame l'eventualità della sentenza di rigetto della pretesa attorea e descrive la classificazione delle

propter delictum, alias propter praesumptionis adminiculum, (...) Quod dictum est "actore non probante", intellige "nec quasi probante", id est "nihil pro eo faciente", obtinebit reus, id est absolvetur, nihil ab eo praestito; nam, si pro actore praesumeretur, tunc quasi probaret, et sic condemnandus esset reus, nisi in contrarium probaret; quod quidem dupliciter fit, id est per praesumptionem et per religionem. – Per praesumptionem, alias ratione naturae, vel pietatis, alias ex facto; (...) ex facto, quia praesumitur actor quasi probasset, si probet se retro possedisse; – item si est talis praesumptio, cui lex stet, quasi probat actor, et obtinebit, nisi reus in contrarium probaverit; licet quidam dicant, quod actor tunc directo probat».

⁽⁴⁷⁾ Azzone, *Summa codicis, In IIII lib. Codicis*, Venetiis 1566, c. 315-318. Sulla fortuna editoriale dell'opera v. E. Conte, L. Loschiavo, *Azzone*, DBGI 1, 136 ss. La consapevolezza della specificità processuale del ragionamento presuntivo emerge altresì dal commento a C. 4.16 in Azzone, *Ad singulas leges XII librorum Codicis Iustiniani commentarius*, Paris 1577, p. 278-286. Cfr. anche Azzone, *Brocardica (aurea). Sive generalia iuris*, Basilea 1567, rubrica LIII, p. 459-467.

⁽⁴⁸⁾ Azzone, *Summa codicis, In IIII lib. Codicis*, n. 20, c. 318b: «Probari debet per testes, vel instrumenta (de quibus infra plene dicemus) non nudis asseverationibus, vel ementita professione, vel epistolis. ut infra eo. l. non epistolis. et l. non nudis. Et est asseveratio, nuda confessio, quae fit extra iudicium: quam laco. dicit alicui praeiudicare, nisi probaret contrarium. ut ff. eo. l. quidam. Sed id non puto verum: et quod in praefatis legibus dicitur, ideo sic statuitur, quia quis erat in quasi possessione filiationis, vel fraternitatis: unde nisi probetur contrarium, praesumitur esse pater, vel filius».

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, n. 1 e 2, c. 315.

eccezioni) ⁽⁵⁰⁾. Si collegano a questi aspetti gli effetti della litispendenza e del mutamento della domanda.

Il secondo corollario attiene al regime delle presunzioni, esaminate riguardo al fatto che il loro impiego giovi a una parte piuttosto che a un'altra. E qui si prendono in esame anzitutto le condizioni perché possa trovare ingresso la prova presuntiva (discutendo i presupposti processuali) ⁽⁵¹⁾.

Le argomentazioni di Azzone suggeriscono accostamenti significativi tra *probatio* e *praesumptio*, onere della prova ed *exceptio*. L'indagine è feconda. Da alcuni principî fondamentali derivanti dal diritto romano, altri principî germogliano via via che il giurista procede all'accostamento di situazioni giuridiche diverse aventi elementi comuni, come per l'onere della prova e l'interesse ad agire, per le prove contrarie alle presunzioni e il superamento della presunzione legale.

I fatti influenti nella causa debbono generalmente essere affermati dalle parti perché il giudice possa tenerne conto. Non solo: questi fatti debbono di regola essere provati dalle parti, perché possano essere ritenuti esistenti. E qui si individuano due problemi: 1) quali fatti deve una parte affermare e provare per ottenere una sentenza favorevole; 2) chi ha l'onere di affermare e provare i fatti perché il giudice possa tenerne conto.

Se l'onere di affermare e l'onere di provare sono generalmente coesistenti, il giurista tuttavia avverte come non siano assimilabili in quanto non tutto ciò che si asserisce è anche sottoposto all'onere della prova: ad esempio, quando i fatti affermati siano ammessi o si abbiano per ammessi e si tratti di vedere se siano sufficienti:

«Quod autem dictum est in negante ius, considera et in negante factum: nam licet actori asserenti incumbat probatio (ut dictum est) si tamen lex praesumat esse factum, quod ipse asserit, incumbit reo neganti onus probandi contrarium: ut ecce, tu dicis hominem sanae mentis, et ego nego, praesumitur secundum naturam, quod sit sanae mentis, nisi probetur contrarium. ut infra de codicill. nec codicillos. (D. 29.7.1) vel dicit maritus uxorem quaevisse de bonis suis, et illa negat: praesumitur pro marito, nisi uxor probet contrarium. ut infra de donat. inter virum et uxorem. l. et. (C. 5.16.6) Praesumptio enim transfert onus probationis ab actore in reum. ut in predictis casibus, et alibi. ut infra eo. l. sive (D. 24.1.34) et ff. eo. l. cum de indebito (D. 22.3.25). Item a reo in actorem: quia licet reus exceptionem teneatur probare, si tamen pactum factum sit ei de non petendo, vel

⁽⁵⁰⁾ *Ibidem*, n. 18 e 19, c. 317. Cfr. Azzone, *Ad singulas leges XII librorum Codicis Iustiniani commentarius*, p. 283-285.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, n. 7, c. 316.

chirographum obligationis sit cancellatum, praesumitur haeredi debitoris, et ipsi debitori debitum esse remissum. ut ff. eo. l. si pactum. et l. si chirographum (D. 22.3.24)»⁽⁵²⁾.

Una *dissensio* di Giovanni Bassiano, riportata da Ugolino de' Presbiteri ed edita da Haenel, ci illumina sul pensiero di Azzone, in continuità con l'orientamento di Bulgaro e Piacentino, in merito al problema della ripetizione dell'indebito da parte di chi, obbligatosi con promessa di pagamento verso qualcuno perché indotto da timore, avesse, nonostante ciò, successivamente eseguito il pagamento:

«Bul. (Bulgarus) dicit., quod, si aliquis metu coactus promiserit et non coactus solverit, non repetit, etiamsi velit probare, metum in promittendo inlatum esse, ut C. Quod metus causa (2, 20.) L. 2. Sed Y. (Irnerius) contra, arg. pro se D. Quod metus causa (4, 2.) L. Metum autem (9.) §. Sed quod praetor et D. de Conditione ob turpem causam (12, 5.) L. Ex ea, et intelligit L. illam C. Quod metus causa (2, 20.) L. 2., quando non probat, se metum passum in promissione, secus si illud probaret, ut per Leges praedictas. Dominus autem Azo dicit idem, quod Bul. (Bulgarus), et Leges inductas a domino Y. (Irnerio) intelligit, quando etiam in solvendo metum passus est. Nam si in solvendo non esset passus metum, non repeteret, ut C. Quod metus causa (2, 20.) L. 2., quia sublata esset proxima causa turpitudinis, ut D. de Conditione ob turpem causam (12, 5.) L. penult., quam Legem Y. (Irnerius) intelligit, quando turpitudine versatur ex parte accipientis tantum, ut in metu et in similibus, sed intelligit, quando versatur ex parte dantis tantum, vel ex parte utriusque, quum repetitio cessat, ut ibidem dicitur. Sed Plac. (Placentinus) idem dicit., quod Bul. (Bulgarus) et Azo, et dicit., quod, si postea spontanea voluntate solvat, non repetit, quia Lex illa praedicta interpretatur, metum non intercessisse, sicut et alias interpretatur, pecuniam esse numeratam post biennium, quae non fuit numerata. Iob. (Ioannes Bassianus)»⁽⁵³⁾.

La *dissensio* si incentra sui limiti della tutela restitutoria. Nel diritto romano la qualifica di creditore si riconosceva solo alla parte che sul piano processuale non poteva essere neutralizzata da un'*exceptio* (v. D. 50.16.10). Pertanto, il pagamento eseguito da chi è stato indotto dal timore di una minaccia ingiusta è indebito e chi allega la prova della violenza morale ha diritto alla tutela restitutoria. La soluzione di Irnerio – disattesa da Bulgaro – era formalmente conforme alla lettera del testo del *Codex*, laddove Irnerio aveva ritenuto che quando si esegue un pagamento si presume che questo

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, n. 6, c. 315-316.

⁽⁵³⁾ Ugolino de' Presbiteri, *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, ed. G. Haenel, Lipsiae 1834, § 34, 276.

sia dovuto, non essendo verosimile che uno paghi qualcosa che non dovrebbe, salva la prova contraria che si sia dato seguito a una obbligazione viziata da violenza morale. In altri termini, Irnerio riteneva che non si potesse prescindere, sotto il profilo sostanziale, dall'esistenza o dalla validità dell'obbligazione, venendo meno ogni effetto vincolante della promessa stessa ove fosse stato provato che il rapporto fondamentale era invalido.

L'orientamento di Bulgaro, Piacentino e Azzone era in tutt'altro senso assumendo che, se l'obbligato avesse pagato nonostante l'intimidazione, non avrebbe potuto certo ripetere quanto corrisposto, perché con il suo successivo adempimento spontaneo veniva meno la causa prossima del preteso vizio, dovendosi quindi presumere che l'intimidazione non fosse rilevante. Bulgaro rivela già il tentativo di imprimere un indirizzo interpretativo divergente da una lettura formale del testo legale. La promessa di pagamento non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha soltanto un effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, venendo a determinarsi una mera «*relevatio ab onere probandi*» per la quale il destinatario della promessa è dispensato dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale. L'obbligazione può nascere contemporaneamente alla dichiarazione della promessa (o trovarsi «*in itinere*» al momento di questa), ma l'effetto vincolante della promessa stessa non viene meno ove si assuma che il rapporto fondamentale è invalido, quando si verifichi un ulteriore elemento attinente al rapporto obbligatorio che impedisca comunque al giudice di incidere sull'*obligatio* derivante dal riconoscimento di debito e tale è l'adempimento spontaneo (e successivo alla promessa) da parte dell'obbligato. In questo caso si presume che l'asserita subita coazione del volere da parte del promittente dovesse considerarsi inconsistente.

Tale orientamento consolidato è passato nella Glossa a C. 2.20.2, v. *non potest*:

«Unde nullo modo repetit: tum quia sublata est proxima causa turpitudinis: turpitude enim est vis et metus. Causa proxima dicitur coacta voluntas quae tollitur: quia ratum quod fecit videtur habere, sponte solvendo: ut ff. de condi. ob turpem causam, l. si ob turpem. Tum etiam quia odiosa est exceptio haec, ut ff. de exceptio. doli, l. 2 et 3 in principio, et l. apud Celsum, § pen. unde omnino cessat repetitio: ut ff. de conductio. indeb., l. qui exceptionem. Tum etiam quia una solutio non parit liberationem et repetitionem: ut ff. de solu., l. qui hominem, § fin. Unde his tribus rationibus reprobatur glo. Irne»⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ Vedi pure Accursio, Glossa, v. *non potest*, in l. 2 Cod. *de iis, quae vi*, II.20 (*Codex*, Lugduni 1560, c. 278).

6. – Apparentemente il convincimento del giudice opera solo nel caso della libera valutazione delle prove e non quando riguarda l'applicazione delle previsioni presuntive stabilite dall'ordinamento o elaborate dai giuristi. Ma le cose non sono così automatiche poiché la prova non riguarda solo il processo ma anche direttamente il diritto sostanziale. Per quanto la prova sia rivolta al giudice, l'esigenza di certezza per i giuristi non rappresenta esclusivamente un presupposto dell'attività conoscitiva del giudice.

Sul piano sostanziale la prova spiegava i suoi effetti se aderente a presupposti predeterminati, volti a garantire la stabilità nei rapporti e nelle situazioni giuridiche soggettive, anche per l'eventualità di un *iudicium* successivo. Si pensi all'alienazione dei beni gravati da usufrutto fatta dal *filius familias* senza il consenso del padre usufruttuario. In questo caso i glossatori sostenevano che la carenza del consenso dell'interessato (il padre usufruttuario del bene alienato) non comportava di per sé la nullità dell'atto di alienazione, se questo non pregiudicava colui che doveva prestarlo, ritenendosi come se il consenso fosse stato tacitamente accordato, supplendo a tale mancanza l'accertamento da parte del giudice che l'obbligazione era stata assunta per giusta causa, tanto da non poter contro di essa efficacemente dedursi alcuna nullità.

La fattispecie ora menzionata riguardava l'operatività della regola contenuta nella *L. cum non solum l. Filiis autem cod. de bon. quae lib.* [C. 6.60(61).5] che vietava espressamente al figlio di famiglia di vendere, ipotecare e dare in pegno il *peculium adventicium* gravato dall'usufrutto paterno senza il consenso di quest'ultimo⁽⁵⁵⁾. Il punto nodale della questione si incentrava su un passaggio testuale: «Melius enim est coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant qui eos post dispersum expectat patrimonium». La *ratio* normativa sembrava, apparentemente, ispirata alla finalità di prevenire atti dispositivi dilapidatori del patrimonio familiare da parte dei giovani figli ma, in realtà, secondo gli interpreti medievali la motivazione era la tutela dell'interesse del *pater familias*⁽⁵⁶⁾. Pertanto, chiarito che la causa finale della legge era quella

⁽⁵⁵⁾ Sul regime del *peculium adventicium* nell'esperienza medievale, v. M. Bellomo, *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni. Beni paterni e «pars filius»*, Milano 1968, 95 ss., spec. 131 ss.; P. Vaccari, voce *Famiglia (diritto intermedio)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino 1981, 46 ss.

⁽⁵⁶⁾ Azzone, *Summa Codicis*, gl. *vel per procuratorem* ad C.6.60.1, *de bonis maternis et materni generis*. l. *res ex matris*, nr. 1, Lutetiae Parisiorum 1611, p. 545: «Pater habet usumfructum, praeterea filius est in potestate, item administrat...»; Accursio, gl. *ex eius substantia*, ad C.6.61.6; Odofredo, *Prelectiones* in C.6.61.1, *de bonis quae liberis*. l. *cum venerandae*, Lugduni 1550, f. 89va.

di salvaguardare l'interesse del padre, ciò implicava che il suo consenso all'alienazione veniva richiesto per questo unico effetto e non per integrare la volontà del figlio; in questo modo i giuristi potevano affermare che la legge non impediva al *filius familias* l'alienazione del *peculium adventicium*, se non in quanto un tale atto fosse stato di nocumento all'interesse paterno; quando, tuttavia, tale interesse rimaneva illeso, non sussistevano presupposti giuridici per dichiarare la nullità dell'atto di alienazione. È agevole ritenere che molte volte si configuravano casi in cui il padre aveva un interesse rispetto ad atti dispositivi del proprio figlio, se non altro per il pregiudizio che poteva risultarne, sia in ordine alla quota di legittima che il padre avrebbe potuto conseguire sopra i beni del figlio, sia rispetto agli alimenti che il figlio avrebbe potuto pretendere dal padre, così che i giuristi interpretarono la regola nel senso del presunto consenso paterno, quando l'atto di alienazione non pregiudicava l'interesse di quest'ultimo, salva la prova contraria.

7. – Ora, la concezione critica della certezza della prova non può fare a meno di un apporto interpretativo dinamico, che non si limiti a una mera esegesi delle norme romane giustiniane. Alcuni aspetti della lettura dei *libri legales* si collegano a processi innovativi lenti, quasi impercettibili, che avanzano a piccoli passi, nel solco tracciato da una lunga tradizione. Ma vi sono anche significativi scostamenti. Azzone distingue, dal punto di vista dell'onere della prova, se le presunzioni ammettano o meno la prova contraria e quelle che non l'ammettono sono qualificate come *praesumptio iuris et de iure*. Sotto tale profilo è possibile individuare una differente impostazione dell'elaborazione medievale rispetto ai testi giuridici romani, laddove il termine '*praesumere*' nelle fonti giustiniane era impiegato sempre nel senso di «ammettere senza dimostrazione», e ciò a prescindere dalle ipotesi in cui era ammessa o meno la prova contraria⁽⁵⁷⁾.

L'espressione *praesumptio iuris et de iure* – che non ricorre quindi nelle fonti romane – è invece impiegata dai giuristi medievali con un'apparente connotazione tecnica, ma con significati del tutto disomogenei rispetto alle realtà che con essa si volevano regolare. Azzone ripete l'opinione dei primi glossatori bolognesi (e naturalmente quella del suo maestro Giovanni Bassiano)⁽⁵⁸⁾ e ne discute esplicitamente a proposito di C.

⁽⁵⁷⁾ Cfr., tra la molta bibliografia, M. Kaser, *Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß*, in *Zss. Rom.* 1954, 221 ss.; F. Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, II, *La c.d. presunzione di paternità*, Bologna 1964, 37 ss.

⁽⁵⁸⁾ Azzone, *Lectura super Codicem, Corpus Glossatorum Juris Civilis* III, Parigi 1577, rist. Torino 1966, 308, v. *ad praesumptionem*, ad C. 4.28.7: «et appellaverunt antiqui hanc

4.28.7.1 – un testo che ha svolto un ruolo rilevante nella teoria delle presunzioni *iuris et de iure* – ove si dichiara che il *senatus consultum* macedoniano non si applica al *filius familias* militare⁽⁵⁹⁾.

Azzone distingue anche il profilo della valenza probatoria della presunzione dal diverso concetto di finzione, usualmente impiegato in maniera analoga nel linguaggio comune:

«Ex his patet, quod licet a lege aliquid praesumatur, tamen contrarium probatur: nisi lex ipsa praesumat, et ratione praesumptionis generale faciat statutum, hoc est (ut dicunt, et bene) quod est praesumptio iuris et de iure: tunc enim non probatur contrarium (...) Et sunt haec vera, cum lex praesumat super facto, quod est ei incertum. Si vero legi factum sit certum, sed ipsa aliud fuisse fingat, non potest ei probari contrarium: ut ecce: reversus ab hostibus fingitur non fuisse captus: item mulier fingitur stipulata de dote sibi restituenda: non liceret in talibus alicui probare contrarium. vel ut de rei uxore. act. l. unica. infra responso. et §. accedit. et Instit. quibus mod. ius pat. potestat. sol. §. si ab hostibus»⁽⁶⁰⁾.

Se la finzione, infatti, presuppone che sia vero un fatto la cui esistenza non è direttamente provata, potrebbe sembrare che anche le presunzioni siano finzioni. Si finge, ad esempio in base alla *lex Cornelia*, che sia morto prima di cadere in mano nemica il cittadino che certamente è morto dopo. Ma, a differenza delle finzioni, le presunzioni sono induzioni dal fatto certo al fatto incerto; quindi, logicamente e giuridicamente sono delle prove. La forza probatoria della presunzione deriva dall'assunto che il fatto incerto è provvisoriamente ritenuto vero, per il rapporto di necessità logica (fondato sulla verosimiglianza) con il fatto di cui si chiede la prova.

praesumptionem juris et de jure». Ci dà anche il loro nome in altri punti della *lectura*: «super hanc legem apposuit talem glossam dominus Yr. [Imerio] ..., non enim haec tantum praesumptio juris et ut ipse dixit, imo juris et de jure unde dixit dominus Io. [Giovanni Bassiano] quod cum haec sit» (*Comm.*, C. 2.19.2). «Et videtur istud multum facere pro opinione domini M. [Martino Gosia] ... B. [Bulgaro] tamen visum fuit quod cum quis sciens in alieno solo aedificavit praesumatur donare et haec praesumptio est juris et de jure» (*Comm.*, C. 3.32.2).

⁽⁵⁹⁾ Azzone, *Summa Codicis*, In IIII lib. Codicis, c. 362. Cfr. Azzone, *Lectura super Codicem* 308, v. ad praesumptionem, ad C. 4. 28.7.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, In IIII lib. Codicis, n. 7 e 9, c. 316b. Per quanto riguarda il tema delle finzioni nel pensiero di Azzone, v. S. Menzinger, *Finzioni del diritto medievale*, cit., 287 ss. (a proposito della classificazione della finzione nella *Summa Codicis*), 298 ss. (in ordine alla distanza di intenti rispetto a Pillio da Medicina) e 304 ss. (sull'influenza dei dibattiti canonistici – a partire dalle *Distinctiones decretorum* di Riccardo Anglico – relativamente alla selezione delle *fictiones iuris* da parte di Azzone); v. pure F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della «fictio iuris»*, Padova 1979, 168 ss.; G. Chiodi, *L'interpretazione del testamento*, cit., 76 ss.

Probabilità e plausibilità rafforzano l'autorità probatoria del fatto presunto nella misura in cui garantiscono la conformità alla ragione. Ciò significa che un fatto assurdo non può essere presunto, poiché non esprime verosimiglianza né risponde ad alcuna esigenza probatoria.

L'applicazione della qualifica di *praesumptio iuris et de iure* si lega unicamente agli effetti di esclusione della prova contraria. Interpretando C. 2.19.2, Azzone affronta la questione dell'improbabilità del fatto e la qualifica ugualmente come una presunzione legale: non è probabile, diceva il testo, che atti di violenza siano stati esercitati su una persona al momento della sottoscrizione di un debito chirografario, se questa ha pagato senza sollevare proteste. Il glossatore afferma che quella è una presunzione *iuris et de iure* che non consentirà più, a chi si pretenda vittima, di intentare l'*actio quod metus causa* ⁽⁶¹⁾.

La *praesumptio iuris et de iure* fu introdotta, dalla scienza giuridica medievale, proprio con la finalità di problematizzare le fattispecie legali contenute nel *Corpus iuris*. Fu stabilita con tale qualificazione una differenziazione fra vari tipi di argomentazione. La *praesumptio iuris et de iure* non è solo inquadrata dal punto di vista processuale, ma è intesa anche quale regola di diritto imperativo, come nell'ipotesi del soldato avente lo status di *filius familias* che prende soldi in prestito senza l'autorizzazione paterna: l'obbligazione è ritenuta validamente contratta in quanto si presume, senza possibilità della prova contraria, che ogni *miles* riceve o impiega denaro esclusivamente a scopi militari («praesumitur accipiat in castrenses causas») ⁽⁶²⁾. Così anche verranno qualificate in termini di *praesumptio iuris et de iure* le disposizioni giuridiche che sono conseguenza di un rapporto tra due fatti stabilito dall'ordinamento, come per esempio nel *matrimonium praesumptum* ⁽⁶³⁾, quando tra i nubendi interveniva la «copula carnalis» ⁽⁶⁴⁾. In questa ipotesi si presumeva la sussistenza del *con-*

⁽⁶¹⁾ Azzone, *Summa Codicis*, In II lib. *Codicis*, c. 104.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*, *Summa Codicis*, In III lib. *Codicis*, n. 7 c. 316b.

⁽⁶³⁾ Sul punto v. J. Mullenders, *Le Mariage présumé*, Roma 1971, spec. p. 71 ss.; C. Donahue, *The policy of Alexander the Third's consent theory of marriage*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano 1976, 251 ss.; J. Gaudemet, *Les étapes de la conclusion du lien matrimonial chez Gratien*, in Id., *Sociétés et marriage*, Strasbourg 1979, 379 ss.; J.A. Brundage, *Marriage and sexuality in the decretals of pope Alexander III*, in Id., *Sex, law and marriage in the middle Age*, IX, Aldershot 1993, 59 ss.; A. Winroth, *Marital consent in Gratian's Decretum*, in *Readers, Texts and Compilers in the earlier Middle Ages. Studies in Medieval Canon Law in honour of Linda Fowler-Magerl*, ed. by M. Brett and K.G. Cushing, Surrey, Burlington, Ashgate 2009, 111 ss.

⁽⁶⁴⁾ Enrico da Susa, *Summa Aurea*, Lib. II, *De Praesumptionibus*, c. 586, n. 3: «carnalis copula facit de sponsalibus matrimonium, iure praesumente, quod consenserit, et de hac praesumptione facit ius, et sic dicitur praesumptio iuris et de iure».

sensus de praesenti, stabilendosi una presunzione legale che non ammetteva la prova contraria, come risulta formalmente dal canone X 4.1.30:

«Is qui fidem dedit M. Mulieri super matrimonio contrahendo carnali copula subsecuta etsi in facie ecclesiae ducat aliam et cognoscat, ad primam redire tenetur “quia licet presumptum primum matrimonium videatur, contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda”. Ex quo sequitur quod nec verum nec aliquod censetur matrimonium quod de facto est postmodo subsecutum»⁽⁶⁵⁾.

La soluzione escogitata dai giuristi, per cui la «copula carnalis» trasformava il fidanzamento in matrimonio, presupponeva il «consensus de praesenti», aderendo così al tradizionale insegnamento di Graziano: «Coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur»⁽⁶⁶⁾.

In tutte queste ipotesi la presunzione è semplicemente un fatto che sia constatato o ritenuto come assolutamente determinante rispetto al verificarsi di un altro fatto o di un'altra situazione, oppure è un motivo addotto a spiegazione di una logica di condotta o di una *ratio legis*, ma in ogni caso si tratta solo di disposizioni legali che impongono un obbligo preciso e inderogabile. Pertanto, al di là della terminologia impiegata, le *presumptiones iuris et de iure* non rappresentano presunzioni legali, né i giuristi medievali fraintesero i due fenomeni⁽⁶⁷⁾. Se la «praesumptio iuris» operava in tutte le ipotesi in cui, secondo il criterio generale dell'*id quod plerumque accidit*, l'ordinamento aveva stabilito che la situazione presunta era ritenuta quella apparente, alla quale l'ordinamento apprestava una tutela provvisoria, fintanto che non si accertava l'esistenza di un elemento che comportava un mutamento di prospettiva, la «praesumptio iuris et de iure» esigeva che il giudice dovesse soltanto limitarsi a verificare che il fatto da accertare corrispondesse alla previsione presuntiva stabilita dall'ordinamento, ricorrendone i presupposti.

⁽⁶⁵⁾ Il canone X 4.5.6, *de conditionibus apposis in desponsatione vel in aliis contractibus*, presenta il medesimo tenore. Un uomo ha promesso a una donna di sposarla ad una condizione. Se prima dell'avveramento dell'ipotesi condizionante, interveniva la «*copula carnalis*» tra i nubenti, si considerava il fatto come una rinuncia tacita alla condizione, e tale presunzione non ammetteva la prova contraria.

⁽⁶⁶⁾ C. XXVII, q. II, *dictum post c. 34*; v. G. Marchetto, *I glossatori di fronte al diritto canonico: matrimonio e divorzio nella riflessione di Azzone* († 1220 ca.), in *AISTn* 2000, 70.

⁽⁶⁷⁾ Non a caso Baldo degli Ubaldi – un giurista considerato filosofo, nella misura in cui riusciva a cogliere l'essenza del problema giuridico al di là dell'aspetto tecnico della soluzione da adottare (*praesumptio est duplex*) – affermerà [Baldo, *Commentaria in IV et V Codicis libros*, Lugduni 1585, fol. 49ra, n. 14]: «et iuris praesumptio est duplex, quia quaedam est quae transit in statum legis et ista appellatur iuris et de iure dicitur enim iuris quia jure est inducta et de iure quia de ea est factum jus et contra ipsam non possit probari».

8. – Lo stretto legame delle presunzioni con il criterio dell'onere della prova si ripropone nella *Summa de ordine iudiciario* del canonista Damaso, maestro a Bologna tra la fine del sec. XII e i primi decenni del XIII, che è tra le prime sistemazioni della materia processuale a contenere una lettura esegetica non acriticamente appiattita sui principi del diritto romano. D'altra parte, non solo nell'utilizzo e nell'elaborazione del materiale legislativo, ma anche nella citazione di casi ed esempi concreti, l'autore si occupa soprattutto delle norme del diritto canonico e della considerazione delle condizioni ecclesiastiche.

Si tratta dell'applicazione di regole di valutazione rivolte al giudice per avviare all'alternativa del *non liquet*, nell'ipotesi di difficoltà o impossibilità dell'accertamento dei fatti, indicandogli (e ordinandogli) il criterio in base al quale la decisione doveva essere assunta. Emerge chiaramente come in mancanza di prova testimoniale, documentale o per confessione della parte, la causa è decisa in base a presunzioni. Il giurista indica le regole generali e il procedimento inferenziale che il giudice dovrà adottare sulla base di esse per definire la causa in termini di certezza deduttiva. La prima ipotesi che consente di collegare il fatto noto al fatto ignorato riguarda criteri costituiti da regole generali caratterizzate da un elevato grado di probabilità («*praesumptio violenta*»), così che la conclusione dell'inferenza è da ritenersi altamente attendibile e può avere un carattere di certezza pratica («*proceditur per eam ad diffinitivam sententiam*»). La seconda ipotesi («*praesumptio probabilis*») fa riferimento a un fatto ritenuto di esperienza comune o fondato su un'opinione diffusa in un determinato contesto («*assidue habet familiaritatem aliquis cum aliqua suspecta*»); Damaso, prefigurandosi che una presunzione fondata su criteri come questi potrebbe naturalmente indurre il giudice a conclusioni errate, non la ritiene di per sé sufficiente per la condanna del convenuto. La terza ipotesi («*praesumptio temeraria*»), è quella di una presunzione equivoca; qui si intende che le conclusioni che possono essere inferite dai fatti noti non sono in grado di riportare in modo preciso al *factum* ignorato, così che il giudice non ne deve tener conto («*repellitur talis*») ⁽⁶⁸⁾.

Damaso specifica come le presunzioni incidano sull'onere della prova, mettendo in evidenza che si caratterizzano per l'ammissibilità della prova contraria a carico dell'altra parte: l'effetto immediato delle presunzioni *violenta* e *probabilis* è, da un lato, la non necessità, a favore di una parte, di dimostrare in giudizio l'esistenza del fatto presunto e, dall'altro, l'im-

⁽⁶⁸⁾ Damaso, *Summa De ordine iudiciario*, ed. A. Wunderlich, Göttingen 1811, rist. Aalen 1962, tit. LVIII. *Quot sunt species probationis*.

posizione a carico della controparte dell'onere della prova contraria, ove non si voglia esporre agli effetti giuridici della fattispecie presunta cui il fatto stesso si riferisce («Admittitur tamen probatio et contra praesumptionem violentam, et contra probabilem multo fortius ... Hoc, ubi ius praesumit super facto incerto et stat in finibus praesumptionis») (69). Tale prova contraria potrà naturalmente vertere sul fatto opposto a quello presunto, ovvero su fatti incompatibili con l'esistenza del fatto presunto.

È evidente la corrispondenza tra le argomentazioni di Damaso e l'impostazione già affrontata nella *Summula de presumptionibus*, la quale esercita un suo fascino anche su menti affilate, come quella di Pillio da Medicina (70), in un'epoca di difficili approdi per la generazione post-bulgariana, generazione che aveva ricevuto – adempiendovi – la missione di predicare la corrispondenza dei testi giuridici romani allo spirito della rifondazione bolognese. Se ancora molto restava da indagare, vedremo come il fenomeno processuale avesse ormai trovato la sua sistemazione scientifica e come i giuristi si confrontassero anche su casi nuovi, non limitandosi a rimuginare i concetti portanti.

Quest'indirizzo critico della scienza canonistica anglo-normanna (71) – che influenza la generazione matura dei glossatori civilisti come Pillio e Azzone – si sforza di porre rimedio al formalismo dei primi glossatori, orientando, con un crescendo di progressivi ampliamenti teorici, la riflessione dottrinale lungo tre direzioni distinte.

(69) *Ibidem*, tit. LIX. *Quae praesumptio probationem recipit in contrarium*. Sulla discussa attribuzione dell'opera a Damaso v. A. García y García, *Observaciones sobre los apparatus de Dámaso Hungaro a las tres primeras compilaciones antiguas*, in *Traditio*, 1962, 469 ss.; K.W. Nörr, *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, in H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I *Mittelalter*, München 1973, 389.

(70) Nel *libellus disputatorius* Pillio impiega i concetti di intrinsecità ed estrinsecità del fatto incerto, mutuandoli direttamente dal *Perpendiculum*: «Hic locus frequens est in iudiciis et pernecessarius, maxime quotiens super incerto disputatur. Incertum autem consistit circa factum extrinsecum et circa factum intrinsecum, puta voluntatem vel consensum, et circa iuris vel cuiusque autentice scripture interpretationem. Item cum incertitudo circa extrinsecum vel intrinsecum factum consistit, aut est circa facti substantiam aut circa facti qualitatem. Cum constat de substantia operis, nunc singula ordine prosequamur». Cfr. S. Kuttner, *Réflexions sur les brocards des glossateurs*, cit. (*supra* nota 16).

(71) Sulla storiografia che si è occupata della scuola anglo-normanna, v. almeno S. Kuttner – E. Rathbone, *Anglo-Norman Canonist of the Twelfth Century*, in *Traditio* 1949-1951, 279 ss., 327 ss., rist. in S. Kuttner, *Gratian and the Schools of Law 1140-1234*, cit., nu. VIII; R. Weigand, *Die anglo-normannische Kanonistik in den letzten Jahrzehnten des 12. Jahrhunderts*, in *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law. Cambridge, 23 – 27 July 1984*, P.A. Linehan (Hrsg.), Città del Vaticano 1988, 249 ss.

In primo luogo, si preoccupa di approfondire i risvolti logici, quale fattore importante, ma non esclusivo, da cui dipende la realizzabilità – o meglio, il grado di realizzabilità – della certezza probatoria. La certezza della prova, da valore formale da invocare o proclamare senza problematizzarne i criteri applicativi rintracciabili nel diritto romano giustiniano, viene ora precisandosi sul piano dei requisiti processuali ed epistemologici. In altre parole, la logica della prova non è più postulata come qualcosa di autoevidente, ma viene correlata all'effettiva riduzione dell'ambiguità del fatto da accertare nel giudizio: la certezza della prova diventa perciò un valore che, per essere adeguatamente attuato, richiede un maggiore approfondimento dei termini di impiego delle *praesumptiones*, idonee a risolvere i casi dubbi.

In secondo luogo, l'esegesi delle regole contenute nei *libri legales*, pur rimanendo un'operazione imprescindibile, da sola non è più ritenuta sufficiente a chiarire in modo soddisfacente il problema dottrinale della logica della prova. A tale scopo si riteneva di prendere in considerazione non il singolo mezzo di prova in maniera isolata, bensì l'intero apparato sostanziale e processuale del regime della prova, in modo che l'analisi complessiva potesse risolvere tutti quei conflitti apparenti fra principi o valori di acquisizione e valutazione della prova di diverso grado. Prevalsa nei glossatori civilisti un intento definitorio, prima ancora che di sistemazione concettuale, come per fare chiarezza sui postulati del meccanismo presuntivo.

In terzo luogo, si avverte che neppure l'attenzione verso gli aspetti ordinamentali della prova basta a mettere completamente a fuoco il problema della certezza e della logica presuntiva. Il passo decisivo viene compiuto quando si abbandona l'accostamento neutrale, proprio della lettura esegetica dei primi glossatori, e si riconosce apertamente che la certezza della prova richiede, anche in senso metagiuridico, una lettura rinnovata dei diversi livelli del procedimento di valutazione degli elementi probatori, anche di quelli presunti. In tale prospettiva, i giuristi medievali intenti a massimizzare il valore della dimostrazione processuale (quindi anche della prova presuntiva), comprendono la necessità di farsi pieno carico, sul piano dell'elaborazione teorica, non solo dei momenti della propria attività che sono, o pretendono di essere, prevalentemente ricognitivi, ma anche delle tecniche creative di nuovo diritto, in specie delle tecniche retorico-analitiche. In questo senso si può dire che abbiano cercato progressivamente di impiegare teorie adeguate a sorreggere la certezza probatoria, intendendola non come un valore assoluto – che un giurista odierno potrebbe leggere in termini garantistici – o privo di costi sociali, essendo naturalmente consapevoli che della prova possano esservi realiz-

zazioni incompiute e limitate. Il loro intento non sembra quello di perseguire il massimo grado possibile di incontrovertibilità dell'accertamento giudiziale in ogni situazione, ma di rispondere al problema degli inconvenienti a cui si va incontro, se si desidera incrementare la certezza probatoria.

9. – Il ragionamento presuntivo si delineò, quindi, quale mezzo di prova da impiegare nella formazione del convincimento del giudice nei casi in cui questi non poteva basare la propria decisione su fatti noti, obiettivi e direttamente conoscibili, per accertare un fatto rilevante ai fini della soluzione della controversia.

Prendiamo in esame, ad esempio, la *Summa de matrimonio* (1210-1214) di Tancredi nel punto in cui tratta del problema dell'invalidità del matrimonio «contracto per vim vel metum»⁽⁷²⁾, laddove il giurista descrive gli elementi in forza dei quali non può ritenersi sussistere una valida prestazione del consenso matrimoniale. Dal complesso delle norme canoniche applicabili in materia, il giurista ritiene che la prova del nesso causale tra la violenza e la volontà possa desumersi soltanto facendo ricorso a elementi presuntivi esterni ovvero il contesto in cui si sarebbe verificata la denunciata costrizione, se la stessa aveva inciso sul corpo della persona e sulla sua capacità determinativa, oppure sull'anima e sulla sua capacità decisionale, tenuto conto della qualità delle parti («... non est verisimile, hominem clarae dignitatis timuisse in urbe, vel quod rex metu parvi militis timeat ...»⁽⁷³⁾) e delle eventuali circostanze che avrebbero consentito alla donna di sottrarsi alla coazione, ai fini della valutazione della consistenza della minaccia e del danno. Pertanto, il giurista ritiene che non possa configurarsi il vizio del consenso se il fatto violento o il turbamento d'animo non siano oggettivamente apprezzabili («excusare metus hos posse puta, quia nescis, Stupri sive status verberis atque necis»), ovvero non

⁽⁷²⁾ Tancredi, *Summa de Matrimonio*, tit. 25. *De matrimonio contracto per vim vel metum*, ed. A. Wunderlich, Göttingen 1841, 46 ss. Su questa *summa* e la successiva rielaborazione da parte di Raymondo di Penyafort, cfr. A. Teetaert, *Summa de matrimonio sancti Raymundi de Penyafort*, in *Ius pontificum* 1929, 54 ss., 228 ss., 312 ss.; R. Weigand, *Die bedingte Eheschließung im kanonischen Recht. I. Teil: Die bedingte Eheschließung im kanonischen Recht. Ein Beitrag zur Geschichte der Kanonistik von Gratian bis Gregor IX*, München 1963, 400 ss.; Id., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irenaeus bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München 1967, 256 ss. e *passim*; K. Pennington, *The Church from Pope Innocent III to Pope Gregory IX*, Domenico di Caleruega e la nascita dell'ordine dei frati predicatori: *Atti del XLI Convegno storico internazionale Todi, 10-12 ottobre 2004*, Spoleto 2005, 25 ss.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, 47.

abbiano intaccato l'autonoma scelta del nubente, come è dato presumersi da una riscontrabile situazione esterna rispetto alla denunciata condizione psicologica:

«Et sic iudex secundum diversitatem personarum et locorum iudicabit, qualis sit metus, et iudicabit matrimonium aliquod, vel nullum. Item nota, quod, qualiscunque sit metus vel violentia in matrimonio contrahendo, si stetit mulier cum marito per annum et dimidium, vel si consentit in carnalem copulam, non debet post ea audiri, si allegat metum vel violentiam, ut extra II de sponsalibus. 4, 1. ad id, quod. 7. (c. 21. X. 4, 1.), extra II qui matrimonium accusare possunt. 4, 12. insuper adjecisti. 3. (c. 4. X. 4, 18.), extra I de eo, qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium). 4, 7. significavit. 2. in fi. (c. 2. X. 4, 7)»⁽⁷⁴⁾.

La stessa definizione di presunzione messa a punto da Tancredi nel suo *Ordo iudiciarius* (1214-1216) sembra condizionata da questo aspetto: «Praesumptio est argumentum ad credendum unum factum, surgens ex probatione alterius facti»⁽⁷⁵⁾, ove si mette in evidenza la necessità di un ragionamento logico in forza del quale l'interprete possa desumere che necessariamente da certi fatti scaturiscano determinate conseguenze.

Tancredi affronta non soltanto più specificamente l'analisi dei singoli mezzi di prova ma, in riferimento alla presunzione, individua i fatti che potevano valere come semplici indizi in casi concreti, o assumere il valore di rigide *praesumptiones iuris*. La loro classificazione, in continuità con la tradizione canonistica, è finalizzata a individuarne il diverso valore rispetto alla prova, soprattutto per l'attribuzione dell'onere della prova, che, secondo Tancredi, spetta di regola a chi ha contro di sé una presunzione⁽⁷⁶⁾.

Il giurista enuclea quattro categorie di presunzioni: 1) 'temeraria', che è ritenuta priva di rilievo giuridico in quanto attiene alla presunzione malevola dell'uomo; 2) 'probabile', che fa riferimento a un fatto notorio, salvo prova contraria (*praesumptio iudicis*): «Haec consurgit ex suspicionibus aliquibus et fama crescente. Eius effectus est, quia inducit purgationem». (...) «Et contra talem praesumptionem admittitur probatio»; 3) 'vio-

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, 48. L'insegnamento di Tancredi sarà costantemente tenuto presente; v. ad esempio, nel XV sec., Giovanni da Imola, *In primum Decretalium Commentaria* (Venetiis 1575), *De his quae vi metuque fiant*, ad c. *Cum dilectus*, n. 8.

⁽⁷⁵⁾ *Assiduis postulationibus me*, in Pillii, *Tancredi, Gratiae libri de ordine iudiciorum*, cit. (v. *supra* nota 44).

⁽⁷⁶⁾ *Ibidem* 257 ss.; sull'*Ordo iudiciarius* attribuito a Tancredi, cfr. R. Fraher, *Tancred's «Summula de criminibus»*. A new text and a key to the «*Ordo iudiciarius*», in *BMCL* 1979, 29 ss.; L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, cit., 128 ss.; K. Bezemer, *An italian gentleman in Paris. Odofredus and the casus legum on the Ordo iudiciarius of Tancredus*, in *TRG* 2010, 431 ss.; A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure?*, cit., 75 ss.

lenta', che fa riferimento a uno scenario altamente probabile, fino a prova contraria (*praesumptio iuris*): «surgit ex verisimili probatione, et dicitur praesumptio iuris, quoniam ius praesumit ita esse; puta, apparet chirographum cancellatum, ius praesumit debitorem liberatum (...) Huius praesumptionis talis est effectus, quia inducit iudicem ad sentiendum, nisi probetur contra talem praesumptionem, quoniam bene admittitur probatio contra talem praesumptionem, ut probatur per easdem concordantias»; 4) 'necessaria', che fa riferimento a una situazione presunta per la quale non è ammessa prova contraria (*praesumptio iuris et de iure*): «inducit iudicem ad sentiendum; et in hoc solo discrepat a violenta, quia non recipit probationem in contrarium; et ideo dicitur iuris et de iure, cum vehementer praesumitur sic esse, vel non esse; et propter talem praesumptionem ius statuitur...».

Questa classificazione sarà mantenuta, con maggior analiticità da Sinibaldo de Fieschi (1195-1254) ⁽⁷⁷⁾ e sulla base dell'insegnamento di Goffredo da Trani (1200-1245) ⁽⁷⁸⁾, anche da Enrico da Susa (1210-1271) ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Le qualificazioni apportate in materia necessiterebbero un ampliamento del quadro di indagine. Possiamo solo osservare, in limine, come la problematica viene affrontata dal punto di vista delle esigenze della pratica, approfondendosi il profilo della determinazione della pena nell'ambito dell'accertamento di responsabilità fondato unicamente su prove presuntive, in particolare allorché si afferma che in assenza di prove certe e sulla sola base di presunzioni, non debba potersi configurare la sussistenza dell'ipotesi criminosa contestata. Cfr., infatti, Sinibaldo de Fieschi (Innocenzo IV), gl. *Verisimile* ad X 2.23.10, de *praesumptionibus*, c. *Quia verisimile*, *Commentaria. Apparatus in V libros decretalium* (Frankfurt a.M. 1570), fol. 281r. e le incisive considerazioni di M. Schmoekel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem Hohen Mittelalter*, Köln 2000, 332 ss.; v. anche A. Fiori, *Praesumptio violenta o iuris et de iure?*, cit., 78.

⁽⁷⁸⁾ Goffredo da Trani, *Summa super titulis decretalium* (*supra* nota 25) 102 s.: «... Tre sunt species praesumptionem, alia temeraria, alia probabilis, alia violenta. Temeraria reprobat ... Probabilis admittitur ad semiplenam probationem ... Violenta ad pronunciatum sufficiens reputatur. ... Sed circa violentas praesumptiones subdistinguitur, quia alia iuris et alia iuris, et de iure. Praesumptio iuris est, cum ius praesumit aliquid non statuit super praesumpto. Et haec praesumptio recipit contrariam probationem. Praesumptio iuris et de iure est, cum ius finit et statuit super ficto, contra quam fictionem non admittitur contraria probatio ...».

⁽⁷⁹⁾ Enrico da Susa, *Summa Aurea*, Lib. II, *De Praesumptionibus*, Coloniae 1612, c. 584, n. 1: «Alicuius facti dubii aliquoties semiplena aliquoties plena investigatio secundum Goffredum. Vel dic praesumptio est alicuius facti dubii semiplena aliquando quasi plena facta investigatio, quae aliquando motum animi iudicis vel alterius hominis informat, qualiter debeat se habere, et aliquando ostendit qualiter debeat iudicare. Vel praesumptio est ex diversis personarum rerum locorum temporum factorum qualitatibus perspicatio, et prout fieri potest consideratio certa probatione deficiente animi cuiuslibet hominis, et maxime iudicis probabilis, sine iusta instructio, ut in inferioribus apparebit». In questa prospettiva, appare chiaro come la diagnosi sui concreti esiti dell'accertamento giudiziario dipenda da come si deve porre il giudice rispetto alle regole legali probatorie. La differenza tra prova

In particolare, nel descrivere la struttura delle presunzioni, Enrico da Susa adotta due suddivisioni. Nella prima, la presunzione ‘temeraria’ non è ammessa poiché si fonda su un’ipotesi avventata e quindi sfornita di un apprezzabile grado di attendibilità; quella ‘probabile’, invece, come quando qualcuno viene diffamato, è ammessa anche con una prova semipiena, secondo l’insegnamento di Goffredo da Trani; quella ‘violenta’ fa riferimento a una situazione in cui la presunzione di colpevolezza sembra più che fondata come quando, in un luogo sospetto, un uomo è solo con una donna (*nudus cum nuda*)⁽⁸⁰⁾. Anche per Enrico da Susa, quindi, la presunzione era da ammettersi soltanto quando fosse in grado di attribuire una probabile certezza alla deduzione del fatto ignorato, approdando all’affermazione che fossero bastevoli inferenze deduttive logicamente giustificate e basate su un consistente grado di verosimiglianza.

Nella seconda suddivisione il giurista qualifica le presunzioni attraverso un ragionamento inferenziale formulato allo scopo di trarre conclusioni relativamente alla verità o alla falsità di un fatto incerto: dato un determinato fatto (la contumacia della parte, la reputazione infangata di una persona, la diseredazione testamentaria di un figlio, la comunione di letto fra un uomo e una donna, la cancellazione di un debito chirografario) esso viene preso come premessa di una inferenza causale, la quale consente di ritenere, fino a prova contraria, la verità o meno del fatto presunto (colpevolezza della parte convenuta, come nell’ipotesi del chierico che non ritorna in chiesa; il *furor* testamentario, il matrimonio presunto, la remissione del debito). La verosimiglianza del fatto presunto viene dedotta in assenza di elementi probatori contrari («quis infamatus est, nec apparent alia indicia») o perché percepibile direttamente dal giudice o, ancora, perché trattasi di un fatto notorio o indubbio⁽⁸¹⁾.

piena e semipiena implica un’eventuale divergenza tra fatto storico da provare e conseguente accertamento, laddove al giudice non si richiede un ragionamento in termini di certezza assoluta, ma un ragionamento presuntivo sufficiente a fugare il dubbio. I rapporti di Goffredo da Trani con il suo maestro Damaso restano ancora in ombra negli studi specifici sulla figura di Goffredo, «considerato per secoli una delle massime autorità della canonistica, riconosciuta in tutta Europa» [v. M. Bertram, *Der Dekretalenapparat des Goffredus Tranensis*, in *BMCL* 1971, 79 ss.; S. Kuttner, *Der Kardinalat des Gottfried von Trani*, in *SDHI* 1940, 124 ss.]. Sulla cultura romanistica di Enrico da Susa v. G. Le Bras, *Théologie et droit romain dans l’œuvre d’Henri de Suse*, in *Etudes Noel Didier*, Paris 1960, 195 ss.; sulla tradizione testuale v. M. Bertram, *Handschriften und Drucke des Dekretalenkommentars (sog. Lectura) des Hostiensis*, in *Zss. Kan.* 1989, 177 ss., poi in Id., *Kanonisten und ihre Texte (1234 bis Mitte 14. Jb.): 18 Aufsätze und 14 Exkurse*, Leiden 2013, 319 ss.

⁽⁸⁰⁾ Enrico da Susa, *Summa Aurea*, Lib. II, *De Praesumptionibus*, c. 584, n. 2.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem* c. 584-586, n. 3.

10. – Il giudice non può restare incerto sui fatti da decidere perché deve comunque risolvere la *res dubia* in senso favorevole a una delle parti e sfavorevole all'altra. È, quindi, sufficiente una «verità processuale», ottenuta secondo le regole del diritto romano giustiniano sulla ripartizione dell'onere della prova, oppure con l'artificio delle presunzioni legali. Il libero convincimento del giudice sulle acquisizioni probatorie conduce, a ogni modo, a una prognosi probabilistica, non di certezza assoluta, sulla base dell'osservazione di fatti di un medesimo tipo solitamente verificatisi in circostanze analoghe a quelle evidenziatesi nel caso concreto.

Il grado di approssimazione alla verità dipende dalle specifiche ipotesi controverse, dalla qualità dei mezzi di prova allegati, se ad esempio è stata rilasciata una confessione, se si dispone di mere presunzioni o del giuramento decisorio di una parte. La Glossa accursiana è esplicita all'inizio del suo apparato sul titolo *de probationibus* del Codice Giustiniano (C. 4.19):

«In praedictis et infra dicendis, opus est probationibus: et ideo de his ponit. Et est probatio rei dubiae per argumenta ostensio. et dicitur secundum P. a probe, adverbio. probe enim agit, qui probat quod intendit»⁽⁸²⁾.

La decisione del giudice sul fatto controverso dipendeva dalla prova dei fatti su cui si fondava la pretesa della parte attrice, come aveva affermato il giurista romano Paolo. Sulla parte attrice, quindi, incombeva l'onere della prova, cioè di offrire al giudice gli elementi da cui poter desumere con sufficiente certezza la fondatezza delle proprie asserzioni. Non formavano oggetto di prova per la decisione quei fatti intorno ai quali i testi giuridici romani non ammettevano discussione e per i quali sussisteva una *praesumptio iuris et de iure*, né quelli su cui le parti non dissentivano. In particolare, si riteneva provato tutto quanto una parte nel corso del processo riconosceva a proprio danno, fosse esso un fatto o un diritto.

In materia di azione rivendicatoria, infatti, la prova della proprietà del bene in capo all'attore si poteva desumere dalla confessione del convenuto, ogni qual volta questi ammetteva in giudizio che la consegna della *res* controversa non fosse avvenuta per un titolo risolubile, idoneo a produrre gli effetti giuridici del trasferimento della proprietà. I giuristi affermavano che una volta allegata dall'attore la giustificazione del suo titolo dominicale

(82) Rubr. *ad tit. de probationibus*, C. 4.19, in *Codicis D. Iustiniani ex repetita praelectione libri novem priores*, Lugduni 1575, col. 581. Cfr. D. Quaglioni, «Facere fidem iudicis», *Les juristes médiévaux et la preuve par témoins (XIIIe-XIVe siècle)*, in *Ars persuasionis. Entre doute et certitude*, éd. par B. Durand, Berlin 2012, 143 ss.; Id., «Probo a probe». *Prova e controversia: dall'ordo iudiciarius al processo*, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a cura di F. Cerrone e G. Repetto, Milano 2012, 537 ss., spec. 542 s.

e il possesso altrui della *res* controversa, risultava soddisfatto il presupposto dell'azione rivendicatoria.

Chi agiva contro il possessore o il detentore, quindi, doveva dimostrare di essere proprietario del bene e di non esserne più in possesso, al fine di ottenerne la restituzione, mentre era onere del convenuto giustificare la causa del suo possesso, risultando altrimenti soccombente. Il possessore convenuto, infatti, non poteva limitarsi semplicemente ad allegare la sua situazione di possesso (*possideo quia possideo*), tanto in applicazione della regola generale che chi nega diventa attore sostanziale, quanto per la particolare disposizione stabilita in C. 4.19.16: «Sive possidetis praedia quae a patre communi sibi fratres emancipati donata contententes vindicant, ipsis incumbit facti probationis necessitas, sive ipsis ea praedia quasi a patre vestro, sibi donata tenentibus, vos haeredes constituti patris petitis, ut intentionem vestram non constituisse delegant, unde domini facti sunt, emergente quaestione docere compelluntur»⁽⁸³⁾.

I civilisti si richiamavano costantemente alla massima *olim dominus, semper dominus*, in particolare in applicazione della regola contenuta in D. 50.17.11: «Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest», affermando che non era possibile configurare la perdita della proprietà se il convenuto non dimostrava in quale modo fosse avvenuto il trasferimento del bene. Il *dominium*, quindi, non poteva mai presumersi estinto, senza che fossero dimostrate le circostanze di tempo e di luogo della sua estinzione, la quale poteva avvenire soltanto attraverso uno di quei modi riconosciuti idonei dal *ius civile* a produrre il trasferimento da un soggetto a un altro.

Se, quindi, l'attore che agiva in rivendica non provava il suo legittimo titolo di proprietà, il possessore era esonerato dall'onere della prova.

In termini analoghi, la regola fissata in C. 3.31.11 in tema di *petitio hereditatis*: «Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere incivile est praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat».

L'azione aveva natura prevalentemente recuperatoria, essendo il riconoscimento della qualità di erede, cui essa tendeva, strumentalmente diretto all'ottenimento dei beni ereditari, con la conseguenza che, qualora il convenuto non contestava la qualità di erede dell'attore, limitandosi a negare l'appartenenza della *res* all'asse ereditario, esonerava l'attore dalla

⁽⁸³⁾ Sulla lettura di C. 4.19.16 da parte dei glossatori, v. H. Kiefner, *Qui possidet dominus esse presumitur. Untersuchungen zur Geschichte der Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzes seit Placentinus*, in *Zss. Rom.* 1962, 239 ss.

prova della sua qualità di erede fermo restando l'onere della dimostrazione – nei limiti relativi all'eccezione del convenuto – dell'appartenenza della *res* all'asse ereditario al momento dell'apertura della successione⁽⁸⁴⁾. Tale aspetto aveva costituito, inizialmente, motivo di accesa disputa tra Piacentino e Bulgaro, proprio a proposito della posizione del convenuto, il quale secondo Piacentino avrebbe dovuto affermare a quale titolo possedeva il bene, non potendo restare in silenzio e limitarsi a un atteggiamento processuale passivo (secondo quanto invece suggeriva Bulgaro). Ugolino seguiva la dottrina di Piacentino, rievocando il contrasto di opinioni dottrinali:

«Quum aliquis vult aliquem convenire petitione hereditatis, ante litis contestatio nem debet interrogare reum: putas te heredem? Et si adfirmaverit, bene est. Praesumitur enim possidere pro herede. Si negaverit, quare ab eo: quo titulo possides? Si dixerit et probaverit, non poteris eum convenire petitione hereditatis; si non probaverit titulum, praesumitur possidere pro possessore vel pro herede, et sic convenies eum, petitione hereditatis. Secundum Bulgarum debet ab eo quaeri, utrum possideat pro herede vel pro possessore; quod si respondeat: non possideo pro herede vel pro possessore, non poterit conveniri petitione hereditatis; si autem respondit: possideo pro herede vel pro possessore, convenietur petitione hereditatis»⁽⁸⁵⁾.

Se la domanda petitoria dell'attore risultava provata, il semplice fatto della materiale insistenza sul bene di una situazione di possesso non poteva costituire una valida eccezione legale, se non supportata da un titolo efficace a neutralizzare la pretesa vantata dall'attore, attraverso una prova contraria, idonea a paralizzare il titolo dedotto dalla controparte.

La *traditio* di una *res*, quindi, di per sé sola non era un fatto da cui si potesse dedurre l'acquisto del *dominium*, dovendosi presumere che la consegna del bene – in assenza di prove certe fornite dall'attore o dalla

⁽⁸⁴⁾ Sulla lettura di C. 3.31.11 da parte della prima scuola dei glossatori, v. E.J.H. Schrage, *Or signori, lex ista famosa est. Reivindicatio und hereditatis petitio aus der Sicht der frühen Glossatoren an Hand einiger bisher unveröffentlichter Texte*, in *Ter recognitie: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. H. van der Linden*, C. Streefkerk – S. Faber (eds.), Hilversum 1987, 99 ss.; K. Bezemer, *Later fortunes of a famous text. The lex Cogi from the viewpoint of some commentators*, in *Ius romanum – Ius Commune – Ius hodiernum. Studies in honour of Eltjo J. H. Schrage on the occasion of his 65th birthday*, H. Dondorp, J. Hallebeek, T. Wallinga, L. Winkel (eds.), Amsterdam-Aalen 2010, 25 ss.; sull'interpretazione dei canonisti, v. A. Fiori, *Il giuramento di innocenza*, cit., 418 ss.

⁽⁸⁵⁾ Il pensiero di Ugolino de Presbiteri e la polemica di Piacentino con Bulgaro è riportata da G. Haenel, *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Lipsiae 1834, Dist. LXVII, in Adc. II. §. 19, 573.

confessione del convenuto, sulle circostanze che l'avevano determinata – fosse una *nuda traditio*, fatta per una qualche causa retrattabile, precaria, piuttosto che una *traditio* accompagnata dall'animo di alienare il *dominium* del bene, munita di un titolo specifico e idoneo a produrre gli effetti dell'alienazione; nel dubbio i giuristi insegnavano che non si poteva presumere la sussistenza dell'alienazione del *dominium* in capo all'*accipiens*, essendo onere di chi pretendeva il contrario dimostrarlo.

Si comprende, così, come la visuale dell'*actio* e dell'*exceptio* e la concessione di quest'ultima con le motivazioni sostanziali, piuttosto che con la relativa situazione processuale, avessero indotto i giuristi medievali a recuperare il principio romano dell'*onus probandi* a carico di chi avanzava la pretesa, raffinandolo nelle sue implicazioni logico-processuali, soprattutto tentando di mostrare che chi agiva in giudizio non fosse tenuto per questo a provare il fatto dedotto nella sua totalità; gli interpreti medievali si concentravano solo sui criteri essenziali dell'allegazione probatoria e degli elementi logico-deduttivi, a seconda degli interessi sottostanti alla fattispecie concreta, valutando, infatti, sapientemente, la fattispecie in connessione alla pretesa giudiziaria, e stabilendo che se l'attore riusciva a provare gli elementi essenziali della domanda, allora diventava onere del convenuto di replicare per dimostrare il contrario.

In generale, secondo quanto stabilito nei testi romani, l'onere della prova era sempre a carico della parte che contestava al suo avversario l'esercizio di un diritto perché proibito in modo specifico da una legge. E Odofredo (1200-1265), infatti, ribadiva ai suoi studenti come l'onere della prova dovesse essere posto a carico della parte che risultava concretamente interessata all'accertamento di un tale fatto. Ma, di fronte alla genericità del dato normativo espresso nella regola «*ei qui dicit incumbit probatio*», Odofredo tentava di enucleare, in relazione a fatti non espressamente contemplati, dei parametri integrativi – quali, nella specie, il criterio dell'apparenza – della previsione legale generale. Così se un padre pretendeva di contestare la legittima emancipazione del figlio, avrebbe dovuto concretamente dimostrarlo, poiché altrimenti si presumeva valida la situazione apparente:

«In lege ista similiter tractatur cui incumbit onus probandi et dicit duo: primo dicit: si tu dicis me prohibitum de iure lege vel constitutione aliquid facere posse, debes hoc probare; secundo dicitur: si tu pater negas emancipationem de filio recte factam, quia venis contra factum tuum proprium debes probare emancipationem non recte facta. [oportere] et hucusque durat primum dictum et vult dicere istud primum dictum ut dixi in casu, et nota exempla in terminis hoc modo: si tu vis advocare contra me et ego dico non potes, quia pactus est cum adversario de quota

parte litis, vel es hereticus, debeo probare te prohibitum lege vel constitutione, ut C. de apost. l. i. ult. et hoc est exemplum de constitutione; de lege est exemplum: tu vis esse procurator adersarii mei contra me: dico ego: non potes quia est minor, quia es miles armate militie et ita dico esse te lege prohibitum, debeo hoc probare, ut supra de procu. l. mutus § cum queritur. Ita est exemplum de lege quia dico: tu non potes esse testis, quia es infamis, certe debeo hoc probare quia edictum de testibus est prohibitorium, ut infra de testi. l. i., et l. i. § i., et supra (...)»⁽⁸⁶⁾.

Coerentemente, sulla scorta della l. *Verius esse existimo* (D. 22.3.21), Odofredo insegnava che era onere del legatario provare in giudizio che il defunto sapeva di disporre con legato di una cosa altrui, o vincolata da un diritto reale di garanzia, e ciò in quanto l'onere della prova grava sempre su chi agisce (e ha dunque interesse a che un determinato fatto risulti accertato) e non doveva essere l'erede a dover provare che il *de cuius* ignorasse che la cosa fosse altrui o vincolata:

«In lege ista ponitur casus talis testator legavit mihi rem alienam vel alii obligatam dicit heres mihi legatario agenti qui non valet legatum de re aliena factum. Respondeo ego legatarius que valuit legatum: quia testator sciens rem alienam vel alii obligatam esse mihi legavit (...)»⁽⁸⁷⁾.

Così pure, nell'ipotesi di un chirografo cancellato, laddove il debitore si considerava liberato in base a una presunzione, mentre invece era fondatamente convenuto in giudizio per quella quantità di denaro che il creditore avesse dimostrato con evidenti prove essergli ancora dovuta:

⁽⁸⁶⁾ Odofredo, *Lectura super Digesto veteri*, in l. *Ab ea parte*, II, Lugduni 1552, rist. Bologna 1968, f. 161ra; così pure, nelle cause di stato, nell'ipotesi del figlio che negava di essere in potestà del padre, si afferma la presunzione che il soggetto è nello *status* di sottoposto fino a prova contraria: *Ibidem*, in l. *Si filius*, cit., f. 161rb. Competeva, quindi, al convenuto in giudizio provare la fondatezza dell'eccezione come se dovesse sostenere una pretesa attorea: se, per esempio, avesse eccepito un patto, avrebbe dovuto dimostrare che il patto era stato concluso: *Ibidem*, in l. *In exceptionibus*, cit., f. 163ra. Su Odofredo, v. N. Tamassia, *Odofredo. Studio storico-giuridico*, Bologna 1894, poi in Id., *Scritti di storia giuridica*, II, Padova 1967, 335 ss.; A. Padovani, Prefazione a *L'archivio di Odofredo. Le pergamene della famiglia Gandolfi Odofredi. Edizione e Regesto (1163-1499)*, Spoleto 1992, 1 ss. Sul fatto che le letture di Odofredo siano «reportatae», v. D. Maffei, *Il pensiero di Cino da Pistoia sulla donazione di Costantino, le sue fonti e il dissenso finale da Dante* (15 marzo 1986), in *Lecture classensi* 1987, 119 ss., poi in Id., *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, n. VI, 103 ss.; G. Dolezalek, *The Lectura Codicis of Odofredus*, *Recensio* I, and Jacobus Balduini, in *The Two Laws. Studies in Medieval Legal History Dedicated to Stephan Kuttner*, ed. by L. Mayali and S.A. J. Tibbets, Washington D.C. 1990, 97 ss.; F.P.W. Soetermeer, *L'édition de lectures par les stationnaires bolonaism*, in *TRG* 1991, 333 ss.

⁽⁸⁷⁾ Odofredo, *Lectura super Digesto veteri*, in l. *Verius esse existimo*, cit., f. 163rbva.

«(...) ita si invenitur cancellatum apud creditorem presumitur debitor liberatus ... hec presumptio sit iuris: tamen recepit probationem in contrarium (...)»⁽⁸⁸⁾.

In determinate circostanze un fatto si ritiene accaduto finché non vi è piena prova del contrario. Ad esempio, se il creditore abbia restituito al debitore il documento attestante la stipulazione del debito, si presume che tra le parti si sia convenuto che il creditore non intenda chiedere giudizialmente l'adempimento e che il debitore possa avvalersi dell'eccezione basata su tale presunzione; ma talvolta la presunzione, invertendo l'onere della prova, avvantaggia la posizione processuale di alcune persone: un *pupillus*, un *minor*, un *miles*, o una *mulier*, un contadino inesperto delle cose del foro o diversamente un sempliciotto, se lamentano di aver compiuto un pagamento indebito, sono esonerati dall'onere della prova («Sed si erat minor xxv. an vel mulier. vel forte maior. xxv an. sed miles vel agricultor rerum que agunt in foro vel erat rusticus tunc est presumptio quod ille qui accipit habet necesse probare se accepisse debite ex aliqua iusta causa ...»): in tali casi, è chi ha ricevuto la somma che deve dimostrare che il pagamento gli era correttamente dovuto; pertanto, se non riuscirà a dimostrarlo, dovrà restituire quanto ricevuto [l. *Cum de indebito* (D. 22.3.25.1)]⁽⁸⁹⁾.

Anche in materia di diritto di credito si individuano casi in cui l'adempimento dell'obbligazione poteva essere provato tramite presunzioni, ove ricorressero gravi indizi, così precisi e specifici che, combinati insieme, potessero ritenersi equivalenti a una prova idonea a produrre nell'animo del giudice la certezza morale dell'avvenuto adempimento. È esemplare sul punto la *lectura* di Odofredo⁽⁹⁰⁾:

«(...) repulsa fuit procula duabus rationibus; una ratio est quia diu stetit, unde colligitur hic quod ex temporis diuturnitate presumitur tacite remissio (...) item quia erat coniuncta fratri, unde presumitur quod donare

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, in l. *Si chirographum*, cit., f. 163vb. Questo tema è emblematico ed oggetto di riflessione anche da parte dei canonisti; cfr. la *Summa de ordine iudiciario* di Riccardo Anglico (edita da L. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, II, 3, Innsbruck 1915) – scritta nel 1196 a Bologna – che attinge ampiamente dalle impostazioni civilistiche: «Praesumptionum igitur alia facti, alia iuris. Cum de facto praesumitur, statur praesumptioni, donec probetur contrarium, ut ff. de probationibus, l. Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumptione debitor liberatus esse videatur, tamen in eam quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur (D. 22.3.24)»; sulla *summa* di questo brillante canonista inglese, trapiantato a Bologna, v. L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius*, cit., 114 ss.

⁽⁸⁹⁾ *Ibidem*, in l. *Cum de indebito*, cit., f. 163vb ca. med.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*, in l. *Procula cum magne quantitatis*, cit., f. 164va.

voluerit (...) et alias ratione consanguinitatis aliquid conceditur quod alias non concederetur (...)».

Si tratta dell'ipotesi riferita da Papiniano in D. 22.3.26: Procula, dopo la morte di suo fratello, pretendeva di compensare con gli eredi di quest'ultimo un fedecommesso di grande importo, laddove la controparte eccepiva che quando suo fratello era in vita, la sorella non l'aveva mai richiesto, nonostante avesse in più occasioni corrisposto, a vario titolo, delle somme di denaro al fratello. Il rigetto della domanda attrice si fondava su un ragionamento presuntivo articolato sulla concordanza di più elementi indiziari: 1) la parentela tra la creditrice e il debitore (*ratio sanguinis*); 2) la diuturnità di un lungo tempo (*tacitunitas longi temporis*); 3) il non aver mai la sorella domandato il pagamento del medesimo debito al fratello mentre questi era in vita (*sepius facta compensatio*).

La parentela, la diuturnità di un lungo tempo, lo scambievole rendimento di conti e il computo, tacitamente inducono a ritenere la remissione del fedecommesso. Se qualcuna di queste condizioni fosse mancata non si sarebbe potuta presumere la remissione.

Il mutamento di un rapporto già instaurato, l'estinzione di un diritto già acquistato o l'esistenza, infine, di alcuni ostacoli in grado di alterare gli effetti regolari delle circostanze di fatto, dovevano essere provati dalla parte che li allegava. La disposizione del *Codex* 4.19.23 («Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit») veniva letta come l'estrinsecazione di un principio pratico, non solo logico-giuridico⁽⁹¹⁾, laddove l'attore doveva provare i fatti, negativi o positivi, su cui si fondava l'azione e, per contro, il convenuto doveva dare la prova di quelli su cui si fondava la sua eccezione. E se l'attore e il convenuto avessero affermato fatti differenti e contrastanti, il primo a dover fornire la prova delle proprie affermazioni avrebbe dovuto essere l'attore (v. *Glossa «iuris»* a D. 22.3.14).

Entrambe le tipologie di presunzione, sia quelle *hominis*, individuate per il tramite del libero convincimento del giudice, sia quelle *iuris*, stabilite

⁽⁹¹⁾ Vedi Odofredo, *Lectura in primam Codicem*, Lugduni 1550, al tit. IV *de probat.* f. 211ra-vb, rist. Bologna 1962 e la incisiva lettura di Cino Sinibuldi da Pistoia, *Commentarium*, Lugduni 1547, f. 152, n. 4. Importanti rilievi sul metodo dialettico impiegato da Odofredo, in A. Padovani, Tenebo Hunc Ordinem. *Metodo e struttura della lezione nei giuristi medievali (secoli XII-XIV)*, in TRG 2011, 353 ss.; M. Bassano, *De maître à élève. Enseigner le droit à Orléans (c.1230-c.1320)*, Leiden 2023, 41 ss., 174 s., 284 ss., 290 ss., 303 ss.

dall'ordinamento, con conseguenziale limitazione del potere di apprezzamento, realizzavano forme di favore per una determinata rappresentazione fattuale⁽⁹²⁾.

⁽⁹²⁾ Vedi glossa «*quia in causis*» a D. 22.3.1.

DIBATTITI

AUGUSTO CHIZZINI

Professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

A PROPOSITO DI UN LIBRO DI GIOVANNI VERDE («SUL POTERE GIUDIZIALE E SULL'INGANNO DEI CONCETTI»)

Gli scritti pubblicati nella presente sezione «Dibattiti» riproducono gli interventi al Convegno telematico del 22 marzo 2024, dedicato alla presentazione del libro di Giovanni Verde, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti (soliloqui del crepuscolo 2021-2023)*, Torino 2023, e organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.

SOMMARIO: 1. Una raccolta di studi, un'occasione. – 2. Il tempo del crepuscolo e del disincanto. – 3. L'attuazione della legge e il controllo dei poteri del giudice. – 4. Dall'azione all'effettività dei rimedi. – 5. Il *factum verum* e Giambattista Vico nel pensare di Giovanni Verde.

1. – Una preziosa raccolta di scritti di Giovanni Verde induce a ripensare alla Sua ormai lunga ricerca, nel contempo a meditare sul senso profondo della nostra (per tanta parte) comune vicenda quali studiosi del processo⁽¹⁾. Sono lavori, quelli ora pubblicati, che si sono già ampiamente apprezzati; tuttavia, adesso riuniti, sistemati organicamente in un cosmo ordinato, acquistano valenza diversa, un significato ed efficacia superiori, vanno ben al là della mera *concinnatio*, in quanto sappiamo che «il tutto è più che la somma delle sue parti»⁽²⁾. Ora davvero la teoria della *Gestaltung* trova piena conferma.

⁽¹⁾ Il riferimento è evidentemente a G. Verde, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, Torino 2023, *passim*. Assai utile, inoltre, ora è la lettura di Id., *Le forme. Ab! Che c'è oltre le forme? (Leggendo l'ultimo libro di Renato Oriani)*, in questa *Rivista* 2024, 122 s. Vale la pena inoltre ricordare che V. si è già in passato occupato, pur da diverse angolazioni, dei temi che attengono sia al sistema giustizia nel nostro paese, sia, per stretta connessione, della funzione che spetta alla scienza processuale con riferimento al quadro generale della tutela giurisdizionale e della sua pratica attuazione all'interno dell'ordinamento: basti ora richiamare i contributi raccolti in diversi volumi: Id., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli 2012; Id., *Questione giustizia*, Torino 2013; Id., *Giustizia, politica, democrazia. Viaggio nel Paese e nella Costituzione*, Soveria Mannelli 2012.

⁽²⁾ Aristotele, *Metafisica*, VII 17, 1041b.

Del resto, l'Autore si è sempre caratterizzato per una peculiare tendenza alla critica innovativa, per il sondare nuove strade, non senza una esplicita loro affermazione, a muovere da quella *Introduzione* ai suoi *Profili* così spiccatamente politica che accoglieva il lettore già dalla sua prima edizione: apriva ad un mondo nuovo, a ripensare alla procedura in termini diversi⁽³⁾: come Lui stesso in fondo adesso dopo lunghi anni (e non poche vicende ed anche esperienze personali) ha volutamente confermato a Napoli nella Sua relazione e soprattutto nella replica finale⁽⁴⁾. Il che – come già anticipato – impone un ragionare sulla nostra stessa scienza, sui suoi pilastri fondativi, sulla permanente attualità di tale sistema. Si potrebbe dire, il pensiero ci pone di fronte all'esserci, al *Dasein*, all'essenza delle cose.

Al riguardo, nell'introdurre il discorso, merita d'essere evidenziato dapprima il sottotitolo della raccolta: *Soliloqui del crepuscolo*. Offre la giusta tonalità emotiva di base, la *Grundstimmung*, si potrebbe dire: indubbiamente e volutamente bifronte, ambivalente.

Il crepuscolo richiamato nel sottotitolo al processualista colto evoca un ben noto contributo: quello classico di James Goldschmidt sulla *Gesetzsdämmerung*, ossia sul declino della legge a fronte dell'affermarsi del potere giudiziario⁽⁵⁾; ma ora il crepuscolo sembra avere una portata più ampia, più gravosa di conseguenze. Perché se ad una prima impressione si è presi dall'idea che l'Autore intenda riferirsi alla propria personale esperienza di studioso, al passare inevitabile degli anni, ad una indeterminata uggia d'insoddisfazione⁽⁶⁾; invero, poi la lettura di queste pagine lascia intendere che la vicenda personale rimane sullo sfondo, la scena premi-

⁽³⁾ Si parlava di superare una giustizia borghese a favore di una giustizia effettivamente resa «in nome del popolo» (*Profili del processo civile*, 2^a ed., Napoli 1982, 7). Erano espressione di una particolare epoca (si pensi al dibattito sollecitato al famoso convegno palermitano organizzato da P. Barcellona, i cui contributi sono poi stati raccolti nei due volumi, pubbl. da Laterza, sotto il titolo *L'uso alternativo del diritto*, Bari 1973, a cura dello stesso B.) che solo in parte si rifletterono sulle vicende del diritto processuale civile: v., per es., S. Chiarloni, *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*, Torino 1975, spec. 11 s. (del resto in parte sono temi dallo stesso C. già sviluppati in *Diritto processuale civile e società di classi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 733 s.). In generale su queste vicende, v. ora le notazioni di C. Castronovo, *Dogmatica e metodo Angelo Falzea e Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.* 2023, 599 s., spec. nota 4.

⁽⁴⁾ Ora la si può leggere in apertura della raccolta *Sul potere giudiziale*, cit.

⁽⁵⁾ J. Goldschmidt, *Gesetzsdämmerung*, in *Jurist. Wochenschrift* 1924, 245 s.

⁽⁶⁾ «Da tempo, ti confesso, lo studio della legge sul processo mi appassiona sempre meno», si legge in G. Verde, *Postilla a Sassani, L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verde*, in questa *Rivista* 2022, 447. Analoghe riflessioni sono ora riproposte in V., *Le forme*, cit., 122: «In questo periodo della mia vita non riesco più ad interessarmi delle disposizioni processuali».

nente si sposta su di un piano ben diverso e superiore, piano che coinvolge una intera esperienza culturale quale si è dipanata per oltre un secolo, con alterne fortune e ha assorbito in sé la stessa storia della scienza processuale. Sicché, a ben vedere, si revoca in dubbio un dato atteggiamento culturale, quello della scienza processuale che ha conformato a sé la realtà, l'ha modellata ai propri schemi, e convenzionalmente identifichiamo con la processualistica d'impronta chiovendiana.

Sono proprio queste valutazioni di fondo che interessano e pertanto spingono a compiere qualche notazione d'approfondimento. Ed è questa un'occasione importante, che non deve essere persa.

2. – A tale riguardo, principio con l'osservare che il volume, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, racchiude la sintesi dell'esperienza di un'intera vita di studioso, il senso del ricercare in sé, sintesi dalla quale traspare un evidente scetticismo, attenuatisi gli entusiasmi giovanili, consumatesi le passioni nel duro confronto con la realtà. In questa direzione emerge già il disincanto se vogliamo, e con esso *l'inganno dei concetti*.

È quel medesimo disinganno su cui già Vittorio Colesanti si sofferma quanto presenta il *liber amicorum* sull'Arbitrato donato da tanti amici a Giovanni Verde. Devo «sopravvivere in un mondo che non è più il mio»! ha confessato in quella occasione lo stesso Verde a Colesanti⁽⁷⁾, il quale a sua volta chiosava: «abbiamo vissuto la seconda parte di quello che è stato chiamato “il secolo breve”; che può sì meritare sotto certi profili un tale appellativo, ma che ha condotto a tali e tante trasformazioni della società, del modo di vivere e pensare, di comportamenti e valori, e quant'altro vi si possa accompagnare, da far sì che chi in altri tempi si è formato stenta a riconoscersi nell'attualità».

Da qui muove la sensazione di essere in un certo qual senso naufraghi, di condurre un mesto *überleben* caratterizzato dalla disarticolazione delle proprie strutture concettuali, alla stregua delle quali si è cresciuti e ci si è formati, rispetto al reale, dissociazione che coinvolge un po' tutti, anche chi appartiene alle generazioni successive. Si vive come sospesi a mezz'aria, parimenti ai *Luftmenschen* di una certa tradizione letteraria yiddish.

Ma davvero si può parlare d'inganno dei concetti, davvero i concetti ci ingannano, o piuttosto siamo noi che ci rifugiamo in essi, cercando quanto essi non ci possono dare, dimenticando la loro funzione essenzialmente strumentale ed ordinativa? È in fondo questo l'interrogativo ultimo che ci

(7) Lo ricorda lo stesso V. Colesanti, in *Per la consegna degli «Studi offerti a Giovanni Verde»*, in *Dir. e giur.* 2010, 516.

propone l'Autore, laddove evidenzia il lento estraniarsi da quel sistema, rispetto al quale tuttavia deve essere posta in evidenza una distinzione: par di potere dire che ciò da cui Verde s'estranea, ciò da cui si sente viepiù lontano è il concettualismo, in non sentirsi più parte quindi di quella *Begriffjurisprudenz* che – come è stato di recente nettamente messo in evidenza – rappresenta a ben vedere «il peccato originale o l'aporia capitale della dogmatica»⁽⁸⁾. Invero, Verde utilizza i concetti con precisione chirurgica ed è nel contempo dogmaticamente rigoroso, solo viepiù lo aduggiano le gravi deviazioni a cui ogni metodo del resto può condurre. Sul punto si tornerà in seguito.

L'intendimento ora è quello di contestualizzare queste esperienze, collocare quella di Giovanni Verde in un sistema generale e vederne sia la coerenza al «mondo ricevuto», *die Welt von Gestern*, sia le specificità differenziatrici, nonché l'eventuale permanente capacità propulsiva.

Questo è molto stimolante, indica uno sviluppo ulteriore di altre ricerche. Dopo aver cercato di esaminare la grande scuola processualistica, nella sua formazione e fondazione⁽⁹⁾, mi interessa l'analisi di quella che – richiamando una significativa esperienza artistica – potremmo definire la *nouvelle vague*, che si è imposta nella processualistica mediante quegli studiosi che formati negli anni '60 e primi anni '70 hanno introdotto la processualistica alla contemporaneità vera. Una progressione lenta, in apparente continuità, senza rotture evidenti, ma che se attentamente scandagliata ora non tarda a palesarsi come innovativa, idonea a trasformarsi per recepire i radicali cambiamenti che hanno caratterizzato la società. Un percorso di analisi che mi ha spinto, per esempio, all'esame del pensiero di Nicolò Trocker⁽¹⁰⁾, e che oggi è doveroso allargare a quello di Giovanni Verde.

Delineiamo il presente con una domanda: quale è la posizione teorico-generale che caratterizza la ricerca di Giovanni Verde nel suo ormai non breve dipanarsi e nell'oggi? L'illustra lui stesso con lucidità ed efficacia in

⁽⁸⁾ Così C. Castronovo, *op. cit.*, 600, il quale prosegue – e questo è utile per completare il tratteggio – in questi termini: «quando dal piano della concettualizzazione sul diritto positivo che le è proprio essa piana su quest'ultimo con le pretese di una serva padrona, di porre se stessa come luogo di “principi deduttivi di regole per la sussunzione di casi particolari”» (richiamandosi a L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 37).

⁽⁹⁾ Il riferimento è alle ricerche su G. Chiovenda in *Romanesimo e germanesimo*, sulle riforme di Klein, su Calamandrei, fino a giungere a Garbagnati, quali raccolte in A. Chizzini, *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, 2^a ed., Torino 2014, *passim*.

⁽¹⁰⁾ Si richiama A. Chizzini, *...aus so krummemHolze...Variazioni su Processo civile e Costituzione e altro*, in *Processo civile e Costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, a cura di Chizzini, Abraham, Andrews, Silvestri, Stürmer e Varano, Milano 2023, 1 s.

pochi ma rigorosamente consequenziali punti, quasi dei postulati per l'analisi condotta, sempre in quella rapida *Postilla* che ho già richiamato.

a) Muove dalle origini: il passaggio dall'*ordo iudiciarius* al *processus* è espressione anch'esso di quella medesima trasformazione che ha portato alla lenta affermazione del positivismo giuridico.

b) Considera l'aspetto di politica del diritto: il positivismo giuridico, a sua volta, rappresenta una non rinunciabile forma di controllo all'esercizio del potere, anche di quello giudiziario.

c) Pone quello che appare essere il problema centrale: la legge processuale, ampiamente intesa, non tanto detta i comportamenti cui sono obbligate le parti, ma soprattutto stabilisce i limiti del potere del giudice. Questa è la funzione essenziale delle norme processuali, rispetto ad essa si deve di conseguenza svolgere l'opera dell'interprete. Del resto, come confessa Egli stesso, «istintivamente ho sempre diffidato dell'autorità»⁽¹¹⁾.

In questo quadro, proprio nella sua relazione al recente convegno napoletano, giustamente ora posta in apertura al volume – con un titolo caratterizzato da evidente *understatement*: *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in quanto vi è ben altro – lo stesso Verde tira le fila e svolge considerazioni di ampio rilievo con le quali dà coerenza sistematica alla sua profonda (se non radicale) critica al sistema della scienza processuale. Sono, in sintesi estrema, quelli che seguono i profili preminenti che caratterizzano la visione critica in esame, alla luce di quei postulati appena evidenziati:

a) l'affermata inadeguatezza attuale della scienza processuale, quale emerge dal dover prendere atto dell'ineluttabile superamento del tema dell'azione, di quello che rappresentava uno dei pilastri fondativi dell'intera costruzione;

b) la crisi endemica che consegue dalla costante erosione della stessa sovranità statale, sicché non si è avuta idonea percezione sulle sue ricadute sul processo, in particolare sull'idea della giurisdizione quale «attuazione della legge» mediante attività sostitutiva del giudice;

c) la conseguente necessità di riequilibrare i poteri del giudice in un mutato assetto della strumentalità del processo, alla luce dei principi costituzionali e di quel radicale superamento della mera tutela dell'«avere» e che proprio quei medesimi principi oggi impongono.

In questi brevi passaggi si racchiude la sintesi di quanto qualifica il pensiero attuale di Giovanni Verde come si cercherà di dimostrare, e proprio per adempiere a questo compito è utile svolgere qualche osserva-

⁽¹¹⁾ G. Verde, *Ricordo di Virgilio Andrioli*, in Id., *Sul potere*, cit., 264.

zione sulla c.d. «attuazione della legge», in quanto rappresenta il fulcro dell'analisi critica verdiana, come pure il suo allontanamento dalla morfologia prevalente. Da ultimo, per logica dipendenza, s'imporrà una qualche chiosa sulla funzione attuale della scienza processuale.

3. – Invero, se la pubblicizzazione del processo è un dato acquisito, strutturale alla formazione degli stati moderni, questa è una di quelle considerazioni in sé corrette, ma che si prestano ad assai diverse implicazioni e a conclusioni differenti, se non del tutto contraddittorie, in quanto presenta una endemica ambiguità.

Tuttavia, par certo che, in una determinata prospettiva, il *punctum pruriens* diviene quello del concreto significato da attribuire all'assioma di Wach, ripreso da Chiovena, nei termini secondo i quali «il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire... in quanto il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per se stesso fronte di tutte le azioni praticamente possibili che tendano all'attuazione di una volontà di legge»⁽¹²⁾. A questo s'indirizza la prospettiva critica dominante nel pensiero di Verde, a quello che ha da sempre rappresentato il carattere determinante della scuola chiovendiana, il verbo diffuso soprattutto da Virgilio Andrioli, primo maestro dello stesso Verde.

Qui abbiamo da svolgere una prima considerazione: l'Autore non ha paura di affermare – e l'attacco è diretto al cuore del sistema classico e di tuttoquanto ne è seguito – che tale formula gli suscita (*rectius*: gli ha sempre suscitato) forti perplessità, a causa di quella che gli appare una pericolosa polisemia. Confessa, in questa direzione, come tale profilo critico si leghi direttamente all'insegnamento di Corrado Vocino in quell'importante contributo che sul tema è apparso negli *Studi Redenti*⁽¹³⁾.

Cosa afferma Vocino in conclusione di questo complesso studio, barocco nella forma⁽¹⁴⁾, ma lineare nella struttura di pensiero, comunque assai stimolante?

Premesso che Egli esamina il tema dalla peculiare prospettiva del rapporto tra attività di accertamento del giudice e norma generale, giunge

⁽¹²⁾ Il celebre passo di G. Chiovena, *Principii*, 81, è ripreso da G. Verde, *L'attuale ruolo del giudice*, cit., 6. Cfr. sempre di G. Verde, *Tutto quello e proprio quello (riflettendo su di un libro di Nicolò Trocker)*, ora in G. Verde, *Sul potere*, cit., 61 s.

⁽¹³⁾ C. Vocino, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, negli *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano 1950, 589 s.

⁽¹⁴⁾ Mi permetto di utilizzare una qualificazione (che solo da intelletti ottusi può essere assunta con criteri dispregiativi) quale in generale, sullo stile del maestro, riconosce lo stesso G. Verde, *Corrado Vocino*, in Id., *Sul potere giudiziale*, cit., 254.

a evidenziare che: «per noi si può bene approdare al risultato di vedere nella giurisdizione che il magistrato esercita nel processo d'accertamento la "attuazione della legge", ma nel senso che discende dalle suesposte considerazioni. Meglio, perché meno equivoco e anche un po' meno impegnativo, ci sembrerebbe tenersi al concetto che a quel processo il giudice è chiamato come organo che "concreta i precetti astratti"»⁽¹⁵⁾.

Il tema posto (nonché la posizione assunta) è quello classico circa la funzione del giudice⁽¹⁶⁾ e più in generale dell'attuazione della legge nella giurisdizione, si lega direttamente ad un dibattito assai noto che ha trovato la sua punta di emersione nel classico lavoro di Bülow, *Gesetz und Richteramts*, Leipzig 1885⁽¹⁷⁾, nel quale, scuotendo dalle fondamenta il sistema, l'Autore strappa il velo di Maja che oscura le coscienze e viene a dirci quello che ormai si doveva sapere da tempo, ma che per evidenti ragioni di politica del diritto non si vuole riconoscere, ossia che il giudice non attua, non è la mera *bouche de la lois*, bensì crea la norma concreta, realizza l'essere del diritto conformemente alla legge⁽¹⁸⁾. Giovanni Verde, con piglio di giurista e finezza di storico, bene avverte la crisi del principio di divisione dei poteri e il mutare del rapporto fra giudice e norma applicata⁽¹⁹⁾.

In questo alveo si colloca, allora, anche la Sua vicenda culturale e questa consapevolezza orienta tutta la sua ricerca, che fundamentalmente ruota – si crede di poter dire, senza eccedere troppo – attorno al tema del ruolo del giudice e sul potere giudiziale (non giudiziario: si noti, troppo limitativo questo ed asfittico), nonché sul loro controllo⁽²⁰⁾. E così si spiega quanto Egli stesso già pone in evidenza con chiare parole: ossia, che la legge pro-

⁽¹⁵⁾ C. Vocino, *Sulla c.d. attuazione della legge*, cit., 692.

⁽¹⁶⁾ Tema che la dottrina processualcivilistica italiana ha sempre dato per presupposto e raramente affrontato di petto, al di là dei necessari riferimenti nelle opere sistematiche-manualistiche, latamente intese, non senza lodevoli eccezioni: si pensi però ai lavori di A. Raselli, poi riuniti in A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano 1975, 97 s., oltre al classico contributo di E. Betti, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Milano 1921.

⁽¹⁷⁾ Se ne veda una bella traduzione in O. Bülow, *Legge e giurisdizione*, a cura di F. Cortese e A. Sandri, Seregno 2012, pubblicato inoltre assieme alla recensione (in parte critica) di Zorn, dalla *Deut. Literaturzeitung*, 1885.

⁽¹⁸⁾ Del resto, lo stesso O. Bülow, *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen 1868, 3, nota 3, riconosce che questa constatazione non è affatto nuova e che fa parte già da tempo del patrimonio acquisito della dottrina più disincantata e cita, per esempio, sia O. von Bähr, *Der Rechtsstaat*, Kassel-Göttingen 1864, 10 s.; che T. Kierulff, *Theorie des Gemeinen Civil rechts*, I, Altona 1834, spec. 42 s. È allora evidente come la linea diretta, che condurrà a Kelsen, sia già ben tracciata.

⁽¹⁹⁾ N. Irti, *In luogo di introduzione*, in G. Verde, *Il difficile rapporto*, cit., 8.

⁽²⁰⁾ Lo spiega bene lo stesso G. Verde, *Diritto processuale civile, Parte generale*, 4^a ed., Bologna 2015, 17.

cessuale non solo riconosce tutele, regola i comportamenti cui sono obbligate le parti, ma soprattutto stabilisce i limiti del potere del giudice; e che di conseguenza la norma sull'onere della prova non è altro che un tassello del sistema di controllo del potere giudiziario. D'altro canto, la giurisprudenza stessa non può essere fonte del diritto processuale⁽²¹⁾.

E si badi: non vi è contraddizione. Anzi, è proprio il convincimento sotteso della funzione concretizzatrice della norma generale ed astratta che si attua nel processo, di derivazione «vociniana», alla *Gestaltung* che la caratterizza, ad imporre una rigorosa soggezione del giudice alla legge processuale, la sindacabilità del suo *dictum* mediante la motivazione: ossia, più in generale, dall'essere tutto il diritto processuale civile un insieme di norme volte al controllo dell'esercizio del potere nel momento della formazione della norma concreta. In questo si definisce un orientamento che qualifica altri studiosi della sua generazione e in particolare sembra assai vicino alla posizione di un suo grande coetaneo, peraltro collega a Camerino, Giovanni Fabbrini, come emerge dalla ben nota voce *Potere del giudice* apparsa per l'*Enciclopedia del diritto* nel 1985⁽²²⁾. E qui è chiaro il convincimento che la legge sia strumento di esercizio del potere, che Verde prende dallo stesso Giordano Bruno, il quale già evidenziava come proprio l'esercizio del potere sia esposto al rischio di cadere nelle mani di «pedanti e parabolanti»⁽²³⁾.

Ma è utile *revoir le passé*. Questo basso continuo, che oggi emerge con così acuta evidenza, ad ascoltare con la dovuta profondità, si avverte già da tempo nel pensare di Giovanni Verde.

Già financo nel giovanile *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, del 1964: una monografia che presenta non solo forti innovazioni formali, un inquadramento difforme che sembra qualificarla come opera di destrutturazione, composta da un insieme di studi funzionalmente connessi; ma soprattutto, nel merito, ove la procedimentalizzazione dell'atto iniziale dell'espropriazione⁽²⁴⁾, il suo trasformarsi da mero atto a vero e

(21) Ancora G. Verde, *Diritto processuale*, 1, cit., 13 s., ove si evidenzia come sia proprio il principio della soggezione del giudice alla legge che impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicché quella, nella sua dimensione dichiarativa, non può mai rappresentare la *lex temporis acti*, ossia il parametro normativo di verifica del singolo atto processuale.

(22) Cfr. G. Fabbrini, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 721 s. (poi ripubblicata in G. Fabbrini, *Scritti giuridici*, I, Milano 1989, 405 s.).

(23) Le citazioni di Bruno sono riprese da Verde, nell'articolo apparso in *La Repubblica*, ed. Napoli, 2 febbraio 2024, dal bel volume di B. de Giovanni, *Giordano Bruno Giambattista Vico e la filosofia meridionale*, Napoli 2023, 84.

(24) Tesi, peraltro, assai contestata, in quegli anni soprattutto: basti vedere V. Cole-

proprio procedimento, implica inevitabilmente la estensione di quelle regole fondamentali che ne disciplinano il divenire e consentono un più penetrante controllo delle varie fasi, pur in differenti modelli⁽²⁵⁾.

Ed è sempre il tema centrale del controllo che ritorna ma si sviluppa ulteriormente, sotto diverse spoglie, anche nel successivo *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, del 1968, sebbene da una diversa prospettiva, direi invertita, per quanto il tema dell'intervento dei creditori non munito di titolo fosse già ben presente pure nel *Pignoramento*⁽²⁶⁾. Anche qui si tratta di condurre un esame sulle posizioni degli intervenuti *sine titulo*, avendosi ben chiara la consapevolezza che il semplice controllo *ex post*, in sede di riparto, sia del tutto inadeguato, in quanto il divenire del procedimento è profondamente influenzato dall'esistenza ed entità del credito, ben prima quindi della finale distribuzione: come per il cumulo dei mezzi di espropriazione, per la conversione del pignoramento, a fronte dei quali la mera prospettazione del credito si rileva del tutto inadeguata. Ed è proprio in funzione di un controllo

santi, *Alcune osservazioni sulla concezione del pignoramento come procedimento*, in *Jus* 1961, 502 s. Cfr. con una garbata polemica G. Verde, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli 1964, 69 s., ove si osserva che l'essere il pignoramento momento necessario del processo esecutivo non importa automaticamente che esso resti completamente assorbito, senza residui, nel processo di guida che non abbia alcuna, sia pure minima, autonomia (75 s.), quindi che non possa essere costruito come procedimento.

⁽²⁵⁾ Non mi sembra, allora, di condividere appieno il giudizio (pur nel complesso assai positivo) di G. Tarzia, nella *Recensione* apparsa in questa *Rivista* 1966, 306, secondo il quale nel volume si dovrebbe constatare «la mancanza di un'unica linea di sviluppo». Uno svolgimento unitario e coerente di pensiero è certo percepibile, laddove si vada al di là di un primo immediato livello di lettura, anche se bisogna riconoscere che questo appare assai più facile ora, dopo tanti altri successivi disvelamenti. Invero, questo induce ad un passo ulteriore: il lavoro su *Il pignoramento* appare offrire un qualcosa di più significativo, anche perché mi sembra aver segnato un momento di rottura nel sistema delle monografie come tradizionalmente ricevuto, ne ha comportato la destrutturazione (non è certo un caso che proprio in quegli anni il Gruppo 63 parlasse di destrutturazione del romanzo...), non più composta da capitoli che si univano per la sequenza unitaria di un (apparente) unico racconto, ma per connessione di problemi in apparenza distinti, ma rispetto ai quali l'Autore riesce a rielaborare profondi legami, a scoprire connessioni inattese o parimenti a far emergere le incoerenze, le disconnessioni, la latente crisi. In questo *Il pignoramento* è stato molto innovativo.

⁽²⁶⁾ G. Verde, *Il pignoramento*, cit., 47 s. Vi è certo coerente continuità nella ricerca di Verde, una sottile linea che tutto congiunge e lega: il volume sul pignoramento – come si osservava – introduce già al tema dell'intervento dei creditori (*Il pignoramento*, cit., 234 s.), come poi a sua volta questa ricerca si collega ai conseguenti oneri probatori nella prova del credito (*Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano 1968, spec. 175 s.), profili che poi verranno svolti nella monografia *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974. Ma alla continuità tematica si sovrappone quella (forse ancor più importante) analitica, data dal continuo sondare il profilo dell'esercizio del potere.

tempestivo che Verde prospetta *ex systema* una cognizione da parte del giudice dell'esecuzione che fosse in grado di valutare la relazione tra le parti sul piano sostanziale⁽²⁷⁾.

Infine, appare indiscutibile che questo coerente e assai rigoroso piano d'analisi dell'esperienza processuale, il bisogno di definire i limiti e i presupposti della decisione del giudice, in diritto ma soprattutto in fatto, abbia trovato il suo più diretto e felice compimento proprio nel lavoro del 1974 sull'onere della prova. A ben vedere, le norme racchiuse nell'art. 2697 c.c. non sono altro che un tassello, assai peculiare, del sistema di controllo del potere giudiziario, nella misura in cui si codifica sia che i fatti hanno un ruolo diverso nella produzione degli effetti sia s'assegna alla legge, e non al giudice, il compito di stabilire quale sia quel ruolo⁽²⁸⁾.

È evidente, allora, che la c.d. «crisi della fattispecie», il sempre più ricorrente ricorso a «precetti senza fattispecie», lo strapotere dei valori (se non proprio la loro tirannia)⁽²⁹⁾, fanno crollare l'intero sistema, implicano che proprio quell'art. 2697 c.c. «sia stato messo in un canto, sopraffatto dal principio per il quale la prova dei fatti che il giudice ritiene rilevanti spetta alla parte individuata dal giudice che è in grado di provarla» per dirla con le parole (invero un po' amare) di Verde stesso⁽³⁰⁾. Si ha la totale disintegrazione del controllo dell'esercizio del potere giudiziale con riferimento almeno alla dinamica processuale in tela di ricostruzione del fatto nel processo.

Del resto, la medesima convinzione guiderà poi, per esempio, l'esame condotto con riferimento al controllo in Cassazione del giudizio di fatto

⁽²⁷⁾ Interessante poi notare che è stato proprio Verde a consigliare a Renato Oriani lo studio dell'opposizione agli atti esecutivi, come ricorda lo stesso Oriani, in *Per la consegna*, cit., 504.

⁽²⁸⁾ G. Verde, *Postilla*, cit., 445.

⁽²⁹⁾ Se non fosse che parlare di tirannia dei valori potrebbe apparire molto pericoloso, in quanto rimanda a quel *Die Tyrannei der Werte*, che ancora tanto scandalo suscita. Schmitt avverte che il «parlare di valori e il pensare per valori» conduce «a un eterno conflitto dei valori e delle divisioni del mondo, una guerra di tutti contro tutti, un perpetuo *bellum omnium contra omnes* al cui confronto il vecchio *bellum omnium contra omnes* e persino l'atroce stato di natura della filosofia politica di Thomas Hobbes sono autentici idilli» (C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, Milano 2008, 50). Il valore non è mai oggettivo, bensì solo soggettivamente riferito alla realtà; ciò significa, che «il valore non è, ma vale» e ciò che vale – sottolinea Schmitt – «aspira apertamente a essere posto in atto». È dunque l'uomo che «pone» i valori ed è proprio il soggettivismo – sotteso ad ogni valore – a rendere pericolosa, agli occhi di Schmitt, ogni filosofia dei valori e ancor più ogni tentativo di «oggettivazione» degli stessi. Ma appare, allora, evidente l'incompatibilità (o per lo meno la grave discrasia) del sistema dei valori con l'impostazione del processualista civile, con il rigore formale che da sempre ne ha caratterizzato la ricerca.

⁽³⁰⁾ G. Verde, *Postilla*, cit., 446.

come è già stato autorevolmente evidenziato: Guido Calogero, oltre settant'anni orsono, Verde oggi rifiutano una pura nuda logicità, accertabile, per così dire, dall'esterno e l'uno e l'altro sospingono la Corte di cassazione verso un controllo del fatto, di quel fatto che risulta *ex actis* e ha dentro di sé la propria «logicità», sicché ben avverte Verde la concretezza dei casi e il pericolo che questi rischino di essere come appiattiti e «livellati» nell'esercizio della funzione nomofilattica⁽³¹⁾.

4. – Si può tornare, allora, al più comprensivo problema dell'attuazione della legge e alla sua denunciata ambiguità. Vi è che Verde esamina l'attuazione della legge da una prospettiva peculiare, come si è visto, che è quella della creazione della norma concreta tramite il giudizio, e che – come Egli stesso evidenzia – convoca il determinante tema del controllo; ma è una prospettiva significativamente diversa, rispetto a quella dalla quale si ponevano prima Wach e poi Chiovenda. Del resto, oltre mezzo secolo non è passato invano, questo ha spostato il *focus* degli interessi, i quali si legano inevitabilmente alla società e al suo mutare.

Insomma, la preoccupazione di Wach e di Chiovenda era diversa. Questa differenza si percepisce bene quando si ha piena consapevolezza che per questi maestri il vedere nella giurisdizione l'attuazione della legge muoveva dal convincimento che la legge fosse la somma garanzia per il cittadino nello stato liberale, nello stato di diritto privo di una Costituzione rigida. Del profilo mi sono già occupato in altra sede⁽³²⁾. Richiamo i risultati da cui si può muovere.

La questione che allora si poneva era strettamente connessa al tema dell'*actio* e, nella sua essenza, si può riassumere con un quesito: le forme di tutela processuale che l'ordinamento riconosce per i diritti soggettivi sono tipiche, devono quindi essere rigorosamente pre-determinate dal legislatore (processuale) stesso, in questa direzione operando il principio della predeterminazione legale delle regole che disciplinano il processo; o invece – in ragione della (afferzata) strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale – si poteva ritenere che operi una diversa regola, quasi contrapposta, per la quale spetta al legislatore delineare dei modelli di tutele giurisdizionale che sono solo concorrenti con quelli che si possono elaborare ad opera delle altre «formanti» del sistema, quindi da parte della dottrina e della giurisprudenza, al fine di assicurare migliore efficienza al sistema. Un tema apparentemente solo tecnico, ma che invece riguardava

⁽³¹⁾ N. Irti, *In luogo di introduzione*, cit., 8.

⁽³²⁾ Soprattutto in A. Chizzini, *Tipicità e processo civile*, in *Jus* 2020, 327 s.

in profondità i rapporti tra stato e cittadini e parimenti (forse soprattutto) i rapporti tra gli stessi *cives*.

Al riguardo, la prospettiva storica dimostra come, nel declinare degli stati assoluti e della giustizia ottriata, all'imporre della nuova società borghese e dello stato di diritto, si consumi davvero quella che appare una «gloriosa rivoluzione», radicale sul piano dei diritti e delle garanzie giurisdizionali, e questo non solo nel *civil law* ⁽³³⁾, sebbene non senza significative divaricazioni ⁽³⁴⁾. Il contenuto di quella gloriosa rivoluzione verrà poi espresso con massima efficacia da Wach, nel già richiamato assioma secondo il quale «alles, was das Civilrecht, die gesetzliche Ordnung des Gemeinschaftslebens der einzelnen untereinander will, daßmuß, weil das Gesetz es will und wie das Gesetz es will, durchsetzbar sein» ⁽³⁵⁾; e non è certo un caso che Egli svolgesse questa notazione nell'approfondire il tema dell'«atipicità» della tutela d'accertamento. Questo, a bene vedere, invertendo la prospettiva, è il senso della recepita «strumentalità del processo» ⁽³⁶⁾.

Assioma questo che poi – come noto – Chiovenda traduce nella felice formula già ricordata ⁽³⁷⁾, a sua volta giustificato dallo scopo stesso della

⁽³³⁾ Anche in Inghilterra, con i famosi *Judicature Acts* del 1873-1875, si è consumato l'abbandono del rigido sistema della tipicità delle azioni e una progressiva accentuazione del profilo sostanziale del diritto, fino a soppiantare (perlomeno a ridurre assai significativamente) la tradizionale idea che non vi siano, in quel sistema, diritti «statici» bensì solo rimedi processuali, sicché si può ben distinguere ora un «*substantive law*» e di conseguenza individuare «*substantive or subjective rights*» (cfr. J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge 2000, 82 s.). Sul tema cfr. G. Smorto, *Sul significato di «rimedi»*, in *Europa e dir. priv.* 2014, 159 s.; C. Cavallini, *Diritto, rimedi e res judicata*, in questa *Rivista* 2020, 208, nt. 10.

⁽³⁴⁾ Sul piano della concreta attuazione del rapporto e quindi della esecuzione, laddove da un lato s'impone, quale logico corollario, di quella «gloriosa rivoluzione» il modello della c.d. *Naturalherstellung*, dall'altro permane il modello della c.d. *specific performance* (cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano 2018, 504, 880, 954 (cfr. anche Id., *Inadempimento ed esatto adempimento nei Principi Unidroit*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di M.J. Bonell e F. Bonelli Milano 1997, 276 s.).

⁽³⁵⁾ Che si potrebbe esplicitare così: tutto ciò che impone il diritto sostanziale, al quale solo spetta regolare i rapporti intercorrenti nella vita tra i vari consociati, deve potersi poi conseguire (tramite il processo, evidentemente), perché appunto lo vuole la legge e come lo vuole la legge (A. Wach, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig 1889, 16).

⁽³⁶⁾ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli 1935, 41 s., evidenzia come – accanto alla funzione di strumento di coazione, inteso a costringere l'obbligato a prestare ciò che deve – il processo, in primo luogo, crei certezza giuridica nei rapporti, inoltre assicuri la conservazione dello stato di fatto corrispondente ad una determinata pretesa, infine modifichi i rapporti giuridici stessi. Così Chiovenda potrà giustificare la portata generale dell'azione di mero accertamento, delle azioni cautelari e delle sentenze costitutive. Cfr. quanto più diffusamente osservato in A. Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano 2018, 22 s.

⁽³⁷⁾ Così, l'assioma di Wach, è tradotto da G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal*

funzione giurisdizionale, ossia l'attuazione della legge sostanziale mediante attività sostitutiva del giudice⁽³⁸⁾. Egli muove oltre Wach: si pensi all'idea della tutela cautelare generale e alla sentenza costitutiva in tema di attuazione del preliminare inadempito. Questo evidentemente si lega al tema dell'azione, che esprime non null'altro che la dinamica soggettiva di quella attuazione nonché i limiti che l'ordinamento pone alla stessa, per evidenti ragioni di civiltà.

La giustizia civile non è più giustizia di gabinetto, graziosamente *oc-troyée* dal sovrano, nelle sue forme e nei suoi contenuti, ma si lega alla nuova funzione cui è chiamata la giurisdizione nello Stato di diritto⁽³⁹⁾. Sul punto si è consumata una radicale contrapposizione: se lo Stato s'impone della procedura e detta le regole del processo, tuttavia non può aggredire la cittadella dei diritti, come recepiti dalla tradizione di diritto comune, quali evoluti nel divenire della dinamica mercantile fino alla società borghese del diciannovesimo secolo⁽⁴⁰⁾. La tesi dominante (nel merito tuttora persuasiva), come già prospettato dalla lezione della scuola del c.d. diritto naturale, nonché dalla tradizione più consolidata che caratterizza lo Stato di diritto, quale poi mutatosi con l'imporsi dello Stato costituzionale attribuisce «funzione di rimedio» al processo rispetto al diritto sostanziale⁽⁴¹⁾: il processo diviene garanzia d'attuazione del diritto sostanziale⁽⁴²⁾. Questo spiega le ragioni per le quali il tema dell'azione era il tema centrale, era funzionale ad assicurare l'attuazione dell'assioma per il quale ad ogni singolo diritto fosse assicurata la tutela giudiziari contro – si badi – la libertà dell'altra parte, libertà che senza dubbio viene limitata dall'azione altrui⁽⁴³⁾. Basta pensare alle note vicende in tema di prelimi-

contratto preliminare, in Id., *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma 1930, I, 110 s. Sul tema, cfr. A. Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 556 s.

⁽³⁸⁾ Cfr. A. Chizzini, *La tutela*, cit., 14 s.

⁽³⁹⁾ Invero, non bisogna dimenticare che l'impoversirsi della procedura da parte dello stato assoluto (come descritto soprattutto da N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del nuovo millennio*, Milano 2007, spec. 105 s., ove ulteriori citazioni; cfr. anche A. Chizzini, *Pensiero*, cit., 47 s.), ha comportato lentamente (forse non del tutto avvertitamente) anche la rigida predeterminazione legale delle tutele, ossia delle forme di azione che l'ordinamento riconosceva alle situazioni soggettive.

⁽⁴⁰⁾ Si veda quanto chiarito in A. Chizzini, *Pensiero*, cit., spec. 70.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. Chizzini, *La tutela*, cit., 28 s.

⁽⁴²⁾ Si constatano rilevanti convergenze con il sistema di *common law*, pur nell'accentuazione giudiziale che lo caratterizza, quando emerge il primo qualificante profilo della tutela rimediabile che è costituito proprio da una sorta d'interventismo discrezionale del giudice nella modulazione, *case by case*, della tutela postulata nella domanda giudiziale: così C. Cavallini, *Diritto*, cit., 210.

⁽⁴³⁾ Cfr. al riguardo V. Tavormina, *Il diritto di libertà da indebita coazione: una parte*

nare inadempito, ricordare le pagine di Leonardo Coviello per capire cosa s'intenda.

Tale idea, in fondo, deriva dall'assetto stesso dei rapporti tra individuo e sistema che in quella società aveva trovato il proprio punto di equilibrio⁽⁴⁴⁾. E in questa prospettiva, può senza dubbio dirsi che Giovanni Verde rimane profondamente e intimamente legato alla lezione chioveniana sulla co-essenzialità dell'azione nei suoi autonomi (per quanto strumentali) rapporti con il diritto sostanziale, dal quale pur si distingue⁽⁴⁵⁾.

Ma appare altrettanto evidente che in un mutato assetto sociale e politico, con l'imporsi dello stato autoritario e illiberale, il suo carsico propagarsi anche nella ancora giovane era costituzionale, il tema dell'attuazione della legge mediante il processo assume un diverso significato, da strumento appunto di tutela per le parti rischia di diventare un'odiosa gabbia, un'inaccettabile limitazione per le fondamentali garanzie. E di questo Egli si è prontamente accorto, nel percepire che per la contemporaneità il tema delle concrete garanzie processuali doveva soppiantare quello dell'astratta, formalistica attuazione. Il tema dell'azione diviene anch'esso, in questa cornice, di fatto superato da bisogni assai più impellenti, ossia dalla necessità di controllo nell'esercizio dei poteri, a muovere soprattutto dai suoi profili apicali, ossia al controllo di quello stesso giudizio di cassazione che pure ha piena guarentigia costituzionale⁽⁴⁶⁾.

5. – Ora si può tornare ad uno sguardo d'assieme. La prima nota da compiersi mi sembra quella che dal dibattito sugli schemi generali, i due elementi che caratterizzava la scuola classica – l'azione e il rapporto giuridico processuale – si è ora definitivamente attratti dai temi posti dalla loro concreta garanzia e realizzazione: con riflessi anche direttamente politici (basti rileggere la *Introduzione* alle prime edizioni dei *Profili*). Inevi-

integrante dell'oggetto di ogni processo, negli *Studi in Onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2969 s.

⁽⁴⁴⁾ Sul significato del passaggio dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale, soprattutto in tema di diritti e doveri del singolo rispetto all'ordinamento, cfr. E. Cheli, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli 2006, spec. 18 s. Cfr. G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, 4^a ed., Padova 2001, 14 s.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Torino 1992, 20 s. Per una lettura istituzionale-sociologica, v. P. Häberle, *Stato costituzionale (principi generali)*, in *Enc. giur.*, Roma 1993, 3 s.

⁽⁴⁵⁾ Questo si coglie con chiarezza in G. Verde, *Diritto processuale*, cit., 1, 115 s.

⁽⁴⁶⁾ G. Verde, *Il difficile rapporto*, cit., 11 s., ove è attentamente analizzata la struttura della funzione nomofilattica della Cassazione alla luce delle sue evoluzioni normative nella cornice dei principî costituzionali.

tabilmente i temi scientifici hanno una loro relatività storica, si legano al proprio tempo, il nostro non è il campo «né del sempre né del mai».

Dalla tutela costituzionale dei principi fondamentali che strutturavano il sistema classico – il cui indubbio adeguato precipitato si trova negli artt. 2907 e 2909 del codice dei diritti civili e negli artt. 99 e 101 del codice della giustizia civile: giacché tali sono agli artt. 24, 101 e 111 Cost. – il giurista è attratto ora dalla loro pratica concretizzazione: non più tanto (o soltanto) quindi dall'astratta (potenziale) attuazione della legge, come vuole Chiovenda nel definire la giurisdizione, dato che questo appare essere ormai un qualcosa di acquisito; quanto dalle concrete garanzie processuali e mediante queste all'effettività della tutela⁽⁴⁷⁾. Parimenti, questi temi e i sottesi bisogni si pongono anche all'analisi del sostanzialista⁽⁴⁸⁾.

Si colgono, allora, le reali ragioni per le quali la prospettiva del controllo del potere del giudice, la proiezione della sua funzione, alla luce dell'art. 111 Cost., sia sempre stata dominante in Verde, rappresenti una linea melodica che accompagna costantemente la sua ricerca. Ed è soprattutto nel volume sull'onere della prova che Verde smonta una sovrastruttura concettuale delineata dall'art. 2697 c.c., per ricondurre alle norme sostanziali la concreta definizione e riparto degli oneri probatori con quanto ne consegue. Qui è evidente come la lezione della scienza processuale tedesca sia percepita in profondità, tuttavia, nel contempo, ampiamente superata⁽⁴⁹⁾.

Ma è questo un atteggiamento critico che ha radici antiche e assai nobili. Ogni scienza per essere tale deve essere *Scienza nova*, per richiamare l'insegnamento di Giambattista Vico che, a ben pensare, tanto ha inciso sulla formazione di Verde⁽⁵⁰⁾: emerge chiaramente, soprattutto dal volume sull'onere della prova, la critica a quello che potremmo definire il razionalismo cartesiano, sotteso ad una disposizione come quella sull'onere

⁽⁴⁷⁾ In detto quadro, ad esempio, il volume di N. Trocker, *Processo civile e Costituzione* Milano 1974, appare emblematico di questo nuovo orientamento della ricerca. Cfr. A. Chizzini, *...aus so krummem*, cit., 13 s.

⁽⁴⁸⁾ La questione presenta infinite sfaccettature, ma per un sintetico tratteggio (pieno d'interessanti spunti anche per il processualista) v. ora L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio: primi spunti di riflessione*, in *Riv. crit. del diritto privato* 2023, 61 s.

⁽⁴⁹⁾ In Germania, come noto, manca una norma quale l'art. 2697 c.c., la dottrina a muovere da Rosenberg ha dovuto recuperare delle categorie generali, Verde invece constata la norma generale e la destruttura Cfr. B. Sassani, *L'onere della prova*, cit., 433 s.

⁽⁵⁰⁾ In questa direzione assai utile è la lettura di B. de Giovanni, *Giordano Bruno Giambattista Vico*, cit., spec. 15 s. Il debito formativo nei confronti sia di Bruno che di Vico è stato riconosciuto di recente dallo stesso G. Verde in *Bruno, Vico, il diritto e la legge (leggendo B. di Giovanni)*, in *La Repubblica*, cit.

della prova, per ridare vigore pieno alla storia: non più *cogito ergo sum* ma *sum ergo cogito*, verrebbe da dire⁽⁵¹⁾. Certo è che nella sua impostazione di ricerca, proprio per l'influenza del pensiero del Vico, Egli acquisisce piena consapevolezza di quella che è stata autorevolmente determinata quale l'inseparabilità «di momenti valutativi dall'attività di applicazione del diritto»⁽⁵²⁾.

Tutto questo, da un lato, ed in modo più facilmente percepibile, spiega l'analisi (verrebbe proprio da dire) topica della giurisprudenza non solo sul tema dell'onere della prova; ma dall'altro, non meno significativamente, forse in modo più celato (perché ancora in lenta formazione) le stesse ricerche su *Pignoramento* e *Intervento*, con le quali si elabora un modello se non nuovo senza dubbio originale e assai peculiare⁽⁵³⁾; nonché più recentemente le ricerche racchiuse ne *Il difficile rapporto tra il giudice e la legge*, osservato dal monocolo del giudizio di cassazione⁽⁵⁴⁾.

Ma torno al tema centrale, per chiudere. Verde è in fondo assai preso dalla passione politica, intesa questa certo in senso ampio, assunta come uno spazio che si realizza nella *polis*, in una ideale *agorà* ovi si vive il

⁽⁵¹⁾ L'influenza del Vico sulla scienza giuridica, del resto, è ampiamente valutata e a tale riguardo, per la specifica prospettiva che ora rileva, giova ricordare soprattutto la ricerca di T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, IV Auf., München 1969, spec. 5 s. (trad. it., Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, Milano 1962, a cura di G. Crifò, 9 s.), ove si criticano i limiti e, in parte, si supera il modello assiomatico (cartesiano, potrebbe dirsi) quale strumento unico ed imprescindibile per la giurisprudenza pratica. Come chiarisce Viehweg – e questo appare determinante per cogliere lo sfondo culturale e metodologico di Verde – si contrappongono due modelli di metodo: quello nuovo, cartesiano, per il quale il punto di partenza è un *primum verum*, che non può essere annullato neppure dubitando, sicché lo svolgimento si avrà *more geometrico* mediante conclusioni concatenate; il secondo, quello antico, che risale alla tradizione della retorica, si caratterizza per il fatto che il punto di partenza è dato dal *sensus communis* dal quale si procede per verosimiglianza, mediante gli strumenti della topica retorica per via di correlati (diversi) sillogismi. Ed è questo antico metodo, la topica retorica che, per Vico, deve innestarsi al metodo nuovo per superarne i limiti, giacché quest'ultimo da solo non dà nessun risultato (T. Viehweg, *Topik*, cit., 6 s.).

⁽⁵²⁾ Così, con riferimento al valore della topica ripresa dal Viehweg, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., VIII.

⁽⁵³⁾ Apro una parentesi, che sarà interessante approfondire in altra sede: la ricerca di Giovanni Verde sembra caratterizzata da un'impostazione assai diversa da quella che distingue il coetaneo, ma più cartesiano ed illuminista, pur sempre allievo di Andrioli, Andrea Proto Pisani; come appare fuori dubbio che l'impronta di uno studioso assai particolare, quale Corrado Vocino, abbia modellato il pensiero di Renato Oriani, anch'Egli influenzato da quel *milieu* culturale, sebbene si collochi in una peculiarissima posizione: più che guardare alla storia ideale del Vico – verrebbe da dire – sembra attratto dalla storia del particolare, dalla *histoire événementielle* degli *Annales* (l'influenza di Vico sulla storiografia degli *Annales* è sondata da S. De Rosa, *Vico precursore della nuova storia. Tre secoli di visioni geotemporalì*, Roma 2006).

⁽⁵⁴⁾ *Op. cit.*, spec. 11 s.

confronto delle idee, confronto mediante il quale si costruisce il futuro. Ma questa passione politica si lega strettamente al suo essere giurista, è fenomeno di necessaria emersione del profondo convincimento secondo il quale è nel concreto, nel dipanarsi della vita vera che si debbono valutare e adeguare le garanzie processuali⁽⁵⁵⁾.

Questo si coglie bene già nelle (già richiamate) primigenie introduzioni ai *Profili*: espressioni di un'epoca in un qual senso tramontata, di un modo d'espressione e di comunicazione che lo stesso Autore ha poi decisamente superato, ma che hanno già in sé il tratto peculiare e fondativo della sua cifra di studioso, della ricerca non intesa come luogo di auto-reclusione e di separazione dalla realtà, volta a definire uno spazio asettico e astratto dalle crisi (se si preferisce: dalle sfide) dell'attuale; ma di una ricerca immaginata e voluta quale luogo aperto, di sperimentazione dello scambio e di confronto, nella quale i concetti assumono una funzione non autoreferenziale e conclusa, ma che sono meri strumenti per rendere possibile un colloquio proficuo e quindi (in quanto lessicalmente coerente) paritario, dove è possibile confrontarsi con categorie omogenee, senza le quali non sarebbe possibile non solo un dialogo, bensì la stessa strutturazione della comunità civile. Appunto, come si diceva, con il Vico *verum est factum*. E da qui si deve muovere per analizzare una società vera, virente, non per analizzare meri concetti, che così possono davvero divenire gabbie ingannatorie, per cadere in quella che sempre Vico definiva la «barbarie della riflessione»⁽⁵⁶⁾, intesa come cultura astratta che assidera la vita, dimentica il corpo, annienta la storicità del divenire, invade le scuole, allontana i giovani dalla verità⁽⁵⁷⁾.

Giovanni ci parla di crepuscolo. Come mi ricorda l'amico Marino Marinelli, raffinato conoscitore wagneriano, quando, alla fine del «Crepuscolo» più sublime della *Kulturgeschichte* – il riferimento è ovviamente alla *Götterdämmerung* di Riccardo Wagner – le nuvole si sono alzate sul rogo di Sigfrido e Brunilde e le onde del Reno, gonfiandosi, sono montate sul Walhalla in fiamme, si leva dal «golfo mistico», nella corrusca tonalità di re bemolle maggiore, un motivo – meraviglioso – che ci trasmette la speranza, l'attesa felice di un qualcosa che, dopo il tramonto degli Asi, lascia sperare in un mondo nuovo.

Nel nostro caso certo non di semidei, ma pur sempre di uomini di buona volontà che possono, qualora se ne assumono la responsabilità,

⁽⁵⁵⁾ In questa direzione è assai utile, per approfondire la visione complessiva di Verde, il contributo su *Abuso del (e nel) processo*, ora in Id., *Il difficile rapporto*, cit., spec. 117 s.

⁽⁵⁶⁾ La citazione di Vico è presa da B. de Giovanni, *Giordano Bruno*, cit., spec. 93.

⁽⁵⁷⁾ Così G. Verde, in *La Repubblica*, cit.

sopportare l'onere di definire le vie per il futuro. Ed è questo un volume con il quale ci si dovrà confrontare ancora a lungo se si vorrà esplorare, in piena consapevolezza, quelle vie.

ILARIA PAGNI

Professore ordinario nell'Università di Firenze

A PROPOSITO DI UN LIBRO DI GIOVANNI VERDE («SUL POTERE GIUDIZIALE E SULL'INGANNO DEI CONCETTI»)

SOMMARIO: 1. Verde e il rischio di una eccessiva concettualizzazione nella materia processuale: quale dev'essere il ruolo del giudice. – 2. Il giudice “dei valori” e il ruolo dello studioso del processo. – 3. Strumentalità del processo ed effettività della tutela (a margine del principio *ubi ius, ibi remedium*). – 4. (Segue). Strumentalità e neutralità del processo. – 5. Il diritto del rimedio adeguato nel rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente. – 6. Effettività ed efficienza. – 7. (Segue). La trasposizione dei due principi nella riforma del processo civile – 8. Alcune spigolature su temi centrali del processo. – 9. In conclusione.

1. – Nel libro di Giovanni Verde si segnala a più riprese il rischio che una eccessiva concettualizzazione, cui spesso il giurista indulge, rischi di far dimenticare, quando si parla di processo (anzi, di processi, dato che «non esiste il processo, ma esistono i processi, quali si convengono ai diversi bisogni di tutela»), quale è, e quale deve essere, il ruolo del giudice.

Il filo rosso che collega i vari temi trattati è, infatti, la sottolineatura dei timori che debbono necessariamente accompagnare la constatazione che la storia della magistratura e l'evoluzione della giustizia in questi settant'anni di vita repubblicana sono la storia del progressivo mutamento del ruolo del giudice, che, da operatore di un procedimento prevalentemente sussuntivo, si va trasformando in un realizzatore di valori, e che va oltre, alla ricerca di un'etica dei comportamenti.

Tutto il libro è un invito all'equilibrio, e a compiere un esercizio di razionalità.

Ed è un invito che dovremmo tutti cercare di raccogliere.

Verde ricorda che, poiché la Costituzione recepisce e proclama valori con norme che sono inevitabilmente prive di fattispecie, nel momento in cui il giudice ritiene di doversi rifare, nell'esercizio delle sue funzioni, a quei valori, altrettanto inevitabilmente tende a trasformarsi da giudice della fattispecie a giudice dei valori, con un'evoluzione di cui non si conoscono gli esiti ultimi, perché dietro i valori c'è l'etica. Sottolinea anche come l'ampliamento degli spazi di «invenzione» nella ricerca dell'interpretazione (opera peraltro necessaria, se si seguono gli insegnamenti di Tullio

Ascarelli), abbia finito spesso per consentire al giudice di attribuirsi una funzione creativa e propulsiva che, se non debitamente sorvegliata, rischia di essere pericolosa.

«Ho tentato di trasmettere ai giudici il messaggio per il quale, nella situazione data, si impone da parte loro la virtù della prudenza e della moderazione», scriveva Gianni Verde nel libro «Giustizia, politica, democrazia».

È una virtù quanto mai necessaria in un momento in cui si discorre di interventi correttivi sul contratto⁽¹⁾, si ragiona di un giudice alla ricerca della verità attraverso il consulente tecnico che, da occhiale del giudice, ne è divenuto una sorta di braccio armato⁽²⁾ (siamo ben oltre i timori di Bruno Cavallone in difesa della *veriphobia*⁽³⁾), perché il giudice sembra poter andare liberamente per il mondo alla ricerca di tutto quanto possa interessare le sue indagini, e, grazie all'incessante progresso tecnologico, è circondato da informazioni facilmente accessibili, che vanno al di là dei tradizionali confini del fatto notorio), e di giusto processo inteso come processo che è tale se ottiene la decisione giusta anche a dispetto di quello che hanno voluto le parti.

Il compito del giudice – aggiunge l'autore, che ricava questa conclusione dagli art. 101, comma 2°, Cost., artt. 2909, 2697 c.c. e art. 34 c.p.c. – deve riguardare essenzialmente il passato e non proiettarsi nel futuro se non nei limiti in cui la vicenda giudiziaria non deve ritenersi chiusa. «Il giudice non regola la vita delle parti, ma qualifica giuridicamente la vicenda che gli viene sottoposta», scrive Verde a proposito della teorica del giudicato implicito (ovviamente, la cosa funziona assai meglio quando nel processo sono portate situazioni giuridiche diverse dai poteri, che si rap-

⁽¹⁾ Sul punto, sia consentito il rinvio ai miei *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 349 ss. e *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, in *Processo civile e costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, Milano 2023, 563 ss.

Si v. inoltre A. Briguglio, *Novità sostanziali del diritto «emergenziale» anti-Covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in *Giustiziacivile.com*, 7 ottobre 2020.

⁽²⁾ Basta leggere Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086; Cass., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5264; Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, su cui si v. B. Cavallone, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, in questa *Rivista* 2022, 41 ss.

⁽³⁾ B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in questa *Rivista* 2010, 1 ss., a cui hanno fatto seguito le repliche di M. Taruffo, *Contro la «veriphobia». Osservazioni sparse in replica a Bruno Cavallone*, *ivi* 995 ss. In tema, v. da ultimo B. Cavallone, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in questa *Rivista* 2022, 525 ss.

portano ad una fattispecie dinamica, ossia fluida e destinata a realizzarsi nel tempo).

Ma l'autore è anche consapevole che «la sensibilità attuale, alla cui formazione hanno concorso la carta dei diritti dell'uomo e le moderne Costituzioni democratiche, ci fa comprendere che il diritto e il processo civile non riguardano più soltanto l'avere, ma anche l'essere», e che «il diritto e il processo civile sempre più devono occuparsi della persona e della sua dignità».

In questa prospettiva, il compito del giudice si proietta inevitabilmente sul futuro, perché tutelare la persona spesso richiede che si intervenga «sulla vita che si evolve di continuo» e perde d'importanza l'accertamento che fa stato ad ogni effetto, che per definizione, con l'unica eccezione della sentenza costitutiva, guarda invece al passato. In questo modo, però, il giudice non è quello che accerta, ma il giudice che dispone. E il rischio è quello di una tutela cautelare che vada oltre i limiti tracciati dalla strumentalità.

Lo stesso accade quando si deve provvedere con riferimento all'attività d'impresa, che per sua natura è in continuo movimento: anche in questo caso è assai più utile un intervento con cui si provvede per il futuro, con strumenti di tipo inibitorio, che però, soprattutto quando sono volti a imporre obblighi di fare, in risposta a condotte di tipo omissivo, rischiano di andare al di là di quel che è consentito dal diritto sostanziale.

2. – Qual è, allora, in questo contesto, il ruolo dello studioso del processo?

Per Verde è quello di «raccomandare l'esercizio, da parte dei magistrati, di un rigoroso *self restraint*», non assecondare negli scritti «la pretesa di rendere il processo luogo di realizzazione non dell'uguaglianza equidistributiva o formale (quella di cui al comma 1 dell'art. 3 Cost.), ma dell'uguaglianza sostanziale (quella del comma 2 dello stesso articolo)», e difendere, in questo modo, «la neutralità del processo come un valore irrinunciabile che viene messo in pericolo se si affida al giudice il compito di regolare le nostre esistenze».

Sottoscrivo ognuna di queste parole (sono sempre nella sostanza d'accordo con Verde, anche quando mi dà torto su specifici temi) e mi chiedo allora cosa devono significare, oggi, concetti come «strumentalità» ed «effettività», per non essere anch'essi ingannevoli e andare contro le affermazioni che si sono appena fatte.

3. – Cominciamo dalla strumentalità. Se collocata nel contesto appena tratteggiato, la strumentalità del processo (su cui Verde si interroga pen-

sando ad Andrioli, ma anche a Vocino, di cui ricordo anch'io l'approccio dissacrante e le parole durissime del contributo negli studi dedicati a Carnacini, a proposito della tutela giurisdizionale differenziata⁽⁴⁾) dev'essere correttamente intesa: al processualista spetta di costruire o di concorrere a costruire lo strumento migliore possibile; non gli spetta, invece, di stabilirne gli obiettivi (il problema non è tanto quello di far sì che il processo assicuri all'attore tutto ciò che il diritto garantisce, ma quello di stabilire che cosa il diritto garantisce). Né questo spetta al giudice.

In questa logica, bisogna fare molta attenzione anche nel maneggiare il concetto di effettività della tutela, intesa, in conseguenza del richiamo agli artt. 6 e 13 conv. eur. dir. uomo, direttamente applicabili in Italia per effetto del trattato di Lisbona e del nuovo testo dell'art. 6 trattato U.E., e dell'opera compiuta dalla Corte di giustizia, come diritto ad un rimedio adeguato, più che non come diritto al processo⁽⁵⁾. Adeguatezza del rimedio che tuttavia non deve implicare sovrapposizioni rispetto all'opera del legislatore sostanziale: il giudice, per dirla con Gianni Verde, *dicit ius non facit ius*. O almeno non dovrebbe.

Il rilievo si collega a quello sull'attualità del pensiero chiovendiano⁽⁶⁾. Quando si richiama il principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello», non si deve negarne l'importanza, che rimane assolutamente centrale, ma si deve evitare di confondere la prospettiva sostanziale con quella processuale.

Ubi ius, ibi remedium. Il principio è ancora valido. L'art. 24, comma 1°, Cost. opera come una sorta di norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive⁽⁷⁾; quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto tutte le volte che vi sia il riconoscimento della rilevanza dell'interesse giuridico.

⁽⁴⁾ V. C. Vocino, *Intorno al nuovo verbo «tutela giurisdizionale differenziata»*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano 1984, III, 1, 763 ss.

⁽⁵⁾ Sul tema si rinvia al mio *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano 2004, oltre che a *L'atipicità delle azioni tra interessi rilevanti e diritto ad un rimedio effettivo: considerazioni a margine del brocardo ubi ius, ibi remedium (e un cenno alle nuove azioni collettive)*, in *Judicium*, 11 gennaio 2022.

⁽⁶⁾ Di recente rimarcata da A. Proto Pisani, *Principi e valori ancora attuali del sistema di Giuseppe Chiovenda*, in questa *Rivista* 2023, 526 ss.

⁽⁷⁾ Così V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Nuova riv. dir. comm.* 1954, I, 312 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano 2007, I, 7.

In questo senso, e sebbene si debba riconoscere la convergenza che ha portato ad attribuire sempre maggiore rilevanza all'aspetto rimediabile, disancorandolo dalla sussistenza di un diritto purché vi sia un interesse meritevole di tutela (com'è accaduto, per esempio, nella formulazione dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.), è giusto ribadire che il *prius* è la situazione giuridica sostanziale, e il *posterius* è il processo (*ubi ius, ibi remedium*, appunto).

A dispetto di alcune tendenze, riprese dal mondo anglosassone, che finiscono per affidare ai giudici compiti promozionali, continuo infatti a ritenere che il rimedio debba presupporre, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto: esso «non decide sull'*an* della protezione, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del *quomodo* di essa)» è quanto afferma lo stesso Di Majo che pure ha insistito sempre sul ruolo centrale del rimedio rispetto al diritto⁽⁸⁾.

Anche con riferimento all'azione cautelare atipica – la cui importanza, sottolineata da Andrioli nella celebre sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1985⁽⁹⁾ nessuno pensa di sottovalutare – il «potere cautelare generale» riconosciuto al giudice deve esercitarsi nei binari del principio della domanda e in aderenza alle situazioni sostanziali esistenti: il ruolo della norma è suppletivo solo rispetto alle misure cautelari tipiche né attraverso il *periculum in mora* si può superare il necessario riferimento alla sussistenza del *fumus boni iuris*.

Per quanto nell'impostazione chiovendiana l'azione cautelare generale fosse «una forma per sé stante d'azione», «mera azione, che non può considerarsi come accessorio del diritto cautelato» perché esiste «come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista»⁽¹⁰⁾ (e al di là del fatto che la previsione dell'art. 700 c.p.c. non è quella che avrebbe voluto Chiovenda per il riferimento alla residualità e alla necessaria dimostrazione della irreparabilità del pregiudizio⁽¹¹⁾), oggi, abbandonata l'idea che la tutela cautelare sia riconducibile all'attività amministrativa di polizia⁽¹²⁾, ritengo che il «bisogno effettivo ed attuale di rimuovere

⁽⁸⁾ V. A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli 1989, 25; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.* 2005, 341.

⁽⁹⁾ Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.* 1985, I, 1881 ss., con nota di A. Proto Pisani, *Rilevanza costituzionale del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*.

⁽¹⁰⁾ Così G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 184.

⁽¹¹⁾ Come nota A. Carratta, *La lezione chiovendiana sulla tutela sommaria cautelare e il IV libro del codice del 1942*, in questa *Rivista* 2023, 560.

⁽¹²⁾ Sottolinea infatti C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2023,

il timore di un danno giuridico su un diritto da accertare» non possa escludere la necessità di agganciarsi a situazioni sostanziali esistenti.

È compito del diritto sostanziale prevedere la rilevanza giuridica della situazione soggettiva: al giudice spetta, ma solo dopo, individuare la risposta più adeguata (il rimedio effettivo) al bisogno individuale di tutela. In questo senso, riconoscere che il processo deve attribuire al titolare di un diritto tutto quello e proprio quello che gli spetta, significa non solo non attribuirgli niente di meno, ma anche non dargli niente di più.

A tal proposito, con riferimento a un troppo marcato impiego dell'opera di *inventio* nell'attività interpretativa, che finisce per andare oltre la legge (e non solo oltre il testo), Verde denuncia anche alcuni abusi di potere della giurisprudenza nel richiamarsi alla Costituzione per decidere senza tenere conto della legge.

Senza eccedere nella logica del positivismo e senza ignorare che, come ci ricorda Paolo Grossi, il diritto è una sorta di «nuvola filosofica galleggiante al di sopra della terrestrità dell'esperienza giuridica»⁽¹³⁾, non si può non condividere questa preoccupazione.

Il giudice è in posizione di terzietà, ma la terzietà rischia di essere più formale che sostanziale se egli, addentrandosi sempre più nel mondo (soggettivo) dei valori, finisce col perseguire finalità specifiche in una maniera che lo avvicina troppo ad un amministratore (il quale, peraltro, per parte sua, è tenuto anch'egli, come si legge nell'art. 97 Cost., all'imparzialità).

Quando si parla di forza creativa della giurisprudenza – ci ricorda Vittorio Colesanti in un suo scritto del 2019⁽¹⁴⁾ – e dell'amplessimo spazio che si rinviene, per esempio, nell'ambito delle clausole generali, o delle interpretazioni costituzionalmente orientate, si tratta pur sempre, o dovrebbe trattarsi, di una creatività giurisprudenziale per così dire «mediata», che riposa comunque sulla volontà di legge, cui pure dev'essere dato il più appropriato contenuto a fronte della particolarità delle singole vicende che si presentano, o di realizzare un diritto vivente che muove in ogni caso dal testo normativo, ma non di dare sfogo a un'opera *praeter legem* ravvivando «l'ora di nascita di una moderna pretura».

I, 229, che l'art. 700 c.p.c. «non legittima un discrezionale potere generale di cautela del giudice civile, avulso da un preciso potere di azione che non sia a sua volta finalizzato alla tutela giurisdizionale (non certo di mera polizia processuale, come pure è stato detto) del diritto soggettivo privatistico su cui si pronuncerà l'eventuale sentenza».

⁽¹³⁾ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari 2015, 84.

⁽¹⁴⁾ V. Colesanti, *Brevi «mémoires» (d'outré-tombe) di un processualista deluso*, in questa *Rivista* 2019, 633 ss.

Scrive Verde: il titolo IV della Costituzione, dedicato alla magistratura, ha indubbiamente per presupposto l'osservanza del diritto positivo, ma il meccanismo della legge è in crisi. Si è messa al centro dell'universo giuridico la dignità umana, come valore assoluto, e si è sottovalutato che questa dignità va protetta nella misura in cui la sua protezione non va a scapito della dignità degli altri. Ciò ha comportato una esplosione dei diritti, per lo più ritenuti irrinunciabili, che non trovano fondamento nelle leggi, oltretutto mettendo la sordina ai corrispondenti doveri (altra cosa sono gli interessi che non hanno bisogno di essere tradotti in diritti da alcuna disposizione di legge e che, quando sono raccolti in «carte», espressive della nostra civiltà, sono semplicemente «dichiarati» perché già esistono: bioetica, diritto ad una morte dignitosa, diritto degli affetti, rapporti familiari, parità di genere, ecc.).

Al tempo stesso, nei programmi degli attuali governi figurano soltanto bisogni da soddisfare, spesso trasformati in diritti di natura, senza nessun riferimento ai doveri che dovrebbero garantire la possibilità di soddisfarli, mentre l'essenza del diritto è *suum cuique tribuere*. Il *suum* che i giudici dovrebbero attribuire si dilata. La Carta costituzionale funge da produttore di sempre nuovi diritti. Il processo è fisiologico e indice della vitalità del sistema. L'altra faccia della medaglia, tuttavia, sta nella concezione assolutistica del proprio «io» rivendicante e che non tiene conto del *suum* degli altri.

4. – Torniamo alla strumentalità del processo. Se il processo è uno strumento, esso non può che essere neutrale. E qui ricordo le discussioni che accompagnarono l'introduzione del processo del lavoro. Anche Verde le ricorda: «fui coinvolto in polemiche, avendo allora difeso la necessaria terzietà del giudice, essendo convinto, allora come adesso, che in democrazia la giustizia non deve avere scopi di promozione di chicchessia».

Neutralità del processo significa due cose.

Innanzitutto, che il bene massimo al quale deve tendere il processo nel quadro complessivo di un ordinamento giuridico è quello di essere non strumento di deformazione, ma, per quanto possibile, specchio fedele delle situazioni sostanziali litigiose sottoposte alla decisione del giudice. In secondo luogo, significa indifferenza istituzionale del giudice rispetto alla composizione degli interessi compiuta dalla norma sostanziale applicabile al rapporto e ai soggetti che di volta in volta si trovano ad essere i protagonisti del dramma processuale: «se un dato meccanismo per l'accertamento dei fatti è ottimo per taluni, non può esistere motivo che consigli un meccanismo diverso per altri; a nostro avviso, cioè, non si possono accettare atteggiamenti differenziati del mezzo processuale quan-

do essi nascano non da ragioni di natura oggettiva, attinenti alle caratteristiche dei rapporti sostanziali sottoposti a giudizio, ma derivino, invece, dalla diversità delle categorie di cittadini che di volta in volta si servono, per la tutela dei loro diritti, dello strumento del processo civile»⁽¹⁵⁾.

Il diritto di difesa delle parti, osserva Giovanni Fabbrini, non è leso solo dall'eventuale squilibrio di poteri di una parte nei confronti dell'altra, ma può essere leso anche dallo squilibrio tra i poteri dell'ufficio e i poteri della parte.

All'opzione per cui lo strumento processuale deve essere neutrale si ricollega una osservazione di Verde sul giusto processo. Il sintagma «giusto processo» – scrive Verde – non ha mai goduto della mia simpatia: «gli è che sono tra quelli nelle quali nelle leggi processuali dovrebbero essere abolite le aggettivazioni, in quanto, regolando tempi, modi e forme, devono essere sottratte alla tentazione di giudizi di valore, quali sono necessariamente implicati negli aggettivi. È difatti avvenuto che la giurisprudenza abbia inteso l'aggettivo “giusto” non come una qualità del processo, ma come una qualità del suo risultato. Il processo è giusto se è in grado di pervenire alla giusta decisione».

Per Verde, invece, il processo giusto non esprime un valore assoluto. È giusto il processo che realizza i suoi principi cardine (diritto di accesso, diritto di difesa, terzietà del giudice, durata ragionevole) nella misura migliore possibile. Evitando la strada della semplificazione processuale, del ricorso a giudici non togati e degli impedimenti all'accesso alla fase dell'impugnazione (così facendo, per paradosso, la realizzazione del principio della ragionevole durata è diventata l'occasione per incidere pesantemente sugli altri principi cardine: l'accesso, la difesa, nella quale è da includere anche il diritto ad un effettivo controllo sulla decisione resa dal primo giudice, il diritto ad un giudice di nomina concorsuale⁽¹⁶⁾). Utilizzando l'ufficio del processo che, anche per Verde, potrebbe essere una misura seria per ridurre tempi e pendenze processuali, purché si utilizzino gli addetti non per predisporre bozze di sentenze, ma per svolgere quei compiti organizzativi che qualunque organizzazione complessa necessaria-

⁽¹⁵⁾ G. Fabbrini, *Diritto vigente, precedenti e progetti di riforma intorno al processo individuale di lavoro*, in Aa.Vv., *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Bologna 12-13 giugno 1971, Milano 1971, 27.

⁽¹⁶⁾ A questo proposito, sul ruolo della magistratura onoraria si ricorda l'intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza 25 gennaio 2021, n. 41, ha tracciato un perimetro invalicabile entro il quale può operare la magistratura onoraria, individuandolo nella figura del giudice monocratico di primo grado, il quale, solo a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale.

mente richiede (sulla giurisdizione che, da funzione sovrana esercitata in regime di monopolio, si trasforma in «servizio», coi suoi costi e le sue regole organizzative, l'A. incentra le sue considerazioni anche circa il modo corretto di intendere la strumentalità del processo).

Il rispetto delle regole processuali è la migliore garanzia del risultato finale: come si diceva, appunto, il processo dev'essere giusto per garantire la correttezza della decisione.

5. – Si è detto dell'effettività come diritto a un rimedio adeguato. In questa logica mi sono occupata più volte del rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente. Verde tocca il tema parlando del diritto sportivo e ricordando gli interventi della Corte costituzionale a proposito del rapporto tra giustizia statale e giustizia sportiva⁽¹⁷⁾.

Anch'io, come Verde, valuto positivamente quelle pronunce che hanno salvato l'impianto di una legge, quella del 2003, che ha cercato di lasciare che il gioco rimanga gioco, pur nella consapevolezza degli interessi economici sottesi e della indiscutibile rilevanza, per l'ordinamento statale, di alcune situazioni giuridiche connesse con l'ordinamento sportivo.

Il punto di equilibrio individuato in questo caso tra tutela specifica e tutela risarcitoria non è diverso da quello che altrove è stato il legislatore, e non la Corte, a individuare (penso alla materia societaria⁽¹⁸⁾, o a quella della crisi d'impresa⁽¹⁹⁾, o a quella dei lavori pubblici).

Ma rimedio adeguato significa necessariamente tutela specifica (ovvero, a seconda dei casi, all'adempimento, all'inibitoria o all'eliminazione dell'atto impugnato)⁽²⁰⁾?

In linea di massima sì (il rimedio specifico è, infatti, la forma di tutela per così dire naturale delle situazioni soggettive), ma non sempre: dipende dal tipo di diritto, dal suo contenuto e dalla sua funzione, nonché, ovviamente, da quale sia l'aspirazione del titolare del diritto. Né si può sempre stabilire *a priori* quale, tra tutela specifica e tutela per equivalente monetario, sia il rimedio più adatto alla situazione concreta. Come ci insegna la giurisprudenza eurounionale (Von Colson e Marshall, C. Giust. CE 10

⁽¹⁷⁾ V. Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49, in *Foro it.* 2011, I, 2602 ss., con nota di A. Palmieri, *Tutela giurisdizionale dimidiata per le sanzioni disciplinari in ambito sportivo*, e Corte cost., 25 giugno 2019, n. 160, in *Foro it.* 2011, I, 3843 ss.

⁽¹⁸⁾ Sul punto si rinvia ancora al mio *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., 123 ss.

⁽¹⁹⁾ V. il mio commento all'art. 53 c.c.i.i., in *Commentario al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di F. Santangeli, Milano 2023, 368 ss.

⁽²⁰⁾ V. ancora il mio *L'atipicità della tutela*, cit., 5.

aprile 1984, causa 14/83; C. Giust. CE 26 febbraio 1986, causa 152/84⁽²¹⁾), una scelta aprioristica tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica non sempre è né possibile né utile, per più ragioni: *i*) perché il singolo potrebbe essere stimolato ad agire in giudizio più dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non da quella dell'esercizio, magari solo astrattamente vittorioso ma più difficile da eseguire coattivamente, di un'azione inibitoria; *ii*) perché il risarcimento del danno è uscito dalla sua dimensione tradizionale ed ha saputo rispondere anche alla lesione di posizioni a contenuto non patrimoniale; *iii*) perché, in certi sistemi, il risarcimento è caricato anche di una tinta punitivo-afflittiva.

Ciò che il diritto unionale impone agli ordinamenti nazionali in realtà non è l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili.

Nell'individuare il rimedio, dunque, occorre un approccio laico⁽²²⁾. Di contro, da tempo si assiste da parte della giurisprudenza della Suprema Corte ad un eccessivo impiego del giudizio per «valori» che non sempre consente di cogliere il rimedio effettivo e adeguato nel rispetto di criteri metodologici corretti.

6. – Effettività ed efficienza. È ormai fin dagli inizi del XXI secolo che la richiesta di riforma dei sistemi giudiziari è collegata all'obiettivo della crescita economica, che – si legge in tutti i progetti di riforma susseguirsi nel tempo – sarebbe ostacolata dalla lentezza dei processi civili. Gianni Verde, nel suo libro, parla anche di questo, riferendosi in particolare all'investitore straniero, evidenziando come in quel caso il problema non è tanto, semmai, da riferire alla fase della cognizione, rispetto alla quale gli imprenditori più accorti si attrezzano facendo ricorso a sistemi di giustizia arbitrale, quanto alla fase dell'esecuzione forzata.

È dal 2005 che gli interventi nel settore della giustizia sono inseriti in leggi intitolate alla crescita, allo sviluppo, alla competitività del paese. Prima dell'avvento del *Doing Business*, il rapporto della Banca Mondiale che risale agli inizi degli anni Duemila, le riforme processuali si limitano a fare appello alla necessità di assicurare una più rapida ed efficace definizione delle controversie: è così per l'introduzione del processo societario, nell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366.

⁽²¹⁾ Rispettivamente in *Foro it.* 1985, IV, 50 ss., e in *Giur. it.* 1987, I, 1, 961 ss.

⁽²²⁾ Come insegna R. Del Punta, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in *Dir. priv.* 1997, 403 ss.

Successivamente, le norme processuali vengono inserite nelle disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività (così, per esempio, la l. 18 giugno 2009, n. 69), quando non si ragiona esplicitamente di necessità di degiurisdizionalizzazione per far fronte alle esigenze del tessuto economico.

La giustizia civile perde autonomia ed è vincolata ad una massima strumentalità rispetto alle logiche dell'economia (e non solo nel significato comunque prefigurato dalla disciplina dell'Unione europea), prima ancora che del diritto sostanziale: chi guarda al processo guarda con sfavore agli indici di «formalismo processuale» nella risoluzione delle controversie. Il sapere tecnico è fonte di formalismo ed è considerato perciò parte del problema, non della soluzione.

L'attività imprenditoriale – si osserva da parte degli economisti – richiede buone regole, che, tra le altre cose, riducano i costi di risoluzione delle liti. Il modello di «corte» ideale tenuto presente dagli autori dello studio base per il *Doing Business* è il seguente: decisione di «un terzo in base a considerazioni di *fairness*, con poca conoscenza o uso di diritto, niente avvocati, niente atti scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni». Si ignora che le regole processuali non sono formalismi ma binari che garantiscono la correttezza della decisione.

Tra i due piani dell'effettività e dell'efficienza può esservi cooperazione ma anche contrasto, perché se è vero che l'efficacia del rimedio non può essere disgiunta dalla tempestività dell'intervento giudiziale, è anche vero che l'interesse individuale alla pienezza e adeguatezza della tutela giurisdizionale si scontra spesso con l'esigenza che si eviti una mole abnorme del contenzioso: sicché, per garantire una maggior celerità ai processi che vengono celebrati, di frequente (troppo di frequente) si compiono scelte in punto di rapidità che finiscono per confliggere con quelle in punto di effettività.

La dimensione quantitativa dell'interesse generale può fagocitare, per sua natura, i profili qualitativi della tutela giudiziaria individuale.

La proporzionalità (riconosciuta con forza crescente in taluni ordinamenti, a cominciare da quello tedesco, come un principio di rilevanza costituzionale⁽²³⁾) va troppo spesso di conserva con l'ottica utilitaristica

(23) In Italia tale rilevanza non è espressamente riconosciuta: tuttavia il Consiglio di Stato ha qualificato il principio di proporzionalità un principio generale dell'ordinamento; inoltre, i giudizi costituzionali di ragionevolezza sulle leggi costituiscono sovente espressione di valutazione in termini impliciti di proporzione.

(alla Bentham⁽²⁴⁾), nella logica non del «sia sia», ma dell'«*aut aut*».

La prospettiva del legislatore è pertanto inevitabilmente ambigua, tra diritto ad un rimedio effettivo ed esigenza di una giurisdizione efficiente. Il che impone particolare prudenza nel richiamare, in materia di esercizio della funzione giurisdizionale, il principio di efficienza, come se si trattasse di una qualsiasi altra funzione amministrativa (Verde ricorre ad un concetto analogo, laddove dice che quello giurisdizionale non è un «prodotto» da valutare in chiave quantitativa).

7. – Il legislatore della recente riforma del processo civile ha immaginato che, per ridurre i tempi del processo, il *thema probandum* e il *thema decidendum* siano cristallizzati prima della prima udienza, nella quale giudice e parti si incontrano e in cui dovrebbe essere esperito un serio tentativo di conciliazione. Lo schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 15 febbraio prende atto dell'importanza dell'incontro ed esclude che quell'udienza possa essere sostituita dallo scambio di note scritte.

Presupposto per il buon funzionamento della riforma è che il giudice comprenda l'importanza dell'art. 171-*bis* c.p.c. e instradi fin dalle verifiche preliminari le parti sui binari dei temi che dovranno essere oggetto del dibattito processuale, se non si vogliono rallentamenti dovuti alla necessità di applicare l'art. 101 c.p.c. È facile essere pessimisti, tenuto conto di tutte le criticità che il meccanismo porta con sé soprattutto nei processi a più parti.

Per il resto, non so dire se il legislatore abbia peggiorato o meno la tessitura del codice rispetto al sistema precedente. Rimangono le preclusioni, che vengono spostate ma (almeno) non accentuate; vengono, per fortuna, eliminati alcuni filtri, risultati un inutile appesantimento; viene, purtroppo, ulteriormente ridotto lo spazio entro il quale l'avvocato si confronta col giudice nel giudizio dinanzi alla Corte di cassazione (non tanto sotto il profilo dei casi in cui si ha la pubblica udienza, quanto piuttosto per effetto di previsioni pericolose come l'art. 380-*bis* c.p.c.).

Il rinvio pregiudiziale rischia di ingessare il dibattito prima ancora che sia sorto, in nome di una esigenza di certezza che non dovrebbe però significare rinuncia al dialogo un tempo fecondo, e oggi quasi scomparso, tra la dottrina e la giurisprudenza. Non condivido la scelta di due riti alternativi, uno semplificato e uno ordinario, anche se lo schema di decreto

⁽²⁴⁾ Su cui v. A. Panzarola, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in questa *Rivista* 2016, 1459 ss.

correttivo cerca di intervenire sulle principali criticità, non comprendendo la ragione per cui, fin dall'inizio, anziché anticipare le memorie rispetto alla prima udienza e creare un rito alternativo molto simile al processo ordinario anteriore alla riforma, non si sia scelto di potenziare l'art. 175 c.p.c. rimettendo al giudice e alle parti l'individuazione delle possibili semplificazioni del modello processuale, in una cornice di regole date che consentissero comunque di dire rispettato il principio della necessaria predeterminazione delle (principali) forme e termini.

Rimane il fatto che la lunghezza dei processi dipende soprattutto dai tempi morti del giudizio e dal collo di bottiglia rappresentato dalla decisione e, dunque, più che dalla legge processuale, dipende dalle «liste di attesa», e le liste si determinano perché sono troppe le richieste di intervento e pochi coloro che devono soddisfarle. Si può agire sulle richieste, tagliando quelle ingiustificate, e sulle risposte, curando però che il problema degli organici sia risolto anche in termini di qualità. Si deve però stare attenti – aggiungo io, ma credo in modo consonante con il pensiero di Verde – a come si maneggiano istituti come l'abuso del processo o la meritevolezza dell'interesse.

Gli stessi rilievi circa i rischi di privilegiare troppo la logica dell'efficienza, infatti, si possono svolgere anche con riferimento alla risposta giudiziale, anziché normativa, alla crescita del contenzioso. Se nel ragionare di abuso del processo, o nel ricostruirne l'oggetto, si ricorre troppo a criteri funzionali, il rischio è che si limitino le libertà delle parti, imponendo limiti eccessivi nel tentativo di contrastare l'altrettanto eccessiva domanda di intervento giudiziale o, al contrario, andando oltre quel che le parti vogliono, intendendo la domanda giudiziale come semplice interruttore che dà vita a un processo i cui confini sono tracciati dal giudice.

Sul rilievo della nullità d'ufficio e sull'oggetto del giudizio nelle azioni contrattuali – come sulla critica alle disposizioni generali del codice (non sono queste, a mio avviso, ma l'uso non sempre sorvegliato che se ne faccia, la causa di indebite definizioni dei limiti del potere da parte dei giudici⁽²⁵⁾) – mi discosto però dalla prospettiva di Verde che, nel ragionare su questi temi, contrappone una ideologia liberale a una autoritaria e vede nell'individuazione dell'oggetto del processo negli effetti nascenti dal contratto («la vicenda contrattuale nella sua interezza») l'espressione di una deriva («statocratica») rispetto a quello che dovrebbe essere il modo

(25) Analogamente, per l'apprezzamento delle disposizioni generali, C. Consolo, *Il Codice Grandi e i grandi processualisti italiani formati nella stagione aurea della rinascita (insomma, prima di Sarajevo)*, in questa *Rivista* 2019, 152.

corretto d'intendere i principi del processo e i poteri delle parti. Per me, in questo caso, invece, l'individuazione dei temi di discussione (cosa diversa è la questione del giudicato) rispecchia la natura e gli effetti dei fatti allegati, siano essi fondanti la nullità, l'annullamento o la risoluzione⁽²⁶⁾: da un lato, il fatto impeditivo di nullità o annullamento, e il fatto estintivo dell'inadempimento, si rivolgono contro l'insieme delle situazioni soggettive che sono scaturite, o che – in assenza del fatto impeditivo – sarebbero dovute scaturire dall'atto negoziale (fatto storico ormai cristallizzato in quanto tale), sicché il rilevarne l'efficacia – ad opera della parte o del giudice – produce necessariamente l'inefficacia dell'intero contratto; dall'altro lato, il rilievo d'ufficio nel caso della nullità è analogo al rilievo d'ufficio dell'adempimento, ovvero è la conseguenza dell'assenza di un potere della parte nella produzione dell'effetto collegato alle circostanze che producono la nullità. Altro discorso è cosa implichi il rilievo d'ufficio e, soprattutto nel nuovo sistema introdotto con la riforma, quali siano le conseguenze di un ritardo, da parte del giudice, nel rilevare la nullità del contratto, fermo che la sentenza non potrà pronunciare sulla questione rilevata d'ufficio se la questione non sia stata sottoposta al dibattito processuale.

8. – Nel suo percorso in equilibrio tra rispetto delle esigenze di tutela, contenimento del ruolo del giudice e disincanto rispetto a concettualizzazioni eccessive, tanti altri, rispetto a quelli finora ricordati, sono i temi e gli spunti di riflessione che l'autore ci offre.

Tra questi, scegliendone alcuni, vorrei fare alcune spigolature, per dire la mia, su oralità, chiarezza e sinteticità degli atti, uso dei mezzi messi a disposizione dal progresso della scienza. L'autore li collega, sottolineando – sotto il profilo dell'oralità («all'oralità – scrive Verde – nei termini in cui ne parlava Chiovenda, non ho mai creduto. Ma ho creduto nella necessità del rapporto personale tra le parti e il giudice») – come dopo l'ultima riforma il legislatore sembri sottolineare l'importanza del rapporto diretto parti-giudice, imponendo alle parti la comparizione personale delle parti alla prima udienza, ma tuttavia consentendo che al dibattito vivo, quale si può realizzare nell'aula reale di udienza, si sostituiscano i rarefatti surrogati delle udienze da remoto (o lo scambio elettronico di scritti difensivi, anche se, come abbiamo detto, dopo l'intervento dello schema di decreto correttivo, non con riferimento alla prima udienza). La preoccupazione di Verde riguarda anche «l'idea che gli atti difensivi siano valutati anche

(26) Come ho da ultimo sottolineato in *Il contratto nel processo*, Milano 2022, 36 ss.

per come sono formalmente redatti e che si imponga ai difensori il numero delle pagine o delle parole e l'indicazione di *key words* in numero limitato»: non solo per il timore che attraverso l'uso degli aggettivi (in questo caso «chiaro» e «sintetico» come predicati di un atto che non comporti valutazioni ai fini della condanna alle spese), ma anche per il rischio di una estrazione di materiale giuridico digitale utilizzato, grazie all'intelligenza artificiale, per aprire lo spazio alla giurisprudenza predittiva (e, aggiunge l'autore, «tremo al pensiero che l'errore in tali indicazioni possa indirizzare la macchina per una via sbagliata»).

In risposta mi limito a brevissime notazioni.

Processo scritto e processo orale. L'oralità è un valore (Andrioli): ma lo è se il processo ha unità di luogo e di tempo, mentre finisce per essere un disvalore se il processo si dipana in luoghi e momenti tra loro lontani, così che si rende necessario raccogliere in testi l'attività che vi si svolge, ovvero se il giudice dell'impugnazione comunque decide sulla base delle scritture raccolte in primo grado. A me pare che non si debba scegliere aprioristicamente tra oralità e scrittura, ma si debba guardare alla vicenda processuale concreta, perché è più efficiente la trattazione orale oppure invece quella scritta a seconda del tipo di controversia e delle esigenze dello specifico caso⁽²⁷⁾. Non a caso si osserva, da un lato, che «i magistrati che veramente intendono le esigenze moderne della loro funzione» sono quelli che «prendono parte attiva al dibattito» per proporre al difensore «quesiti e obiezioni e per richiamarlo alle questioni essenziali della causa» (Calamandrei⁽²⁸⁾), il che presuppone che il confronto avvenga in udienza, alla presenza – a mio avviso anche «telematica», come ora dirò – dei difensori delle parti; dall'altro, che sull'altare dell'oralità talora si rischia di sacrificare «un più approfondito studio delle carte e in genere una più meditata analisi di tutti i materiali di causa» (Redenti⁽²⁹⁾).

L'impiego delle tecnologie. Non credo che la possibilità di udienze che si svolgono da remoto debba essere messa sullo stesso piano della trattazione cartolare delle udienze. Il confronto in udienza alla presenza dei difensori delle parti presuppone una presenza che può essere anche in videocollegamento, almeno quante volte la presenza non fisica, ma «tele-

⁽²⁷⁾ Sul tema, v., *si vis*, il mio *Tra oralità e scrittura: il rischio delle decisioni a sorpresa*, in corso di pubblicazione sulla *Riv. trim. dir. proc. civ.*

⁽²⁸⁾ P. Calamandrei, *Indipendenza e senso di responsabilità del giudice*, in *Processo e democrazia*, Padova 1954, ora in *Opere giuridiche*, Napoli 1965, I, 662.

⁽²⁹⁾ E. Redenti, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.* 1934, IV, 177 ss., ora in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano 1962, I, 732 ss.

matica», permetta che intervengano alla discussione i titolari della causa, anziché i loro sostituti⁽³⁰⁾.

A regime, una volta che saranno compiutamente realizzati gli obiettivi degli investimenti sulla digitalizzazione previsti nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza, l'udienza in videocollegamento potrà sostituire effettivamente quella nell'aula reale, sicché l'opzione concessa dall'art. 127-*bis* c.p.c., diversamente da quella dell'art. 127-*ter* c.p.c., mostra a mio avviso più pregi che difetti. Diverso il discorso per la trattazione cartolare⁽³¹⁾: troppo spesso la sostituzione (e non l'affiancamento, come negli artt. 420 e 429 c.p.c.) delle note scritte alla discussione orale accentua infatti il fenomeno della eccessiva prolissità degli scritti difensivi, cui si è rivolto l'art. 46 disp. att. c.p.c. e soprattutto il d.m. 7 agosto 2023, n. 110, nel cercare di suggerire – anche proprio con riferimento alle note scritte in sostituzione dell'udienza, quando non è necessario svolgere attività difensive possibili soltanto all'udienza – un maggior contenimento degli atti del processo e una maggiore attenzione ai canoni della chiarezza e della sinteticità⁽³²⁾.

Chiarezza e sinteticità. Purché sia chiaro – e il d.m. n. 110/2023 lo ribadisce espressamente nelle premesse – che il mancato rispetto di alcuno dei due profili mai può essere motivo non solo di invalidità dell'atto, ma neppure di inammissibilità (il che suggerisce, a chi reputa il contrario, di leggere con più attenzione gli artt. 342, 434 e 366 c.p.c., perché le inammissibilità, soprattutto dopo l'ultima modifica apportata alle norme dallo schema di decreto correttivo, sono sempre legate a difetti di specificità delle censure e mai alla violazione di canoni di scrittura), la sottolineatura dell'esigenza che l'avvocatura e la magistratura tornino a un modo di scrivere che si faccia comprendere non vuol essere di pregiudizio del diritto di difesa, ma espressione di una operazione culturale volta a ricordare che l'organizzazione degli argomenti (sinteticità) e la loro esposizione efficace (chiarezza) alleggerisce il compito di chi deve replicare, di chi deve giudicare e, infine, di chi deve impugnare la pronuncia emessa al termine di ciascun grado di giudizio, in una logica che, per una volta, è insieme di efficienza e di effettività.

⁽³⁰⁾ V. il mio *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *Judicium*, 15 dicembre 2020.

⁽³¹⁾ V. ancora *Le misure urgenti*, cit.

⁽³²⁾ Si rimanda sul punto al mio *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in *Judicium*, 4 ottobre 2023.

Altro tema è quello dell'intelligenza artificiale e della giustizia predittiva⁽³³⁾: allo stato, l'uso delle parole chiave serve soltanto a fini di ricerca, e l'atto di parte non è navigabile, sicché non può essere letto con finalità diverse da quelle dell'uso umano. Il timore che in futuro le cose possano cambiare deve indurci a investire già dall'università sulla professionalità del giudice, ricordando che gli studenti di oggi saranno gli avvocati e i giudici di domani, sicché attraverso l'insegnamento gli studenti andranno indirizzati a un uso accorto della tecnologia, a prediligere la conoscenza sulla mera informazione, a saper sistemare la tumultuosa creatività della giurisprudenza e la profluvie degli interventi del legislatore senza farsene schiacciare. Solo così, e con un corretto modo di intendere i compiti (organizzativi) degli addetti all'ufficio del processo, si potrà mantenere l'irrinunciabile apporto della mente umana e fronteggiare il rischio di un uso distorto della tecnologia.

9. – In conclusione. Qualunque sia la strada che riteniamo corretto intraprendere, non ci dobbiamo dimenticare l'importanza che ha il sistema della giustizia per le persone che prendono sul serio la società: come si legge nell'ultimo capitolo del César Birotteau di Balzac⁽³⁴⁾, le cui disgrazie economiche e insieme personali, scrive Balzac, «sono le disgrazie dell'umanità», «per le persone che prendono sul serio la Società, l'apparato della Giustizia ha un non so che di grande e di grave. Imbevuto di idee religiose, Birotteau accettava la Giustizia per quello che dovrebbe essere agli occhi degli uomini, una rappresentazione della Società stessa, una solenne espressione della legge liberamente accettata, indipendentemente dalla forma in cui è prodotta».

⁽³³⁾ Sul tema della giustizia predittiva, oltre all'intervento di A. Graziosi (*Giurisdizione civile e nuove tecnologie*) tenuto nel settembre 2023 a Napoli in occasione del convegno nazionale dell'Associazione Nazionale degli Studiosi del Processo Civile, si vedano i contributi di A. Panzarola, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all'alba dell'era dell'Intelligenza Artificiale*, in *Il diritto nell'era digitale*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Milano 2022, 799 ss.; C. Gamba, *Ius dicere e lex tecnologica*, Torino 2023; E. Fabiani, *Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.* 2021, 45 ss.; A. Carratta, *Decisione robotica e valori del processo*, in questa *Rivista* 2020, 491 ss.; S. Chiarloni, *Riflessioni minime su Intelligenza Artificiale e servizi giuridici*, in *Giur. it.* – suppl. 2019, 8 ss.; D. Dalfino, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.* 2018, 385 ss. Cfr. anche lo studio di E. Longo, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Milano 2023.

⁽³⁴⁾ Sulle opere di Balzac, il riferimento è d'obbligo al bellissimo libro di G. Guizzi, *Il «caso» Balzac*, Bologna 2020.

Serve dunque cautela. Serve cautela soprattutto perché è ormai stata messa in discussione l'idea della «circularità tra decidere, giudicare e applicare la legge», segnando, invece, l'irrompere sulla scena di un modello di giudizio diverso, che sposta i criteri di decisione al di sopra della legge e che trova così il suo fondamento in un altrove, valori o principi che siano, rimesso all'autonoma individuazione del giudice. Un modello di giudizio che si apre, dunque, all'incertezza e al soggettivismo – «nei tribunali non si trovano tre giudici che la pensino allo stesso modo su un articolo di legge» è la sarcastica osservazione di Vautrin in *Papà Goriot* – e di cui Verde, come Balzac (come rivela il disincantato commento riguardo al fatto che la capacità di mettere in accordo diritto ed equità richiederebbe che ogni giudice fosse un grand'uomo, ma la Francia, cui occorrono seimila giudici, non ha seimila grandi uomini al proprio servizio), non ha mancato di denunciare i rischi.

BRUNO SASSANI

A PROPOSITO DI UN LIBRO DI GIOVANNI VERDE («SUL POTERE GIUDIZIALE E SULL'INGANNO DEI CONCETTI»)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una parentesi: Corrado Vocino. – 3. La scienza processuale che facciamo risalire a Chiovenda ha esaurito il suo compito. – 4. L'usura della scienza processuale. – 5. Principi, lacune e conflitti. – 6. Cambiano i paradigmi. – 7. Potere e concetti. Spunti dalla guerra delle giurisdizioni.

1. – Ultimo per ora, il volume di Giovanni Verde qui presentato ripropone e rinverdisce temi ampiamente arati dall'autore. Ma unico, al fondo, è il filo che corrisponde al flusso di una speculazione ininterrotta di molti decenni, flusso sboccato nella sintesi della relazione di Napoli del settembre scorso e qui riprodotta. Il titolo parla di soliloqui; consideriamola una forma di *understatement* dell'autore considerata la *vis dialogica* sprigionata.

Tramite il prof. Ferri, l'autore ha fatto arrivare un suo messaggio ai partecipanti: «lancio tre sassi nello stagno:

a) la scienza processuale che facciamo risalire a Chiovenda ha esaurito il suo compito; oggi i suoi interessi dovrebbero essere rivolti altrove (sul "*suum cuique tribuere*" ha preso il sopravvento lo "*alterum non laedere*");

b) la dottrina è diventata schiava dei concetti che ha entificato con la conseguenza che si contrabbandano come soluzioni tecniche – e in qualche misura "neutre" – scelte di valore;

c) oggi i veri problemi ricadono sull'organizzazione e sul ruolo dei giudici e dei pubblici ministeri».

Raccolgo l'onda del primo sasso (scrivendo: «Nella retroguardia non trovo molti compagni; mi piace ricordare Sassani e Cavallone» l'autore mi affida un po' questo ruolo). Accennerò così, in disordine, a idee sostenute da un antico dialogo mentale intessuto con Gianni Verde da decenni; proverò poi ad aggiungere qualche personale considerazione al tema, riemergente nel libro, di quella che in cui io vedo una vera e propria guerra delle giurisdizioni [guerra non solo di Cassazione e Consiglio di Stato, ma di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte costituzionale e Corte di giustizia].

2. – Restando in retroguardia, consentitemi però di premettere un rapido richiamo a Corrado Vocino, autore da me molto ammirato, e molto affettuosamente da Verde celebrato nella riproposizione di un suo vecchio «Ricordo». Mi lega un po' a Giovanni Verde la «cura Vocino» a cui mi sottoposi nella seconda parte degli anni di formazione: Vocino non attrae nell'età degli entusiasmi perché è autore che piuttosto gli entusiasmi brucia; fu scoperta successiva nel percorso di sedimentazione e di formazione degli anticorpi. Oggi che molti *patres* sono scivolati nel cono d'ombra del datato, del *suranné* (tutto scorre e tutto passa), paradossalmente – e Gianni Verde ce ne dà atto – il meno datato è un autore che, all'epoca in cui scriveva appariva poco attuale.

Di datato Vocino ha il linguaggio, la voce se accettiamo un piccolo *calembour* (certe volte pare di leggere Montaigne, prosa dal francese arcaico rispetto a quello moderno (arcaismi sono i però che valgono perciò [*per hoc*])). Ma la sua forza è la proustiana *écriture vagabonde* (quel processo continuo dove logica e immaginazione si danno la mano in un silenzioso processo di metamorfosi). Viene forse da Vocino a Verde quel pensiero che fa tutt'uno con il suo stile, avvolgente ma non imprigionante. Un pensiero forse meno fortunato sul campo di battaglia, dove vincono le massime, i procedimenti deduttivi (magari logicamente scorretti ma politicamente corretti), le mode, ma prezioso per chi ancora crede che valga la pena lo sforzo di pensare. Chiusa parentesi.

3. – È un fatto che l'organizzazione dei concetti che per comodità possiamo chiamare «chiovendiana» (e che può benevolmente essere usata anche per chi chiovendiano in senso stretto non è, o non si sente) è messa a dura prova (mi astengo dall'introdurre il capitolo Salvatore Satta che, pur nel rispetto profondo per Chioventa, mise a nudo le pretese della «nuova dottrina» e di tutta la sua concettuologia; il *mauvais maître* Satta merita un capitolo a sé).

Oggi a molti sembra che quell'organizzazione concettuale sia stata scompigliata dalla confusione delle fonti e da una sensazione di sopravvenuta insufficiente impostazione teorica. Più alla radice, conviene dire che essa è semplicemente scompigliata dal tempo, dall'invecchiamento di taluni problemi, dall'irruzione di problemi nuovi e insospettati, dai cambi di sensibilità, dalle mode culturali. Dalla storia insomma che arriva sulle gambe di generazioni nuove: è un fatto che le idee non retrocedono per dimostrazioni a tavolino di vizi intrinseci, ma retrocedono per la scomparsa dei loro portatori (i fedeli). «Freudianamente» i figli uccidono i padri; lo fece Chioventa e (semmai con fin troppo ritardo) lo vediamo fare oggi.

La nostra storia ci dice però anche un'altra cosa, molto significativa, ma che tuttavia ci piace inquadrare come un accidente. La cuspide della costruzione a cui oggi ancora ci ispiriamo, si impose e prosperò nelle aule universitarie e nella testa di docenti e discenti, ma andò «immediatamente» in frantumi nelle aule giudiziarie: le tre punte di diamante della oralità, della concentrazione e della immediatezza furono sbrigativamente sostituite dalla riforma del 1950 che certificò la loro incompatibilità con la vita del processo come lo intendevano (o lo potevano intendere) i suoi protagonisti. Oggi assistiamo silenti addirittura alla sopravvenuta irrilevanza dell'oralità; ne prendiamo semplicemente atto.

Del vacillante sostegno empirico danno conto le celebri parole con cui Virgilio Andrioli presenta, nel 1965 la ristampa dei *Principii*: «... se la palingenesi della prassi del processo civile, bandita dalle pagine dei Principi, è mancata, la responsabilità è a noi docenti e operatori pratici, che non siamo stati degni del Maestro». Era il 1965, decenni dalla rivoluzione chiovendiana. Sono nel frattempo passati altri sessanta anni. Possiamo ancora consolarci con l'affermazione di non essere stati «degni del Maestro»? La cosa non avrebbe molto senso: la vita è andata altrove incurante dei modelli che le si imponevano.

4. – Osservo alcune cose, un po' alla rinfusa. L'imponente ed ambizioso tentativo di dotare di rigore e consequenzialità il coacervo di dati ricavabili da un codice di procedura (cosa che tanto ci piace e che ci ha formati tutti) nasceva dalla sommità dell'accademia tedesca del secolo XIX (allora imperante ma oggi, non esagero, defunta: oggi latitano addirittura le *Lehrstühle für Zivilprozessrecht*; essenziale per un accademico tedesco è un *PhD* americano con tutto l'armamentario analitico pragmatico che questo comporta in antitesi all'armamentario teorico-deduttivo della cultura continentale che storicamente ha presieduto alla Dommatica. Il tutto nel progressivo recedere della *civil law* e del connesso diritto processale). Peraltro il tentativo di razionalizzazione risentiva di un ideale di scientificità di matrice tardo positivista che, già all'epoca, operava tagliando nodi gordiani il cui scioglimento era reso difficile per l'operare di interessi normativizzati, di discrezionalità giudiziarie, di approssimazioni rese necessarie dalle complessità dell'esperienza giudiziaria.

Col tempo, peraltro, l'iniziale asciuttezza della sistematica chiovendiana ha ceduto a teoriche sovrabbondanti, sempre più complesse e sovente impostate in una chiave di purezza tassonomica a spese del resto (in un moto inflattivo, talora sfociante nella grafomania). Si tratta di teoriche maneggiabili da professionisti dell'accademia, da persone versate e allenare all'analisi; caratterizzate da un'astrazione pronunciata, esse rischiano inve-

ce quotidianamente il fraintendimento e l'equivocazione una volta consegnate alla giurisprudenza, cioè a soggetti dotati di altra professionalità (la formazione astrante universitaria va ben presto in frantumi).

Concetti, costruzioni e teoriche vengono inoltre continuamente messi a dura prova dalla «riformite» di cui, negli ultimi decenni si è ammalato il legislatore italiano, un legislatore che procede per riformulazione di regole, con ritorno ciclico di quanto trionfalisticamente bandito appena qualche anno prima, nel sostanziale disinteresse per gli aspetti organizzativi del servizio (su ciò Verde scrive pagine significative).

5. – Una certa «dialettica delle sordità», in una certa misura però caratterizza il rapporto tra dottrina e vita pratica, e fino ad un certo momento la relativa sordità ha permesso una convivenza non belligerante tra dottrina e giurisprudenza. Ad un certo momento però il moto divergente accelera e sembra avviarsi verso la schizofrenia. Quando? Direi soprattutto quando la giurisprudenza di vertice ha consapevolmente cominciato a trasformarsi in «dottrina delle Corti», e ha cominciato a camuffarsi, a rivestirsi dei panni propri della dottrina accademica. Quando leggiamo certe (non poche) sentenze della Cassazione, troviamo «en travesti» il professore, la mimèsi, la maschera del professore «d'antan».

Da attività eminentemente applicativa, la giurisprudenza si è col tempo fatta dottrina, cioè ha assunto il ruolo (prescrittivo) di fonte di produzione del diritto (ho davanti Cass., sez. un., n. 579/2024 sul c.d. travisamento del fatto: gigantesco *obiter* in cui l'estensore rimprovera alla dottrina contemporanea di non aver ben letto i classici e che, atterrando infine al caso sottoposto, conclude: «nulla a che vedere con qualcosa che possa somigliare sia pur vagamente» alla «dispercezione» di cui si discute).

Facciamo un passo indietro. Il lascito più resistente del pensiero fondativo del diritto processuale è rappresentato da quei pochi punti che V. Andrioli condensa efficacemente nella prefazione ai *Principii*, e che sono i nostri ferri del mestiere: «la durata del processo che non deve andare a danno di chi ha ragione, la normale correlazione tra diritto e azione, la vocazione del processi ad offrire tutto e proprio quello che è mancato ecc., l'inesistenza di una logica di Stato e il limite profondo del giudicato, la visione “democratica” dei rapporti tra cittadino e amministrazione nel processo): la vera grandezza del sistema di Chiovenda è la sua sintetizzabilità in, appunto, principi. Ma, cosa sono questi principi se non, a modo loro, un programma di giusto processo?».

Spessore e fecondità di una disciplina nascente: c'è l'esaltazione (molto moderna) della strumentalità del diritto processuale al giudizio ed al diritto materiale che lo nutre. E c'è anche l'orgogliosa esaltazione di questo

aspetto rispetto a quel «minimo» di condizioni (strutturali) del procedere, quelle *condiciones sine qua non* che per noi sono quasi assiomi scontati. Principi allora, ma in che senso? In un senso ben preciso: essi vanno considerati la *ratio* di istituti codificati, cioè gli ispiratori di regole positive, di fattispecie da cui a ritroso (cioè per astrazione) si ricava il principio che – in una logica un po' idealizzata – trova la sua strada proprio dall'emergere dal testo della norma (quasi ombra proiettata). Certo Chiovenda forzava un po' le cose poiché leggeva a modo suo un codice talora riottoso all'organizzazione che gli si imponeva, ma la dottrina del nuovo codice (la sua progenie) ha realizzato al meglio il suo programma.

Il meccanismo si presenta appagante perché è consolatorio: dà l'illusione del controllo e della certezza che ne deriva. Lo usiamo come scudo di scientificità per trasmettere un senso di organizzazione che ci tranquillizza.

Il meccanismo tende però inevitabilmente ad incepparsi secondo due linee: a) quando si accetta di riconoscere che determinati principi, non trovano corrispondenza in norme adeguate, cioè non hanno trovato concreta attuazione; b) quando si incontrano norme che contraddicono il principio. Si può ritenere che in Italia l'emersione di lacune e di conflitti del genere sia stata, fondamentalmente, conseguenza dell'espansione e della dominanza assiologica del test di costituzionalità, cioè della fortuna del meccanismo di soppressione o di riscrittura della norma incongruente a un principio sovraordinato. Dapprima con la crescente intromissione della Consulta nella legislazione processuale, e poi – in incremento esponenziale – con l'autorizzazione, anzi con la prescrizione della «interpretazione costituzionalmente orientata» da parte del giudice stesso.

È in questo contesto, che ci si imbatte nella prima grande rottura: la riscrittura dell'art. 111 Cost.

6. – La riscrittura dell'art. 111 Cost. non dice nulla di veramente nuovo quanto al contenuto prescrittivo, ma produce il classico «mutamento di paradigma»: scelte interpretative e sistematiche considerate ragionevoli e coerenti si trovano di colpo a dover fare i conti con una nuova inderogabile priorità: con un giudizio di compatibilità – delle norme, degli istituti, dei comportamenti – con l'idea di giusto processo. Questo test è l'Arno in cui le teorie vanno risciacquate.

La seconda breccia è l'arrivo, molto invasivo, dei principi comunitari (o euro unitari che dir si voglia) che non solo si presentano come corollari dell'idea di giusto processo, ma giungono anche armati da una supremazia (quella riconosciuta alle fonti sovraordinate ed alla giurispru-

denza delle relative Corti) che li carica di una tendenza all'assolutezza in grado di forzare meccanismi consolidati e tranquillizzanti del procedere.

Agisce come principio di giusto processo soprattutto l'invocazione dell'effettività che si rivela in grado di scardinare le certezze (quel che si è visto con l'intervento della Corte di Giustizia nella vicenda del monitoraggio verso il consumatore, che ha portato all'intervento poco assennato delle Sezioni Unite). A questo punto è facile prendersela con i barbari che non hanno capito il sistema «chiovendiano» (un po' come Andrioli se la prende con gli eredi di Chiovena non all'altezza del maestro): ma, ci si può chiedere, in che misura si può pretendere che la Corte di Giustizia si faccia carico del sistema preposto al funzionamento di una regolamentazione regionale (di questo si tratta)?

Per caso, non assistiamo ad una certa nostra impreparazione? Ecco, la coscienza di questa impreparazione mi pare uno dei lasciti della speculazione di Gianni Verde.

7. – Secondo sasso nello stagno: potere e concetti; tema aperto della giurisdizione, dei suoi conflitti e del suo controllo finale, tema affrontato a lungo da Verde da varie prospettive. Non avendo né il tempo (né la forza) di misurarmi con l'intero perimetro della sua analisi, mi limiterò a qualche personale considerazione suscitata da un'affermazione dell'autore.

I concetti del sistema su cui ci siamo formati hanno l'ambizione di essere (relativamente) asettici, ma «se ed in quanto» si materializzi la possibilità di determinare (o condizionare) l'esercizio di un potere, essi ben si prestano ad essere piegati a giustificare operazioni, appunto, di potere. In fondo si tratta di riportare scelte ad etichette che le giustificano.

Nulla di nuovo: a questo sono sempre serviti i consiglieri del principe, solo che oggi il problema specifico che trova impreparati i cultori del positivismo giuridico classico è che, a vestire i panni di nuovo principe sono le Corti, gli organi della giurisdizione. E così, la «bocca che dovrebbe pronunciare la legge» (la regola selezionata secondo criteri ermeneutici condivisi) finisce inevitabilmente per creare regole auto giustificantesi. Regole selezionate da direttive che la giurisdizione impartisce a se stessa in autodeterminazione, codici di comportamento a carattere spesso eticheggiante idonei a selezionare gli esiti legali. Quasi che, dal cambio di paradigma fosse sorto un nuovo principe, consigliere di se stesso.

A valle della sua polidecennale analisi dei problemi della giurisdizione, pare a Verde che l'affermazione secondo cui «la Corte di cassazione non ha alcuna posizione sovraordinata e, quindi, è custode del corretto esercizio della funzione giurisdizionale solo nei riguardi dei giudici ordinari» (posizione di Corte cost. n. 6/2018, e sostanzialmente di Corte di giustizia

caso Randstad) configuri una sorta di rassegnazione alla violazione delle regole di giusto processo: il comma 8° dell'art. 111 Cost. non negherebbe alla Cassazione il controllo sulle decisioni che siano «un sostanziale diniego di giustizia, ossia nelle quali non è stata “attuata” la giurisdizione nel rispetto del “giusto” processo».

Domanda provocatoria: possiamo dire che, con questo, anche Verde finisce per coniugare il nuovo paradigma?

Il merito dell'affermazione mi lascia qualche dubbio; la posizione espressa da Verde (che peraltro richiama altri ed autorevoli commentatori) anima però ora Cass., sez. un., n. 32599/23 (c.d. *Balneari*) secondo cui nessun limite può opporsi all'intervento della Cassazione quando «il Consiglio di Stato – estromettendo dal giudizio dinanzi a sé gli enti esponenziali titolari di interessi legittimi collettivi incisi dal provvedimento amministrativo impugnato in prime cure – preclude ad essi la tutela giurisdizionale di loro posizioni giuridiche sostanziali qualificate». Ora a me pare che – dietro la sonora affermazione di principio – nel caso di specie le associazioni escluse non potevano davvero dirsi titolari di diritti, e nemmeno di interessi collettivi, di categoria o diffusi, suscettibili di essere azionati, o mi pare comunque che la vicenda decisa non fosse configurabile in termini di «inattuazione» della giurisdizione.

Il caso, in altri termini, appare fondamentalmente un'occasione per tenere comunque aperta la porta chiusa da Corte di Giustizia Randstad. Ciò che però (per il nostro discorso) mi pare significativo che siamo di fronte all'autoinvestitura della Corte a garante dell'effettività della tutela «oltre e contro il giudice naturale della posizione tutelabile». Si tratta di una autoinvestitura che non ha molti ed univoci dati positivi a suo favore: le sue giustificazioni sono infatti raccolte *aliunde*, discendono da una scelta di valore tramite cui le Sezioni Unite leggono i dati. Proprio questo però vuol dire che non possiamo circoscrivere il dibattito ad un piano di semplice auto-attribuzione di potere: con questo solo dato non capiremmo perché l'esercizio di potere è evitato accuratamente nella stragrande maggioranza dei casi (in cui la giurisprudenza di cassazione si mostra fin troppo prudente e restrittiva nell'interpretazione del comma 8° dell'art. 111). La verità è che qui l'auto-investitura si giustifica quale mezzo coerente con l'ideologia dei diritti fondamentali che agevolmente si sposa all'ideologia dell'effettività e, così, a quei mutamenti di paradigma che giustificano *in apicibus* una primazia delle Corti sconosciute all'ideologia positivista classica.

Siamo in una materia in cui è difficile metter da parte il tifo, ma per l'osservatore che, distaccandosi, voglia guardare obiettivamente alla vicenda, la cosa più interessante in questo moto è proprio la contraddizione

cercata (non solo e non tanto con Corte cost. n. 6/2018, condannata a portare su di sé la macchia di partigianeria della sua provenienza e del suo linguaggio, ma) con Corte di Giustizia Randstad che provocata proprio dalla Cassazione italiana, aveva frenato la portata espansiva del concetto di effettività stabilendo che nessuna effettività è violata se, una volta affidata la garanzia ad un dato giudice, l'ordinamento sceglie di non istituire un apposito organo di controllo del garante: in tal caso restano soddisfatte in principio le regole di base della tutela anche di fronte ad un'insoddisfacente applicazione nel caso concreto (cosa eclatante nella sentenza Randstand di Palazzo Spada).

Le Sezioni Unite ben avrebbero potuto decidere nel senso in cui hanno deciso *sine strepitu ac figura iudicii* considerato che in tema di giurisdizione hanno sempre detto tutto e il contrario di tutto. Perseverando in questo modo di agire avrebbero fatto puro esercizio di potere («tanto chi ci cassa?»). L'interesse della vicenda credo che stia invece proprio nella circostanza di aver voluto apertamente sfidare prima la Consulta e poi Lussemburgo con rimessioni suicide, per poi rilanciare tenendo ferma la propria posizione di principio in sfida alle direttive ricevute. Segno, questo, che non si ritiene più sufficiente «fare cose agendo», ma si è passati al piano del «fare cose creando regole».

Il modello delle Corti legislative non è poi così lontano.

Resta da sperare che dal lucido e moderato pessimismo di Gianni Verde, non si debba scivolare a riconoscer ragione al libro (ben più pessimista ed estremista, in verità: Verde è al confronto un ottimista) di Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat* di cui il fatto che si sia sentito il bisogno di pubblicare un'edizione italiana⁽¹⁾ lascia temere che il pessimismo sia più vicino alla realtà di quanto non sembri.

⁽¹⁾ *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, a cura e traduzione di G. Stella, Modena 2018.

MICHELE VIETTI
già Vicepresidente del C.S.M.

A PROPOSITO DI UN LIBRO DI GIOVANNI VERDE («SUL POTERE GIUDIZIALE E SULL'INGANNO DEI CONCETTI»)

SOMMARIO: 1. La magistratura giudicante. – 2. La crisi del principio della separazione dei poteri. – 3. Verso una “giustizia consensuale”. – 4. La magistratura requirente. – 5. Ripensare lo statuto del pubblico ministero: alcune osservazioni.

1. – Grazie innanzitutto a Giampietro Ferri per avermi voluto coinvolgere in questo *webinar*, ma grazie soprattutto a Giovanni Verde che ha scritto questo interessantissimo volume sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti, che ho letto con vero interesse e che mi ha confermato nella opinione di grande stima, affetto e amicizia che nutro verso Giovanni, il quale, lo voglio ricordare, è stato il mio Vicepresidente la prima volta che io sono stato eletto al Consiglio Superiore della Magistratura come componente laico, e che fin da allora apprezzo come uomo e come studioso.

Io sono una anomalia nel *panel* dei relatori, perché a fronte di tutti questi insigni processual-civilisti, di cui Giovanni Verde è maestro, io sono cultore del diritto commerciale, ma credo di essere stato invitato principalmente per il mio passato da Vicepresidente del C.S.M.

Verde dedica molte pagine – anzi, parecchi capitoli – al tema della magistratura e quindi di questo proverò ad occuparmi specificatamente, aggiungendo a quelle di Giovanni qualche mia considerazione.

L'autore tratta distintamente il tema della magistratura giudicante e della magistratura requirente.

Cominciando dalla magistratura giudicante, il volume rimanda al fondamento stesso del ruolo del giudice, richiamando la separazione dei poteri.

C'è una bella citazione che il libro fa dell'*Eumenidi* di Eschilo, dove ci si ricorda come Atena rinunci a giudicare Oreste e lo affidi al Tribunale degli umani: questo è il primo esempio di separazione tra chi comanda – in questo caso la Dea – e chi giudica.

E dunque, come si esprime la separazione dei poteri?

Verde richiama l'art. 101 Cost. e sviluppa una riflessione a mio modo di vedere interessante, perché ci ricorda come il fatto che i giudici siano soggetti solo alla legge – come dice la Costituzione – in realtà non fa riferimento ad una sudditanza puramente passiva, ma contiene chiaramente un dato interpretativo, un contenuto valutativo, per cui il tema della soggezione è, semmai, tema di limiti rispetto all'interpretazione.

L'interpretazione, inevitabile, della legge da parte del giudice non deve superare determinati limiti, sennò cessa di essere tale.

Qual è la legge a cui si riferisce l'art. 101 Cost. parlando di «soggezione del giudice»?

Ebbene, quella «legge» non è tanto il criterio di giudizio, ma semmai è la delimitazione della sfera del potere giudiziario rispetto agli altri poteri dello Stato.

E dunque quella soggezione alla legge non ci fornisce tanto l'elemento ermeneutico a cui il giudice dovrebbe far riferimento per declinare la norma, ma è piuttosto la linea di demarcazione tra la magistratura giudicante e gli altri poteri, proprio al fine di garantire autonomia e indipendenza alla prima.

Il giudice è selezionato non in forza del consenso, non in forza di una adesione di una base elettorale, ma in ragione di una qualificazione tecnica, di una selezione che deve accertarne la idoneità professionale, per cui occorre far riferimento a un criterio di valutazione del merito.

E qui Verde introduce una prima – assolutamente condivisibile – lamentazione sul fatto che questo criterio di valutazione della idoneità tecnica del giudice, unico elemento che ne legittima la funzione, è andato via via degenerando e scemando.

Ci si lamenta delle degenerazioni correntizie, ma in realtà il tema è piuttosto quello della selezione dei magistrati: Verde ricorda l'abolizione delle promozioni, l'abolizione dei concorsi, l'abolizione delle carriere (...) sono tutti elementi che hanno contribuito alla dequalificazione della professionalità del giudice come criterio di valutazione del suo merito.

2. – Il ragionamento di Verde sulla separazione dei poteri prosegue con una ulteriore lamentazione, anche questa, a mio parere, assolutamente condivisibile: cioè il principio di separazione dei poteri, di cui tutti si riempiono la bocca, è in realtà profondamente in crisi nella società contemporanea. Perché? Perché il legislatore sempre più spesso non legifera ma provvede: cioè emana provvedimenti che hanno perso quell'astrattezza e generalità che tradizionalmente dovrebbero essere requisiti della legge.

Il Governo, a sua volta, non provvede, come dovrebbe fare il potere esecutivo, ma legifera attraverso i decreti legge.

Alla fine, anche il terzo potere è pervaso da una sua anomalia, ormai corrente: cioè la magistratura non applica la legge, ma tende ad applicare il diritto a prescindere dalla legge, svolgendo funzioni di ordine amministrativo e surrogatorie, sia del Governo, sia dell'Amministrazione.

Noi sappiamo bene che l'impronta positivista che ancora era sottostante alla Costituzione immaginava un giudice che fosse chiamato semplicemente a sussumere la norma applicabile con un'operazione meramente intellettuale quale *bouche de la loi*.

In realtà Verde nota acutamente come la legge tende a cristallizzare il diritto, ad assorbirlo, incapsularlo nella forma e quindi fissa in qualche modo il passato, ancorché lo proietti nel futuro.

La Costituzione stessa, la quale proclama valori in norme che in realtà sono prive di fattispecie, legittima il giudice, il quale si trasforma da «giudice della fattispecie» a «giudice dei valori».

E, dice Verde – e io lo condivido – quando ci si addentra nel mondo dei valori, si fa ingresso in un sistema che inevitabilmente diventa soggettivistico.

Il giudice della fattispecie, il «giudice tradizionale» se vogliamo dire così, interviene su un evento del passato, dispone che il giudicato – considerato la massima espressione del potere giudiziale – si concreta in un accertamento; viceversa, il giudice dei valori (così come sempre più lo conosciamo), non è più il giudice che accerta, ma il giudice che regola, che dispone.

Per cui il giudicato è in realtà finito in un angolo, perché a quel giudice sono stati affidati compiti di prevenzione, di sicurezza, di pace sociale, che più facilmente si conseguono attraverso provvedimenti anticipatori, cautelari, interdittivi, i quali inevitabilmente vengono emessi sulla base di elementi sommari, di presunzioni e di indizi.

E dunque quel giudice dei valori non si forma più su un convincimento basato sul prudente apprezzamento delle prove ma fonda il suo giudizio su un pronostico di verosimiglianza, per cui fa del processo non più il luogo in cui si applica la legge, ma il luogo in cui si amministra.

Ecco che, nota ancora acutamente Verde, il principio del giusto processo che dovrebbe portare ad una decisione che diventi regola definitiva del caso concreto, all'esito di una istruttoria in contraddittorio, è sottoposto a un'erosione sempre più marcata.

Qui Verde introduce riflessioni molto interessanti sul rapporto tra processo ed economia e lamenta come la durata diventi l'unico criterio di valutazione del giusto processo.

3. – Nessuno ovviamente vuole negare che la decisione in tempi ragionevoli sia un elemento importante (sempre Verde ricorda che il funzionamento della giustizia come base dell'impresa capitalista moderna veniva richiamato da Weber), però se quello diventa l'unico criterio di funzionamento del sistema giudiziario ci si spiega perché gli sforzi del legislatore vadano nel senso di cercare la c.d. «giustizia consensuale», per praticare la quale, però, dice Verde – e io lo sottoscrivo completamente – bisognerebbe trasformare la mentalità dell'avvocatura, quella nostra avvocatura pletorica che considera il suo ruolo sempre e solo in funzione del contenzioso giudiziario.

Ecco allora che il legislatore usa le norme processuali come deterrente per scoraggiare il cittadino a ricorrere ai giudici, introduce sanzioni, costi, preclusioni, decadenze (...) e alla fine assegna al giudice sostanzialmente un ruolo prevalente di compositore della lite.

Qui Verde richiama l'uso dei mezzi moderni, dal lavoro a distanza, ai collegamenti telematici, all'intelligenza artificiale (...). Inevitabilmente sono strumenti con cui sempre più dovremo fare i conti. Certo non possiamo tacere che tutto questo può portare ad una rarefazione del rapporto umano tra i protagonisti del processo.

4. – Vengo – e mi avvio a concludere – alle riflessioni che Verde svolge nel libro a proposito della magistratura requirante.

Anzitutto, parte dalla considerazione che la legge c.d. «Cartabia» (l. n. 134/2021) ha introdotto i criteri generali per l'esercizio dell'azione penale che le Procure dovrebbero recepire nei Progetti organizzativi, individuando su quella base i criteri di priorità.

A parte l'annotazione interessante che Verde fa nel libro sul fatto che questo potrebbe indurre un effetto non voluto di incentivare a commettere i reati che non stanno nell'elenco delle priorità (e richiama un caso dei Paesi Bassi dove c'è stato l'incremento dei furti di modesto valore nei supermercati perché non erano tra le priorità da perseguire), ma – e io condivido questa notazione – questa modifica normativa dovrebbe portare ad un raccordo tra Procura e Parlamento; cioè il Parlamento, oltre a stabilire i criteri per l'esercizio dell'azione penale, dovrebbe poi poter controllare se quelle indicazioni vengono raccolte e se hanno un'applicazione corretta.

Quindi dovrebbe essere prevista una sorta di relazione al Parlamento da parte del Consiglio Superiore e la possibilità per il Parlamento di segnalare al Consiglio Superiore le eventuali criticità che si fossero verificate, sennò quell'affermazione rischia di rimanere una previsione di carattere generico, a cui è molto difficile dar seguito.

Questo comporta anche che i capi delle Procure possano fissare i criteri di priorità delle indagini e i sostituti vi si debbano adeguare, il che richiama l'organizzazione gerarchica di quell'ufficio nonché il fatto – come giustamente dice Verde – che il singolo Pubblico Ministero non può rivendicare di essere una sorta di monade impermeabile a qualunque vincolo e a qualunque subordinazione; per cui l'ordinamento giudiziario dovrebbe tener conto che la c.d. «autonomia interna» del magistrato può essere piena solo per quello che riguarda i giudici, ma ha evidenti limiti per quanto riguarda i Pubblici Ministeri.

Di qui discendono una serie di conseguenze (che pure sottoscrivo totalmente): il Pubblico Ministero non può indagare *ad libitum* andando alla ricerca di reati sulla base di semplici denunce, quando vi siano soltanto meri sospetti non corroborati da ragionevoli indizi; l'iscrizione nel registro degli indagati dovrebbe avere requisiti di garanzia, certezza e uniformità; l'indagine non può essere protratta all'infinito; il Pubblico Ministero ha l'obbligo di chiedere l'archiviazione e di non insistere nella richiesta di rinvio a giudizio se l'azione penale non appare fondata e non ha una ragionevole possibilità di essere condivisa da un giudice.

E – dice Verde – se tutto questo non viene rispettato, dovrebbero esserci ricadute sia in termini di valutazione della professionalità del Pubblico Ministero, sia anche – ove ricorrano gli estremi – l'esercizio di una vera e propria azione disciplinare.

Anche la responsabilità civile dei magistrati – dice Verde e io sono assolutamente d'accordo – è disegnata per i giudici ma è quasi impossibile applicarla ai Pubblici Ministeri, perché ha come presupposto un magistrato che emette decisioni ed emana sentenze, cosa che evidentemente il Pubblico Ministero non fa, per cui la responsabilità civile del Pubblico Ministero dovrebbe essere normata diversamente.

Aggiunge l'Autore – con un'affermazione coraggiosa che certamente non lascia il pelo alla magistratura – che dovremmo ricordarci come i Costituenti abbiano rimesso al legislatore ordinario la distinzione tra le garanzie riconosciute ai giudici e quelle riconosciute al Pubblico Ministero, perché l'art. 107 Cost. dice espressamente che il Pubblico Ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi confronti dall'ordinamento giudiziario. Dal che indirettamente deduciamo come le garanzie piene, anche per la Costituzione, spettino soltanto al giudice, mentre invece per il Pubblico Ministero vi è una sorta di *status* che – dice Verde – certamente deve godere di un'autonomia sufficiente, ma non di un'autonomia assoluta come viceversa avviene per il giudice.

5. – Verde immagina i due scenari estremi: cioè un Pubblico Ministero completamente fuori dall'ordine giudiziario, che diventi un pubblico funzionario semplicemente e invece un Pubblico Ministero che, con l'autonomia e l'indipendenza assoluta, diventi un organo del tutto incontrollabile. E ciò tenendo conto che il Pubblico Ministero svolge una funzione delicatissima, è il titolare delle indagini, cioè del potere più invasivo di tutti perché tocca il fondamento stesso della libertà delle persone.

Il Pubblico Ministero è il capo della Polizia Giudiziaria e quindi è vero quello che dice Verde e cioè quel Pubblico Ministero ibrido, pensato dal Costituente, che lo ha ricompreso nel corpo unico della magistratura, poteva funzionare quando il processo era retto dal principio inquisitorio (pensiamo al caso del Pretore che cumulava la posizione di parte e di giudice); ma nel momento in cui noi siamo passati ad un processo che lui chiama «simil accusatorio» – che noi sappiamo di accusatorio ha più le aspirazioni che la sostanza – in cui la prova deve essere acquisita nel dibattimento in contraddittorio tra le parti, quell'ibrido non sta più in piedi.

Allora, o modifichiamo il Titolo V della Costituzione – ma sappiamo che è una strada molto difficile – o almeno, dando attuazione all'ultimo comma dell'art. 107 Cost., diamo a questo Pubblico Ministero uno statuto diverso, perché noi sappiamo perfettamente che la previsione dell'art. 111 Cost. è una pia illusione, perché vorrebbe significare che non ha rilevanza probatoria tutto quello che è avvenuto prima, mentre viceversa così non è e gran parte di quello che avviene nelle indagini preliminari poi si trova il modo di riversarlo nel prosieguo.

Ebbene la posizione del Pubblico Ministero, che è il vero e proprio signore e padrone della prova – perché dispone di mezzi per acquisirla che la parte ovviamente non ha neppure lontanamente, perché attraverso la Polizia Giudiziaria e il controllo delle intercettazioni riesce a portare nel processo elementi di prova che determinano uno squilibrio assoluto rispetto alla parte – necessita di una profonda rivisitazione.

E allora tanto vale – conclude Verde e concludo anch'io, aderendo totalmente alla sua tesi – forti dell'art. 107 Cost., proviamo a dare a questo Pubblico Ministero uno statuto che, senza pregiudicarne l'autonomia, la renda relativa e non assoluta e lo riconduca ad una visione compatibile rispetto all'idea di un processo paritario tra le parti.

Vi ringrazio.

ALBERTO M. TEDOLDI

Professore ordinario nell'Università di Verona

A PROPOSITO DI UN LIBRO DI GIOVANNI VERDE («SUL POTERE GIUDIZIALE E SULL'INGANNO DEI CONCETTI»)

SOMMARIO: 1. «Soliloqui del crepuscolo». – 2. Formalismo infinito. – 3. Forme processuali e demitizzazione dei concetti giuridici. – 4. Processo e *arbitrium iudicis*. – 5. *Perversio ordinis* e autoritarismo processuale. – 6. In memoria del processo.

1. – «Soliloqui del crepuscolo» scrive in esergo al titolo Giovanni Verde, evocando a un tempo Salvatore Satta (*Soliloqui e colloqui di un giurista*, 1968), che pure vi aggiungeva ancora i colloqui, e la *Götterdämmerung* (1876), il *Crepuscolo degli dei* di Richard Wagner.

Manca oggi un eroe, che attraverso l'amore e il sacrificio redima e liberi gli uomini, salvandoli dalla rovina del *Walhalla*, dalla caduta degli dei, dalla scomparsa dei *Patres*. «Sventurata la terra che ha bisogno di eroi», scriveva Bertolt Brecht (*Vita di Galileo*, 1956), sul presupposto, però, di un impegno di tutti nella conoscenza, nella ricerca del bene comune e nel progresso umano e sociale.

Sconsolato e disilluso soliloquio è ormai quello dello studioso del diritto processuale civile, astretto a leggere sentenze-trattato della Suprema Corte, fonti di confusa nomofilachia e di entropica nomopoiesi, che tengono luogo della funzione propria che spetta a ogni giudice, anche a quello di legittimità, pur sempre chiamato a farsi strumento di giustizia nel caso concreto (artt. 24 e 111 Cost.), non già enunciatore di norme e principi, né Ministero della Giurisprudenza, qual vede e concepisce sé stessa la Suprema Corte di cassazione, in nome dell'esatta osservanza e dell'uniforme interpretazione della legge, dell'unità del diritto oggettivo nazionale, come si legge nell'art. 65 ord. giud., che risale al 1941 e precede la Costituzione repubblicana.

Oggidì, le forme processuali s'avvitano a spirale e battono in breccia la funzione propria del processo, quale strumento di tutela effettiva delle posizioni sostanziali, moltiplicando le pronunce che chiudono il processo e specialmente le impugnazioni in puro rito.

Forme degli atti processuali pur necessarie *ab antiquo*, onde placare l'avventarsi degli uomini l'un contro l'altro armati nella lotta per il diritto, come scriveva Jhering. L'atto processuale e, con questo, lo stesso atto giuridico vengono in essere mediante *verba certa et sollemnia*, pronunciate in pubblico o davanti a testimoni, al cospetto delle massime autorità religiose, i *pontifices*, mediante *nuncupatio*, che è *nomen capere* (prendere, quasi catturare il *nomen iuris* come una preda), sì da produrre l'effetto concreto facendo propria la *res* corrispondente a quel *nomen*, onde *res (iuridica) est consequentia nominis* attraverso l'esteriorizzazione dell'atto, per renderlo riconoscibile *erga omnes* e oggettivamente adeguato allo scopo.

Non si distingue in origine tra *ius et religio*: l'uno discende dall'altra ed anzi coincide con questa nel suo venire ad effetto, come mostra l'etimo stesso della parola *re-ligio*, che evoca il legame tra cielo e terra e tra gli uomini nel formarsi della *res* e del *nomos* che ne discende per ancestrale *ligamen*. Nasce così una semantica prescrittiva a matrice religioso-giuridica *per certa verba*, enunciati oralmente in un atto solenne che costituisce il diritto, generando un effetto che oggi chiamiamo, con i linguisti, «performativo»: «*ita jus esto*».

Le forme sostituiscono l'ordine al disordine, il *kosmos* al *kaos*, evitano la licenza dei litiganti e l'arbitrio del giudice: «non vi sarebbe ragione di lagnarsi delle forme più di quello che avrebbe ragione il colombo di lagnarsi dell'aria che rallenta il suo volo, senza accorgersi che appunto quell'aria gli permette di volare», secondo la celebre immagine kantiana, fatta propria da Giuseppe Chiovenda nella prolusione parmense del 1901⁽¹⁾.

L'ingenuo sentimento dei popoli primitivi è dominato dall'estetica della forma, è tratto ai simboli, cioè alla rappresentazione esteriore dei moti dell'animo, intrisa di significati religiosi e divini: forme precise e necessarie, fra cui il litigante doveva muoversi circospetto o guardingo, erano freno potente al turbinoso avventarsi degli uomini nella lotta per il diritto⁽²⁾. Le passioni si placano, la prudenza è miglior consiglio in quel viluppo pericoloso di solennità. Così nelle forme rituali impera e domina sui litiganti la volontà collettiva, con limitatissimi poteri del giudice-*pontifex*-sciamano, il quale è poco più che uno spettatore della rappresentazione drammatica del conflitto: la soluzione è altrove, nelle solenni formalità

(1) Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (1901), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano 1993, 354 s., richiamandosi all'insegnamento di Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig 1888.

(2) Jhering, *Der Kampf ums Recht*, Frankfurt am Main 1872.

del rito; il giudizio giunge *ab extra*, dall'osservanza delle rigorose formalità, non dalla coscienza, dall'*intime conviction*. «*Gefahr*», pericolo, si chiamò questa condizione del litigante⁽³⁾, tanto che ogni omissione dava luogo ad ammende, che andavano a beneficio del giudice.

Con lo sviluppo dei commerci matura l'avversione a sacrificare la sostanza alla forma: man mano che questa acquista il significato di mezzo a scopo, ne scema il valore e diminuiscono le formalità, in un moto incessante di semplificazione, che si compie *pari passu* con lo sviluppo economico e tecnologico delle società. Nel basso Medioevo vennero semplificate le forme del processo comune, il *sollemnis o subtilis ordo iudiciarius*, dapprima negli Statuti delle città comunali e poi nella decretale pontificia *Clementina Saepe* della prima decade del Trecento, che eliminò il *libellus* e la *litiscontestatio*, non però le «*probationes necessariae et defensiones legitimae*», da presentare e svolgere «*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*», consentendo al giudice di pronunciare la sentenza «*prout magis sibi placuerit, stans vel sedens, sola facti veritate inspecta*».

2. – Salvatore Satta, in un celebre scritto⁽⁴⁾, ricorda come il formalismo sia una componente imprescindibile dello spirito umano e che può esservi un formalismo puramente esteriore, che persegue e attua forme inutili e complicate, delle quali non v'è stata mai la ragione o la ragione si è perduta. Il formalismo si afferma con il processo pubblico, con l'intervento dello Stato oltre la sua naturale ed essenziale funzione, quale creatore di forme per frenare e controllare gli individui nell'anzidetta lotta per il diritto.

Il processo e il diritto in genere sono formali per loro natura, altro non essendo il diritto che forma: è l'esperienza stessa che si fissa nelle forme giuridiche e conoscere la forma significa conoscere l'esperienza. Il formalismo invece – prosegue Satta – non ha alcunché da spartire con la forma. Il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta una frattura dell'esperienza giuridica, ponendo una falsa esperienza, cioè l'immobilità vuota che si tratta come una cosa salda, modellandolo in forme che, essendo forme del vuoto, sono infinite⁽⁵⁾.

Il formalismo fine a sé stesso possiede nel diritto tre aspetti: quello del legislatore, quello del giurista e quello del giudice.

⁽³⁾ Siegel, *Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang*, Wien 1866; Wach, *Der italienische Arrestprozess*, Leipzig 1868.

⁽⁴⁾ Satta, *Il formalismo nel processo* (1958), ora in Id., *Il mistero del processo*, Milano 1994, 81 ss.

⁽⁵⁾ Satta, *Il formalismo nel processo*, cit., 86.

Il formalismo del legislatore si coglie nel perenne sforzo di creare sempre nuove forme processuali in nome di un declamato anti-formalismo, che fatalmente – per eterogenesi dei fini che è sicura regola della storia – sfocia in leggi che sono un'esasperazione del formalismo. Così è avvenuto e avviene da più di trent'anni a questa parte, da che il *conditor legum* ha inteso rimetter mano a forme processuali ormai acquisite nell'*usus fori* e da allora più non ha smesso di affliggere con incessanti novelle gli operatori del diritto e del processo, sotto l'incubo (è espressione sempre di Giovanni Verde) della durata ragionevole e dell'efficienza economico-finanziaria, unica e globale *religio* del nostro tempo, come insegnava Walter Benjamin in un celebre frammento⁽⁶⁾.

Formalismo, neo-formalismo e iper-formalismo in cui s'avviluppa viepiù il processo civile telematico (PCT), disciplinato con disposizioni così confuse e alluvionali, emesse per accumulazione e giustapposizione in miriadi di fonti primarie, secondarie e in atti amministrativi, moltiplicatisi e interpretate assai spesso con inesplicabile acribia e assoluto rigore.

Il più pernicioso di tutti è il formalismo del giudice, «in quanto opera nel concreto, perché al giudice ci si rivolge per chiedere aiuto e il formalismo del giudice si risolve in una ripulsa di aiuto»⁽⁷⁾. Tre sono i profili di tale formalismo: *i*) la burocratizzazione meccanicistica e disumanante, che vede nel processo unicamente una sequenza di atti fine a sé stessa, senza badare ai suoi contenuti; *ii*) la comodità spirituale di liberarsi dalla responsabilità del giudizio sul merito, sulle posizioni sostanziali delle parti, sulle ragioni e sui torti; *iii*) la cultura formale del giudice, cioè il guardare con occhiali altrui, dati dai concetti astratti acquisiti nel corso degli studi, non temprati dalla vita e dall'esperienza nel suo concreto farsi.

Il rimedio sta, a dir così, nella parafrasi del celebre motto evangelico (Lc., 4, 23): «*iudice, cura te ipsum*». Riconoscere che il diritto nasce dalla vita, non la vita dal diritto; ammettere che il concreto e la vita nel suo continuo mutamento richiedono un'adesione spirituale, che s'innesta sull'esistenza delle persone, delle cui vite e dei cui beni ogni giudice è chiamato a conoscere per decidere «*tota re cognita et perspecta*», «*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii, sola facti veritate inspecta*».

3. – Giovanni Verde, nel capitolo VIII intitolato «Divagazioni sulla disciplina degli atti processuali» come nell'intero volume, demitizza l'enti-

⁽⁶⁾ Benjamin, *Kapitalismus als Religion* (1921), in Id., *Gesammelte Schriften*, VI, Frankfurt a. M., 1985, 100 ss., trad. it. *Capitalismo come religione*, Genova 2013.

⁽⁷⁾ Satta, *Il formalismo nel processo*, cit., 100 s.

ficazione dei concetti e il valore delle parole: «non esistono i ‘diritti soggettivi’, ma gli interessi, le pretese, le aspettative, i bisogni che l’ordinamento riconosce e tutela, fissandone anche i limiti. I diritti soggettivi sono il condensato concettuale di una disciplina» (p. 130).

Occorre, perciò, «decodificare» il linguaggio giuridico, evitando di trattare i diritti come «entità» dotate di vita propria. Anche la nozione di inviolabilità del diritto al contraddittorio e alla difesa è attribuito che deriva dalle norme fondamentali (artt. 24 e 111 Cost., art. 6 conv. eur. dir. uomo, art. 47 carta dir. fondamentali UE), nient’altro che questo: non occorre certo allegare e dimostrare in concreto il pregiudizio patito, come puntualmente e sobriamente fa Cass., sez. un., 25 novembre 2021, n. 36595, annullando una sentenza emessa prima della scadenza dei termini per le repliche conclusionali.

Imporre e applicare, invece, il principio «*pas de nullité sans grief*» (nessuna nullità senza pregiudizio) significa contraddire la necessità delle forme processuali per lasciar posto all’illimitata discrezionalità del giudice, negando con ciò solo la funzione propria del rito e del processo, che è quella di governare e frenare anzitutto l’*arbitrium iudicis*, fungendo da *kathékon*, da freno e contrappeso garantistico, ch’è quintessenza dello Stato di diritto e della *rule of law*.

La disciplina degli atti del processo presenta una duplice caratteristica, che li distingue rispetto ai negozi e agli atti di diritto sostanziale: da un canto, le forme degli atti processuali sono disciplinate molto più minuziosamente e rigorosamente; dall’altro canto, la legge processuale non si occupa né della formazione né della manifestazione della volontà, né della causa degli atti, se non sotto il profilo del loro scopo oggettivo, in funzione della sequenza procedurale in cui s’innestano, secondo un generale criterio teleologico cui s’ispira l’intera disciplina della forma degli atti, facendo sì che la validità della concatenazione processuale risulti da elementi oggettivi e facilmente controllabili, quali sono, appunto, gli elementi formali e strutturali, anziché dipendere da indagini complesse e opinabili, come quelle che riguardano gli elementi afferenti alla volontà soggettiva: «*quod scripsi scripsi*» (Gv., 19, 22).

In questa proiezione teleologica delle forme processuali s’inverna il canone della strumentalità, inteso a realizzare lo «scopo oggettivo» del processo e di ciascun atto all’interno della sequenza procedurale protesa all’emanazione del provvedimento decisorio sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio, avuto riguardo alla funzione cui il singolo atto assolve nella serie coordinata, così come disegnata dal legislatore secondo la logica del sistema. Perciò, gli atti processuali sono costruiti nelle forme più idonee al conseguimento dello scopo oggettivo del processo (la tutela delle

situazioni sostanziali), in base alla sequenza dinamica del procedimento e alla direzione finalistica volta all'emanazione del provvedimento decisorio. Le forme sono rispettate ogniqualvolta risultino necessarie e sufficienti a farne conseguire lo scopo oggettivo, assolvendo alla fondamentale funzione di garanzia loro propria, secondo una regola generale di «libertà delle forme» (art. 121 c.p.c.), purché congruenti al raggiungimento dello scopo perseguito dalla norma processuale, nel quadro della disciplina nel suo complesso e nella loro sequenza procedurale proiettata all'emanazione del provvedimento decisorio sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio.

Anche la disciplina delle nullità (artt. 156 ss. c.p.c.) è coerente con la rigorosa concatenazione degli atti processuali e con l'esigenza che i diversi soggetti che operano nel processo possano contare sull'efficacia degli atti propri e altrui. Disponendo che l'atto produca i suoi effetti, sia pure in via precaria, fino a quando una pronuncia del giudice non ne abbia dichiarato la nullità, l'ordinamento elimina ogni dubbio o equivoco, conferendo certezza e sicurezza non solo alla fisiologica sequenza procedurale, ma anche alla sua patologia. D'altro canto, stabilendo che la nullità, una volta pronunciata, operi *ex tunc* e travolga gli atti che dipendono dall'atto nullo, l'ordinamento non fa che trarre le logiche conseguenze della struttura del processo come sequenza procedurale di atti, onde gli effetti prodotti da un atto entrano a comporre la fattispecie a formazione progressiva, che consente il valido compimento dell'atto successivo fino al provvedimento finale.

L'art. 156 c.p.c., sotto la rubrica «Rilevanza della nullità», si riferisce all'ipotesi della mancanza di requisiti «di forma» o «formali», apparentemente contrapponendoli a quelli «non formali», sì da escludere questi dalla sua disciplina, in quanto non concernenti l'estrinsecazione neppure sotto il profilo del contenuto strutturale dell'atto, bensì requisiti extraformali, concernenti i presupposti processuali e le condizioni dell'azione⁽⁸⁾. Rispetto a questi la posizione di Giovanni Verde (p. 132) è convintamente contraria: il legislatore tipizza le forme essenziali in funzione dello scopo dell'atto, lasciando al giudice un margine di valutazione legato all'idoneità dell'atto a tale scopo; estendere tale disciplina anche ai presupposti processuali e ai requisiti extraformali significherebbe aprire ulteriori spazi di incontrollabile discrezionalità nel campo del processo e nella disciplina delle nullità.

⁽⁸⁾ Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano 1955, 58 ss.; Mandrioli, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus* 1966, 320 ss.; Tarzia, *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano 1967, 19; R. Poli, *L'invalidità degli atti processuali*, in in questa *Rivista* 2015, 353 ss.

Il criterio fondamentale si trova enunciato nel comma 2° dell'art. 156 c.p.c. ed è un evidente corollario del principio della strumentalità delle forme o della congruità delle forme allo scopo, ossia del principio che trova il suo fondamento positivo negli artt. 121 e 131 c.p.c., onde la disciplina delle forme di ciascun atto processuale va posta in relazione con la funzione oggettiva di tale atto nella sequenza procedurale, nel senso che i requisiti formali ai quali la legge attribuisce rilievo determinante sono quelli e solo quelli che sono necessari per il conseguimento della funzione o dello scopo obiettivo dei singoli atti e del processo. In applicazione di tale principio, l'art. 156, comma 2°, c.p.c. dispone che la nullità può essere pronunciata quando, pur non essendo prevista dalla legge, l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento del suo scopo oggettivo.

Accade spesso che la legge, quando prevede i requisiti degli atti, stabilisca espressamente che la loro mancanza dia luogo a nullità, come avviene, ad es., nell'art. 164 c.p.c. per i requisiti di forma-contenuto dell'atto di citazione. Perciò, l'art. 156, comma 1°, c.p.c. considera innanzitutto tali ipotesi, stabilendo che la pronuncia di nullità presuppone di regola che per il requisito mancante la legge abbia espressamente comminato la nullità, avendo il legislatore già compiuto una volta per tutte quella valutazione di indispensabilità del requisito per il raggiungimento dello scopo dell'atto che, negli altri casi, affida invece al giudice, secondo il brocardo «*pas de nullité sans texte*», dovuto alla tradizione francese e risalente all'*Ordonnance civile* del 1667 di Luigi XIV, ripresa nel *Code de procédure civile* del 1806 e di qui passata nei codici italiani preunitari e unitari⁽⁹⁾.

Il che conferma come perno della disciplina dei vizi rilevanti per la pronuncia della nullità sia la regola enunciata dal comma 2° dell'art. 156 c.p.c., la quale risulta anche dal comma 3° dello stesso art. 156, per cui «la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato». Disposizione questa che presuppone che sussista un vizio di nullità dell'atto, anche se appare contraddittorio *prima facie* ipotizzare un atto che, da un lato, sia privo di un requisito indispensabile per il raggiungimento dello scopo e, dall'altro lato, lo abbia effettivamente e concretamente conseguito. Contraddizione che si scioglie sol che si osservi che la valutazione di indispensabilità per il raggiungimento dello scopo è compiuta dalla legge *a priori*, in base all'*id quod plerumque accidit*, laddove la constatazione che lo scopo è stato concretamente raggiunto avviene *a*

(9) V. Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli 2020, 3 ss.

posteriori, caso per caso, tenuto conto di una serie di circostanze imprevedibili *ex ante*, ma che abbiano prodotto egualmente gli effetti perseguiti, nonostante l'inidoneità intrinseca dell'atto.

4. – S'è detto che le forme processuali non sono fini a sé stesse, ma intendono garantire la miglior decisione possibile, sul piano dell'accuratezza non meno che della tempestività e in ossequio alla funzione del processo, che è quella di prestare effettiva tutela alle situazioni giuridiche sostanziali.

Nondimeno e proprio alla luce di tale impostazione funzionalista, si ripete iterativamente nella giurisprudenza di legittimità che le nullità processuali, cioè le sanzioni per l'atto inidoneo al raggiungimento dello scopo suo proprio (art. 156 c.p.c.), non tutelano l'astratta ed estrinseca regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantiscono le parti dai pregiudizi al loro diritto di difesa: talché la parte che denunci la violazione di norme procedurali ha l'onere di indicare in concreto le istanze, le modifiche e le deduzioni che avrebbe presentato, nonché il pregiudizio derivatole dall'*error in procedendo*, *id est* dal vizio nello svolgersi dell'attività processuale.

Così, la censura concernente un tal vizio di attività (art. 360, n. 4, c.p.c.), che implichi violazione dei «principi regolatori del giusto processo» (art. 360-*bis*, n. 2, c.p.c.), deve possedere un carattere decisivo, incidente sul contenuto della sentenza e, dunque, arrecante un effettivo pregiudizio a chi lo denunci («*pas de nullité sans grief*»): il sindacato della Cassazione sui vizi di nullità degli atti processuali derivanti dalla violazione dei principi regolatori del giusto processo *ex art. 360 bis*, n. 2, c.p.c. vale a sottoporre a controllo il corretto esercizio da parte del giudice dei poteri che la legge gli accorda per lo svolgimento dell'attività processuale, a condizione che siano stati lesi i fondamentali valori del processo e la parte abbia subito un pregiudizio concreto, specificamente indicato a pena di inammissibilità del ricorso⁽¹⁰⁾.

Le regole sulle forme degli atti del processo e sulle nullità conseguenti tendono a svaporare: sol quando abbia effettivamente nuociuto a una delle parti in causa, la nullità dell'atto travolge il processo; allorché non venga dedotto o non si ravvisi pregiudizio alcuno, la nullità, pur presente e

⁽¹⁰⁾ Cfr., tra moltissime, Cass. 23 febbraio 2010, n. 4340; Cass. 7 febbraio 2011, n. 3024; Cass. 9 agosto 2017, n. 19759; Cass. 6 marzo 2019, n. 6518. Sul tema v., con ampia disamina storico-sistematica, Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, cit., *passim*, dove si ricostruiscono le origini del principio «*pas de nullité sans grief*» nella dottrina successiva al *code de procédure civile* del 1806.

sancita per legge, rimane «innocua», in quanto non contrastante con i solenni principî del giusto processo.

Si ragiona, insomma e anche nel campo processuale, per valori e principî, non più per fattispecie, mentre la prevedibilità degli esiti lascia il posto all'incalcolabilità del diritto persino nella sequenza dell'*iter* procedurale, che più d'ogni altro dovrebbe godere di una preconstituita e calcolabile certezza⁽¹¹⁾.

Giuseppe Chiovenda considerava grave problema di legislazione processuale stabilire «se le forme debbano essere predeterminate dalla legge o se debba essere lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta per volta, secondo le esigenze del caso concreto», avvertendo che la soluzione favorevole ad ampliare il potere direttivo del giudice rappresenta «un mezzo potente di semplificazione processuale», praticabile «in proporzione della fiducia che, in un dato momento storico, l'ordine giudiziario ispira ai cittadini». Ma non esitava ad aggiungere che nell'interpretazione delle norme processuali, come di tutte le norme giuridiche in genere, fosse sempre preferibile seguire rigorosamente i principî suggeriti dalla logica e dal sistema, che almeno sono costanti e oggettivi rispetto a certe «morbide tendenze equitative» che, con il pretesto di combattere il formalismo e di adattare le forme alla sostanza, «aprono spesso la via – traverso il sentimento soggettivo della giustizia professato dal singolo interprete – alle passioni e all'arbitrio»⁽¹²⁾.

5. – Giovanni Verde, «positivista temperato», per istinto contrario all'esercizio di un potere giudiziario incontrollato e incontrollabile, esclude spazi discrezionali che diano accesso a scelte di valore mediante interpretazioni «conformi», non previste dal nostro c.p.c. nel campo delle nullità processuali (a differenza dell'art. 114 c.p.c. francese), dove la violazione della regola formale posta dal legislatore rileva in sé e per sé sulla validità della sequenza procedurale, salvo che lo scopo dell'atto non sia egualmente raggiunto.

La norma processuale – scrive Verde (p. 133) – non è semplicemente prescrittiva nei confronti delle parti, in quanto finalizzata all'ordinato svolgimento del processo, ma è in primo luogo norma di garanzia, avendo non solo le parti, ma anche il giudice eguale obbligo di partecipare al corretto svolgimento del processo, ancorché la nullità dei provvedimenti

⁽¹¹⁾ Il riferimento d'obbligo è a Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.* 2015, 11 ss.

⁽¹²⁾ Chiovenda, *Principî di diritto processuale civile*, Napoli 1923, 664; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, rist. 1960, 87 ss.; II, Padova 1934, 331. V. anche Cordero, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1961, 704.

del giudice determini un pregiudizio per almeno una delle parti. Il diritto processuale non è «come una sorta di sbrindellato abito di Arlecchino», che copre qualche parte e altre no.

«Il giurista rispettoso della legge e che ha l'umiltà di ritenersi ad essa sottoposto, ritenendo che sia espressione di presunzione la pretesa di «crearla» con manipolazioni di vario genere e con fantasiosi combinati disposti – «*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*», scriveva Cicerone – rileva semplicemente che, nel caso in esame (di sentenza emanata prima della scadenza dei termini per le difese conclusive, n.d.r.), il giudice ha emanato il provvedimento in un momento nel quale non aveva potere di decidere» e, dunque, in carenza di potere.

Aggiunge Verde che Cass., sez. un., n. 36595/2021 cit. ben avrebbe potuto andare al di là del solo annullamento in via rescindente, «ricordando di essere (...) 'anche' giudici», anziché rinchiudersi «nell'aureo recinto di chi non è chiamato a rendere giustizia, ma a dettare le regole», escludendo che «sia loro compito quello di aggiudicare il chiovendiano 'bene della vita'», non senza comunque apprezzare la citata pronuncia, che pare reagire alla degradazione della legge processuale a un mero prontuario per l'uso, sempre più debole quanto più esalta il potere di *publica auctoritas* del giudice.

Chiudono il capitolo VIII del libro alcune sconsolate «Considerazioni sulle tecniche in uso da parte del legislatore processuale in regime di democrazia liberale», sul rilievo di fondo che «tutta la legislazione processuale di quest'ultimo trentennio è stata contrassegnata da un aumento dei casi di inammissibilità e improcedibilità, dall'inasprimento delle discipline in vigore e dalla trasformazione in inammissibilità di ciò che originariamente seguiva la disciplina della nullità (per tutte, si pensi alla disciplina dell'appello)». Il processo sempre più si è allontanato dalla sua funzione, che è quella di produrre sentenze di merito, senza neppure guadagnare in termini di durata. «E quando abbondano le pronunce di inammissibilità o di improcedibilità si favorisce un'evoluzione perversa per la quale il processo celebra sé stesso» (p. 137).

«Se per autoritario intendiamo un processo che lo Stato disegna utilizzando le norme processuali in funzione delle sue capacità organizzative e delle sue esigenze di bilancio senza preoccuparsi che ciò serva a rendere un'effettiva giustizia, preclusioni e decadenze finiscono inevitabilmente con l'essere un indice di autoritarismo», consegnando al giudice un «potere incontrollabile» sotto l'egida costituzionale dell'autonomia e dell'indipendenza.

6. – Il processo civile telematico (PCT in acronimo) non fa che favorire questa incessante involuzione, meccanicistica, burocratica e autoritaria del processo e delle regole che lo governano. La forma telematica non è propriamente «forma» dell'atto nel significato voluto dal c.p.c., né requisito di forma-contenuto dello stesso, bensì «ultra-forma», *corpus recipiens* dematerializzato di documentazione dell'attività processuale svolta, che non incide sullo scopo del processo e dei suoi atti, ma che impone *tout court* di fare ricorso a strumenti tecnologici di decrittazione dei *bit* di cui si compone la riproduzione informatica⁽¹³⁾.

Ben si scorge come la tecnologia digitale e l'intelligenza artificiale (AI, in acronimo anglofono) generativa, unite a economia finanziaria e manipolazioni comunicative, costituiscano l'ultimo approdo e la forma più radicale di *techne*, che prende il sopravvento su ogni altra dimensione del vivere, dominio supremo che, nel suo autentico significato, sfugge a coloro che freneticamente lavorano e operano in tale postmoderno contesto, simile a un enorme alveare.

Il luogo, il sacro recinto (*témenos*), entro cui il processo è celebrato nella stretta osservanza delle forme liturgiche e rituali, si trasforma e scompare del tutto in ubiquo «non luogo», sì che l'applicazione della legge con sentenza resa «in nome del popolo» non avviene più in pubblica udienza, innanzi a rappresentanti del popolo, che assistono e partecipano al dibattimento, alla *Feuerprobe*, al *trial*, traendone una precomprensione intuitiva, quale che sia la natura della prova (ordalica, retorica, epistemologica) e del susseguente giudizio (divino od umano, razionale o per sorte, monocratico o collegiale, con o senza giuria popolare, motivato o immotivato) che grava sul *reus*. Soltanto le parti e i loro difensori, avvocati o *campiones* che siano⁽¹⁴⁾, possono entrare nel *témenos* giudiziario, per svolgervi le funzioni assegnate, separati e distinti dal resto del mondo mercé delimitazione dello spazio, ritualità dei gesti e del linguaggio, solennità delle vesti. Fuori dal sacro recinto, oltre il cerchio magico del tribunale (*Gerichtskreis*), sta il pubblico che assiste coinvolto e simpateticamente partecipa al rito catartico che viene svolgendosi nel *theatrum veritatis et iustitiae*: esso contempla (*theorein*) la verità ricostruita nel processo, assiste al confronto dialettico inteso a far emergere il vero attraverso la *krisis*, trae pacificato sollievo dal giudizio finale, che risana la ferita inferta (*katharsis*).

⁽¹³⁾ Sia consentito rinviare *amplius* a Tedoldi, *Il processo civile telematico tra logos e techne*, in questa *Rivista* 2021, 843 ss., dove ulteriori riferimenti.

⁽¹⁴⁾ Sull'avvocato come «campione» della parte e giocatore professionista v. Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016, *passim*.

Tutto questo appartiene a un passato che il PCT annichila, con l'immanente, dematerializzata ed ectoplasmatica ubiquità della tecnologia digitale che lo connota. L'art. 196-*duodecies*, comma 4°, disp. att. c.p.c. sull'udienza mediante collegamenti audiovisivi di cui all'art. 127-*bis* c.p.c. è prescrittivo segnale di una mutazione antropologica del *locus*, del *modus procedendi* e dello stesso *ius dicere*, l'«*ita ius esto*» onde avevamo preso le mosse: «Il luogo dal quale il giudice si collega è considerato aula d'udienza a tutti gli effetti e l'udienza si considera tenuta nell'ufficio giudiziario davanti al quale è pendente il procedimento».

Altrettanto fa l'ulteriore novella correttiva che va apparecchiandosi, *inter alia*, sul disposto dell'art. 127-*ter* c.p.c., che consente di sostituire finanche la pubblica udienza di discussione *ex art.* 128 c.p.c. con note scritte, salvo che una delle parti non vi si opponga, reagendo *illico et immediate* e insistendo per far udire la sua voce *coram iudice*.

Tutto questo tramonta con il PCT e con la tecnologia digitale, che dematerializza e fa sparire d'un tratto luoghi e vestimenti del processo e, con questi, la simbologia e la ritualità stessa delle forme processuali. Con un diritto e un processo posti al servizio dell'economia finanziaria, lo spazio e il tempo si modificano nelle stesse dinamiche sociali e, inevitabilmente, in quelle giuridiche. Fine della storia, fine del tempo, non luoghi e spazi anonimi, una perenne, immanente e fulminea istantaneità, che la tecnologia digitale invero, *rectius* virtualizza in una modernità liquida, esaltando l'inarrestabile velocità di circolazione, di obsolescenza, di smaltimento e di sostituzione del prodotto. Donde la crisi delle istituzioni, dello Stato e, nel campo processuale, del giudicato e del suo tratto di irrevocabilità e irreversibilità, arma vecchia e spuntata: interessa il «prodotto giudiziario» esecutivo, che possa realizzare il risultato del «fare» e dell'«agire», in un enorme «sentenzificio» qual è oggi il palazzo di giustizia, che tende kafkianamente a somigliare a uno stabilimento ubiquo, i cui addetti stanno dovunque, senza più distinzione tra spazio e tempo simbolici del processo e spazio e tempo liberi. I servizi della giustizia e del diritto sono svolti e vengono ricevuti a domicilio, come pacchetti digitali possibilmente standardizzati e preconfezionati mercé strumenti «predittivi», che modernizzano, secolarizzano e digitalizzano la giustizia in enunciati prescrittivi, come *in antiquo* gli àuguri e gli aruspici si facevano interpreti della volontà divina, osservando il volo degli uccelli o le viscere delle vittime offerte in olocausto.

La lettura del libro di Giovanni Verde tutto questo evoca e suscita. E di questo non possiamo che essergli profondamente grati, pur nel crepuscolo del diritto e del processo, cui reagire con la brezza lieve e i versi leggiadri e un po' *bohémienne* del crepuscolarista Guido Gozzano (*Signo-*

rina Felicità ovvero la felicità), da cui Bruno Cavallone ha tratto il titolo di un'elegante strenna, dedicata alle immagini e alle parole dell'avvocatura⁽¹⁵⁾:

«Avvocato, non parla: che cos'ha?»

*«Oh! Signorina! Penso ai casi miei,
a piccole miserie, alla città...*

Sarebbe dolce restar qui, con Lei!...».

⁽¹⁵⁾ Cavallone, *«Avvocato, non parla: che cos'ha?»*. Una antologia personale, Milano 2018.

GIOVANNI VERDE

Professore emerito dell'Università LUISS Guido Carli

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Giampietro Ferri, Michele Vietti e l'ordinamento giudiziario (con qualche parola introduttiva). – 2. Augusto Chizzini e il potere giudiziale (e sullo sfondo considerazioni su democrazia liberale). – 3. Bruno Sassani e il ruolo attuale della Corte di cassazione. – 4. Segue: di una discutibile recente decisione. – 5. Ilaria Pagni e l'oggetto del processo (con riflessioni sull'attualità del positivismo giuridico). – 6. Alberto Tedoldi tra forma e formalismo. – 7. La passione politica che innerva lo studio asettico della legge (con una esortazione finale).

1. – Farei bene a concludere semplicemente ringraziando, perché qualsiasi parola vada ad aggiungere alle odierne riflessioni sulla mia ultima raccolta di studi, anche solo aggettivandole come dense, acute, interessanti ecc. (quali in effetti mi sono apparse), potrebbe essere intesa come tendenza all'autocelebrazione.

Chi mi conosce sa bene come ne sia lontano e come di continuo mi rimetta in discussione, così che spero di poterlo continuare a fare fino a quando chi può dirà che è finita la mia giornata. Tuttavia, poiché ho inteso lanciare sassi nello stagno (come ha sottolineato Chizzini), mi consentirete di spendere qualche parola sulla maniera in cui è stata intesa la mia provocazione.

Lasciatemi un breve spazio ai sentimenti. I molti anni mi rendono facile alla commozione e, lo confesso, con commozione ho sentito da voi evocare i miei maestri, Virgilio Andrioli e Corrado Vocino, e i compagni di viaggio degli anni giovanili, quelli a me più cari, prematuramente mancati: Giovanni Fabbrini, oggi raggiunto da Giovanna, dolce sposa e compagna, e Augusto Cerino Canova.

Chiudo la parentesi. Ringrazio, innanzitutto, l'Università di Verona, Giampietro Ferri e Alberto Tedoldi per avere voluto organizzare questa riunione, coinvolgendo molti cari e illustri colleghi. Nel periodo buio che attraversiamo, non resisto alla tentazione di chiedermi se un'iniziativa del genere sarebbe possibile fra qualche anno, quando sarà realizzata l'autonomia differenziata «spinta», che è oggi in cantiere. Mi chiedo, infatti, se un'Università del nord sarebbe interessata e discutere di un libro partorito

da chi è meridionale da generazioni. È una domanda che mi pongo con tristezza, perché ciò che mi spaventa dei progetti di autonomia in discussione non è tanto il distacco economico, destinato inevitabilmente ad accentuarsi, ma la disgregazione rispetto al comune sentire, alla comune cultura, alle nostre radici storiche che sarà l'inevitabile prodotto del rinchiudersi di ciascuno nel proprio orticello regionale; disgregazione tanto più grave in un Paese che di suo è assai poco coeso.

Non posso proseguire senza ringraziare tutti gli intervenuti, che hanno colto l'essenza delle mie riflessioni. Non è un caso che Giampietro Ferri e Michele Vietti si siano soffermati, forti della loro formazione culturale e della loro esperienza, su di un problema a mio avviso fondamentale, che è quello di una legge sull'ordinamento giudiziario e sulla responsabilità dei magistrati, che attui la Costituzione tenendo conto di come il disegno dei Costituenti si sia andato evolvendo nei sessanta e più anni successivi all'entrata in vigore della Carta, perché è inevitabile che anche la Costituzione viva di vita propria, così come avviene per qualsiasi testo di legge.

L'una e le altre sono «significanti» ai quali occorre necessariamente dare «significato» con un'operazione che non può non prendere in considerazione quel «bestione» errante che è l'umanità nel suo cammino verso il futuro (di cui ci parlava il – a me sempre più caro – Giambattista Vico). Chi ha il senso della storia, che è cosa ben diversa dal coltivare un'aneddotica fine a sé stessa anche se capace di lusingare pruriginose curiosità – e Ferri e Vietti lo hanno – comprende che l'evoluzione in atto ha messo in crisi la tripartizione dei poteri, che è a base del disegno costituzionale. Entrambi, tuttavia, avvertono il pericolo di reazioni scomposte che portano ad immaginare interventi sulla nostra Carta (a partire dalla composizione del C.S.M. per finire ai test attitudinali sui magistrati) assai pericolosi, se non addirittura nocivi. Ed entrambi hanno illustrato come si potrebbe agire nel pieno rispetto della Costituzione per riassetare lo squilibrio attuale.

2. – Tutti gli interventori hanno colto l'interrogativo che è stato a base delle mie riflessioni. Quale è oggi il ruolo della c.d. scienza del processo?

Chizzini ha bene posto in evidenza che questa domanda ha una premessa ideologica. È la premessa di chi crede nella democrazia e pensa che la sola possibile sia quella liberale. Non a caso ha sottolineato, sul piano della comune passione per la filosofia, il mio amore per Vico (a chiusura del convegno l'ho invitato a leggere anche Giordano Bruno, che – come mi ha confessato – avendo studiato dalle Orsoline, non ha avuto modo di conoscere) e, sul piano dei nostri studi di settore, il tributo che devo a Corrado Vocino (uno studioso la cui attualità, come nota Sassani, si va

disvelando) e, in particolare, al suo studio sulla c.d. (sottolineo il «cosiddetta») attuazione della legge nel processo; un saggio dissacrante per chi vuole credere che il compito dei giudici sia quello di realizzare la giustizia, oggi non solo formale, ma addirittura sostanziale. Sullo sfondo c'è il tema del potere giudiziale, come ha rilevato Augusto, e la maniera secondo cui era avvertito dai nostri Padri. Al cui pensiero ho attinto con rispetto, direi con devozione, curando però di non elevarlo a mito. Essi pensavano e scrivevano quando, non essendoci Carte sovraordinate e non essendoci neppure molta democrazia, la legge era un valore indiscusso. Gli studiosi della mia generazione – la *nouvelle vague* di cui parla Chizzini – ciascuno a suo modo, hanno sentito la necessità di mettere alla prova lo splendido edificio sistematico che era stato loro consegnato. Per quanto mi riguarda, se fossi vissuto in quegli anni, ritengo che avrei esaltato la legge come baluardo contro l'invadenza opprimente del potere esecutivo; oggi, in regime di democrazia e nella speranza che riusciamo a preservarla – come hanno ben compreso Augusto e gli altri intervenuti di cui mi occuperò in seguito – la legge ai miei occhi acquista il valore di un limite alla non comprimibile discrezionalità giudiziale. Alla cattedrale, costruita sulle fondamenta di certezze che giustificavano un dommatismo condiviso, consacrato nel «sistema», abbiamo sostituito un mondo assai più complesso, nel quale prevale la consapevolezza che le soluzioni migliori vanno continuamente ricercate. Tra l'altro non in tutti i casi l'edificio costruito era splendido. Chizzini, esplorando con attenzione il mio pensiero, dà qualche rilievo ai miei studi sul processo esecutivo, con i quali misi in chiaro, soprattutto col libriccino sui problemi probatori nel processo di esecuzione forzata, che ci era stato consegnato un edificio in embrione e mal costruito, perché fondato sulla distinzione concettuale tra giudicare ed eseguire, che non esiste nella natura delle cose (e ho la presunzione di avere così indirizzato i successivi studi su tale processo).

3. – Messe in chiaro le radici culturali sottostanti o retrostanti alla mia provocazione, di quelle che sinteticamente definisce «usura della scienza processuale» minata da «teoriche sovrabbondanti», Sassani si è posto il problema dei rapporti tra dottrina e giurisprudenza. Ha richiamato due decisioni, che, se ancora avessi la responsabilità di un insegnamento, prenderei come esempio di come non si devono scrivere le sentenze; e ciò nella speranza di riuscire a trasmettere qualche utile consiglio ai futuri operatori del diritto.

Con la prima decisione – quella delle Sezioni Unite n. 5792 del 5 marzo 20242 – i nostri giudici supremi si interrogano sul loro ruolo. Io, che per più di un decennio sono stato giudice, ho raccontato, nel libro che

si presenta, che, vinto il concorso, andai da Virgilio Andrioli perché, avendolo eletto a mio (quasi) secondo padre, mi piaceva di farglielo sapere. E Lui, nel complimentarsi, mi disse che apprezzava il mio coraggio, perché non avrebbe mai saputo prendere su di sé la responsabilità di giudicare gli altri e di decidere in qualche modo del loro destino. Per ragioni alimentari (essendo povero in canna) non potetti rinunciare all'esercizio della impegnativa funzione (e, quindi, mi lasciai scivolare addosso il suo avvertimento), ma, ricordando l'insegnamento del Maestro, non ho mai dormito sonni tranquilli e ho sempre esercitato, nel praticare la giurisdizione, la virtù dell'umiltà e del dubbio (e, se non avessi cambiato mestiere, non so per quanto tempo ancora avrei retto senza sfidare l'esaurimento).

Ebbene, anche in Cassazione, ci sono giudici che esercitano la funzione oppressi dalla stessa ansia, perché ritengono che le loro decisioni incidono inevitabilmente sulla vita delle persone. Si sono chiesti e hanno chiesto – questi giudici – al loro maggiore consesso se l'attuale sistemazione data al ricorso per cassazione – che ha soppresso il controllo sulla motivazione – lasci spazi per recuperare i brandelli di vita che si possono intravedere negli interstizi delle decisioni di merito.

Il nocciolo della bizantina distinzione tra travisamento del fatto e travisamento della prova – che gli studiosi di logica troverebbero insensato, nel momento in cui si realizza che il «fatto» deve essere comunque «rappresentato» nel processo, così che si traduce in proposizioni che il giudice potrà qualificare come «vere», meglio «credibili», mettendole a confronto con altre proposizioni che hanno la funzione di coonestarle, così che la questione riguarda la possibilità di distinguere con un taglio netto la «percezione» dalla «valutazione», essendovi tra le due l'inevitabile connessione e continuità che è propria delle cose umane – sta tutto nello stabilire se oggi, essendo proibito alla Corte di cassazione di controllare l'*iter* logico in base al quale il giudice di merito ha stabilito che dal confronto tra le proposizioni affermative e quelle confermative è possibile pervenire a un giudizio di «verosimiglianza» o di «credibilità», ci possa essere qualche viottolo collaterale che consenta un sia pure ridotto controllo sull'operato del giudice di merito, per evitare che si consacri e renda definitiva una sorta di eccesso di potere giudiziale (quale si realizzerebbe se il fatto fosse stato malamente «ricostruito» in modo irrimediabile).

I giudici che hanno sottoposto il quesito alle Sezioni Unite hanno dato ascolto ai «cupi millenaristi» immemori delle lezioni dei loro Maestri, che i nostri supremi giudici riesumano esaltandone pregi e virtù con un discorso dalle cadenze dottrinarie, purtroppo sempre meno inconsuete, quale dovrebbe essere rigorosamente bandito. Nelle quarantaquattro pagine della

chilometrica decisione i giudici delle Sezioni Unite, dialogando infatti con sé stessi e riesumando antiche dispute dottrinarie, dichiarano che il loro ruolo non è quello di attribuire il bene della vita (come voleva Chiovenda, dal cui insegnamento le Sezioni Unite sembrano prendere le distanze); nel caso in esame non hanno da occuparsi di Schifano, del suo quadro e degli eredi e di confessioni circa l'appartenenza del bene; le loro decisioni sono tutte «ipotetiche», in quanto essi – «valutanti» e non «percipienti» – devono soltanto dettare una regola in occasione di un dato «precostruito» o «prefissato», che nulla ha a che vedere con la vita reale. Certo «il mondo non si è dissolto in cenere» e «la notizia della morte del giudizio di cassazione si è rivelata fortemente esagerata» (come si legge nel punto 10.7), ma è da chiedersi se il mondo che è venuto fuori sia migliore.

E soprattutto resta l'interrogativo se questo fosse il compito che i Costituenti affidarono alla Corte di cassazione, che legge l'ottavo comma dell'art. 111 Cost. in funzione dell'art. 65 ord. giud. (una norma dettata dal regime fascista e di chiara impronta autoritaria) e non viceversa, così stranamente differenziando – benché siano regolate in uno stesso comma e, quindi, in un contesto unitario – le funzioni della Corte di cassazione secondo che giudichi dei provvedimenti sulle persone, rispetto ai quali non può non giudicare i fatti, o delle sentenze, nei cui confronti svolge una mera funzione regolatrice. Ma se ciò è quanto ha voluto il legislatore per (miserevoli) ragioni di contenimento del contenzioso e dei tempi, è da chiedersi se i millenaristi (e i giudici che li hanno seguiti) debbano rassegnarsi e non osare di proporre interventi che in qualche modo ci allontanino da quella che Vico chiamava «barbarie della riflessione».

Non resisto, e chiedo scusa, alla tentazione di un riferimento personale. Oramai leggo le sentenze dei nostri giudici supremi soltanto per necessità o quando mi sono segnalate. La sentenza n. 5792/2024 mi era già stata segnalata da Ferruccio Auletta, che mi ha chiesto se capissi ciò che era scritto al punto 10.16 in risposta (da parte delle Corti dialogante con la dottrina) a una nostra comune riflessione, avendo noi, qualche tempo fa, osservato che sembra contraddittorio impedire al nostro ultimo giudice di controllare se ci sia stato il travisamento del fatto o delle prove (una endiadi che ritroviamo anche nell'art. 2, l. n. 88 del 1988), che potrebbe essere a base di un danno ingiusto e risarcibile (e, quindi, foriero di responsabilità per cattivo esercizio delle funzioni giudiziarie). Le Sezioni Unite ritengono che ciò riguardi soltanto il processo penale con un'argomentazione – se ne ho compreso il senso – che non può che essere tautologica.

In conclusione questa sentenza, in un corso universitario, si potrebbe prestare non solo per criticare l'abuso del linguaggio, ma per segnalare

come oramai la Corte di cassazione si sia arrogata il compito di supremo regolatore del diritto (che è funzione ben diversa da quella di c.d. attuazione della legge nel caso concreto, secondo l'idea chiovendiana, o di mera risoluzione delle controversie, secondo le disincantate riflessioni di Voci-no). E se ne potrebbe discutere per valutarne le conseguenze sulla tenuta delle nostre istituzioni democratiche.

4. – Sassani ha ricordato anche un'altra sentenza – Sezioni Unite n. 32599 del 24 nov. 2023 – che riguarda i limiti del potere della Corte di cassazione a confronto con quello del Consiglio di Stato. Anche questa sarebbe una sentenza di porre a base di un corso universitario, per illustrare ai giovani che si apprestano a laurearsi in giurisprudenza sul modo secondo cui non devono essere scritte.

È, per valutarla, necessaria una premessa. Il riparto delle giurisdizioni immaginato dai Costituenti è stato, per paradosso, largamente eroso dalla Corte costituzionale, quando nel 2004 ha dettato decisioni che, allo scopo di favorire l'effettività della tutela giurisdizionale, hanno reso normale la giurisdizione esclusiva, che i Costituenti avevano immaginato eccezionale.

Poiché – oltre i nomi, ossia dietro i «diritti soggettivi» e gli «interessi legittimi», c'è la tutela che l'ordinamento riconosce ai soggetti – è innegabile che la tutela accordata ai (con) diritti soggettivi è quella che sfocia in un giudicato forte e, in sede attuativa, in provvedimenti suscettibili di esecuzione forzata, là dove la tutela accordata ai (con) gli interessi legittimi è quella che sfocia in un giudicato debole e, in sede attuativa, nel giudizio di ottemperanza (di ciò convinto, più di quaranta anni fa suggerii a Bruno Sassani di studiare per l'appunto l'ottemperanza, certo che un processual-civilista avrebbe saputo cogliere ciò che era dietro le infinite teorie sull'interesse legittimo). I Costituenti ritennero che per le situazioni tutelate come interessi legittimi, nelle quali c'è da confrontarsi con un permanente potere dell'Amministrazione, non fosse appropriata la garanzia del ricorso per cassazione e considerarono giustificata la minore tutela nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, sul presupposto che fossimo di fronte a situazioni aggrovigliate al punto tale da rendere impossibile il districarsi tra ciò che è da ottemperare e ciò che è da eseguire.

Dopo i ricordati interventi della Consulta questi presupposti sono venuti meno, così che è venuta meno la stessa possibilità di distinguere la giurisdizione di legittimità da quella esclusiva del giudice amministrativo.

Ciò ha determinato uno scompensamento e reso evidente il «deficit» di tutela in tutte le situazioni in cui il provvedimento del giudice amministrativo dà luogo a un giudicato forte e sfocia in un giudizio di esecuzione.

I giudici della cassazione – ovviamente non quelli che pensano di dovere soltanto dettare le «regole», non essendo loro compito quello di fare «giustizia», perché per costoro si tratterebbe soltanto di un problema di potere e di esercizio del potere – lo hanno avvertito. Hanno segnalato l'esigenza alla Corte costituzionale, che ha loro risposto negativamente e a muso duro, senza rendersi conto che ciò che valeva per il passato era diventato inattuale proprio a causa dei suoi interventi.

Il giudice europeo se ne è lavato le mani, come ricorda Sassani. Di ciò consapevole, ingenuamente credendo che la Corte di cassazione abbia ancora una funzione di giustizia, sono del tutto favorevole ai suoi tentativi di ammettere un controllo sui provvedimenti del giudice amministrativo, equiparando al difetto di giurisdizione il diniego di giustizia. Ma sono ben lontano dal pensare che questo sia il caso deciso dalla sentenza richiamata da Sassani, come lui sembra ritenere. Anche qui ci tocca di leggere uno sproloquante discorso dottrinario che si risolve in una tautologia. Non è, infatti, col dichiarare che le associazioni di categoria sono portatrici di un interesse legittimo collettivo che si può arrivare alla conclusione che la loro estromissione dal processo dinanzi al giudice amministrativo le legittimi a ricorrere in cassazione per chiedere che dal «diniego di giustizia» subito si possa trarre giustificazione per ottenere l'annullamento dell'intera decisione. Avrebbero dovuto i giudici della Corte stabilire quale sia il «bene della vita» delle associazioni di categoria cui l'ordinamento dà tutela.

Se l'ordinamento non riconosce loro il potere di impugnare l'atto pregiudizievole degli interessi del suo associato, così sostituendosi a lui per effetto di una forma di c.d. legittimazione straordinaria, esse hanno nel processo dinanzi al giudice amministrativo lo stesso ruolo che nel processo ordinario ha chi interviene soltanto adesivamente e, quindi, non può essere loro riconosciuta una tutela diversa e maggiore.

5. – Queste sentenze sono esemplari perché illustrano con chiarezza la tendenza, segnalata da tutti gli odierni interventori, a dare vita a una sorta di eccesso di potere giurisdizionale (sul quale avremmo bisogno di un nuovo Alessandro Raselli disposto a investigare). Ilaria Pagni, che condivide le mie preoccupazioni, è d'accordo con me quando sottolinea come sarebbe pericoloso qualsiasi intervento del legislatore che metta qualche forma di bavaglio ai giudici e che l'unica strada percorribile è quella di raccomandare loro l'uso della prudenza e della moderazione. E chi ha la responsabilità della formazione dei giovani dovrebbe preoccuparsi di trasmettere questi valori, essenziali se si vuole tenere in vita la democrazia. Tra questi valori metterei anche il positivismo giuridico, oggi messo in un canto, e l'apprezzamento per le norme formulate in funzione di una fatti-

specie di riferimento, che sono un presidio contro il soggettivismo dei valori e contro la dilatazione della incontrollabile discrezionalità del giudice. Di qui – noto *per incidens* – la mia scarsa simpatia per le disposizioni generali di tutti i codici, non solo di quello di rito.

Con Ilaria persiste dissenso sull'oggetto del processo e sui limiti del giudicato nelle controversie nate da contratti. Ma, io, da liberale *démocrate* sono perfino contrario alla disciplina delle nullità contenuta nel codice civile, perché mi ostino a considerare autoritaria l'imposizione di una nullità rilevabile di ufficio quando non è in gioco il c.d. ordine pubblico (esemplifico: perché dare al giudice il potere di rilevare un difetto di forma che le parti non hanno eccepito?), per cui, condizionato da questa opzione ideologica, sono a maggior ragione contrario a coonestare che il giudice possa estendere a sua discrezione i limiti oggettivi del giudicato. In disparte questi marginali dissensi, mi sembra di capire che anche lei ritiene che l'ultima riforma del processo – che fa, per me nociva, applicazione del principio di eventualità e che inserisce due modelli alternativi di processo di cui si poteva fare a meno con un'accorta modificazione dell'art. 187, comma 1°, c.p.c. – non risolve i problemi da cui il nostro processo è afflitto.

Non parlo, poi, dell'oralità (un'utopia da rispettare perché di utopie è intessuto il progresso dell'umanità), essendo un discorso condizionato dagli strumenti che le moderne tecnologie mettono a nostra disposizione e sulle quali ho conoscenze troppo modeste e approssimative. Rinvio alle preoccupate riflessioni di Tedoldi, che paventa l'evoluzione dell'*homo sapiens* in *homo consumans videns et digitalis*, ripiegato unicamente sul proprio io e sui propri capricciosi bisogni; e in base a queste riflessioni, trovo uno spunto per chiedermi, nuovamente e dinanzi alle riforme, quale sia il ruolo dello studioso del processo.

Deve limitarsi a prendere atto di ciò che è stato fatto e prestare la sua opera per tentare di «raddrizzare le gambe storte dei cani»? Ilaria mi è sembra rassegnata e mi ha fatto tornare alla mente il prodigioso quadro di Bruegel, conservato a Capodimonte, dei ciechi sull'orlo del precipizio, destinati a cadere per seguire la guida che non vede.

Nonostante i miei anni, non mi rassegno «a non vedere» e se abbiamo un legislatore incapace – quale continua ad essere il nostro, se leggiamo le pagine infuocate di Vocino dettate in relazione ad analoghe esperienze del passato – penso che sia nostro dovere la denuncia a futura memoria.

Certo, per dirla con la Corte di cassazione, il mondo andrà avanti con le attuali e sempre prossime riforme, da riversare nel cantiere sempre aperto quale è il nostro processo (per cui starle a studiare si risolve spesso in un'inutile perdita di tempo e serve quasi soltanto ad alimentare l'edi-

toria giuridica), e ciò anche a scorno dei *millennials*; ma è da stabilire se sarà un mondo migliore.

6. – A proposito di rapporti col legislatore, non sarebbe male se nelle Università si cominciasse a dedicare qualche attenzione sull'importanza delle parole. Apro una parentesi. Tutti hanno ricordato che mi definisco un positivista temperato. Forse sarebbe meglio se mi definissi un positivista nostalgico. Vero è che, cercando di coltivare il senso della storia, so bene che tra legge e diritto c'è una continua e costante tensione, per la quale la legge mai costituisce un punto di arrivo. Giorni fa ho avuto un interessante colloquio con una giovane laureata cinese venuta in Italia a studiare arte.

Mi diceva che in Cina la professione dell'avvocato sta scomparendo, perché gli avvocati hanno poco o nulla da fare. Mi è venuto da pensare che è ben triste la sorte di Paesi che non hanno bisogno di avvocati (e non parlo soltanto dei regimi autoritari, ma anche di un mondo dominato dalla finanza, di cui sono araldi gli autori dello studio base per il *Doing Business*), perché in questi paesi è morta o rischia di morire l'ansia per il diritto e con essa la dignità della persona umana. Aggiungo che, vivendo nella cornice dorata delle democrazie occidentali, ci preoccupiamo dell'umanità del processo, che finisce con l'essere un lusso qualora si tenga presente che ci sono vaste aree in cui semplicemente non c'è processo.

La parentesi mi è servita per chiarire che del positivismo colgo e coltivo il valore (direbbe Tedoldi che dò importanza alla «forma»), in quanto penso che le leggi contengano «significanti» che servono a delimitare l'insopprimibile «potere» che è in ciascuno di noi e che, pertanto, servano a delimitare anche e soprattutto il «potere» del giudice e di chi è investito di funzioni pubbliche (così che questo è per me – come è stato qui sottolineato – il significato principale della «soggezione alla legge» di cui si legge nell'art. 101, comma 1°, Cost. o della «imparzialità» di cui si legge nell'art. 97, comma 2°, Cost.).

Anche il giudice deve muoversi nel recinto dei «significanti» fissati dai testi di legge, per cui una buona tecnica legislativa è quella che fa un uso parco degli aggettivi e degli avverbi, perché questi ultimi sono riassuntivi di valutazioni che ampliano a dismisura l'inevitabile soggettività dell'operazione interpretativa. Gli aggettivi e gli avverbi dovrebbero essere del tutto banditi nelle disposizioni che riguardano il processo, perché le leggi processuali contengono prescrizioni sul *modus operandi* che devono essere semplici, direi elementari; dovrebbero, cioè, essere descrittive di comportamenti valutabili soltanto in termini di conformità il più possibile oggettiva.

Il legislatore della riforma ne abusa, spesso imponendo – cito a mo' di esempio – che gli atti siano redatti in modo chiaro, sintetico e specifico o che debbano essere rispettosi dei principi regolatori del «giusto» processo. Tedoldi, discorrendo del mio libro, ha incentrato il suo intervento partendo dagli scritti di Chiovenda e di Satta sull'importanza della forma, senza la quale non esiste il processo, da tenere ben distinta dal formalismo, fine a sé stesso, che ne è la negazione. Condivide che la funzione della norma processuale sia quella di imporre forme idonee a governare e a frenare anzitutto l'*arbitrium iudicis*.

Ci dice che il formalismo può attecchire tra chi fa le leggi, chi le applica e anche nella dottrina e che l'attuale legislatore vi è particolarmente esposto perché è afflitto dall'esigenza di ridurre, costi quel che costi, la durata dei processi e perché la scarsa conoscenza degli strumenti telematici, affidati a giuristi senza il necessario raccordo con i tecnici, sta portando a disposizioni confuse e alluvionali. Credo che anche lui sia convinto che è tempo che questi problemi non siano affidati alle mani di volenterosi e spesso pretenziosi dilettanti e che bisogna porre un freno alla «barbarie della riflessione».

7. – Una considerazione finale. Ferri e Tedoldi meritoriamente hanno interessato Radio radicale, che ha trasmesso la discussione. È bene, a mio avviso, che i nostri discorsi in tema di giustizia escano dal chiuso e ristretto recinto dei convegni.

Ciò ci ha consentito di rivolgerci direttamente agli ipotetici ascoltatori radiofonici e di illustrare che oggi sul giudice sono stati riversati compiti, tra i quali la risoluzione delle controversie con sentenze che possono essere anche portate dinanzi la Corte di cassazione costituisce soltanto un parte; che occuparsi delle persone e delle loro vicende o delle imprese e delle loro difficoltà richiede attitudini che non si esauriscono nella conoscenza del diritto, perché non si tratta tanto di «giudicare» vicende del passato quanto di «regolare» il futuro, prevedendo più che conoscendo. E mi hanno consentito di illustrare, e così mi riallaccio agli interventi di Ferri e di Vietti, che cosa si nasconde dietro le parole «processo accusatorio» e «processo inquisitorio» e dietro le parole «pubblico ministero» e *prosecutor*.

Nei sistemi ispirati al modello «accusatorio», mai realizzato in modo pieno, essendo sempre una realizzazione tendenziale, la magistratura – ho detto – ha una funzione puramente repressiva, «punitiva» dell'autore del crimine (e i processi sono per lo più unipersonali) e il *prosecutor* ha soltanto il compito di rappresentare al giudice l'istanza punitiva, perché l'imparzialità del verdetto impone che chi giudica sia diverso da chi agisce.

Nel nostro sistema alla magistratura sono conferiti poteri più ampi – di sicurezza sociale; di contrasto alla criminalità, soprattutto a quella organizzata; di lotta alla corruzione – così che i compiti affidati al pubblico ministero sono diversi e maggiori. La cartina di tornasole è data dalla struttura del nostro processo penale, nel quale è ammessa la partecipazione delle parti civili.

Il cittadino sarebbe disposto a rinunciare alla possibilità di partecipare al processo come vittima del reato, a soddisfare la sua ansia di giustizia, che talora è desiderio di vendetta, confidando in un operatore pubblico, che già oggi lascia prescrivere i reati a centinaia di migliaia? Il cittadino dovrebbe, insomma, essere informato – come ho cercato di fare – su ciò che modificare l'attuale assetto della magistratura, estromettendo dal suo corpo i pubblici ministeri, per trasformarli in *prosecutors*, comporterebbe una organizzazione che non tiene conto del nostro modo di concepire la funzione del processo penale.

Non so se le nostre parole siano state ascoltate e comprese; e da quanti. Sono, però, convinto che il compito degli studiosi del processo sia, oggi, quello di uscire dalle chiuse aule universitarie e di partecipare in maniera diretta al formarsi della pubblica opinione, in quanto i temi della giustizia costituiscono le fondamenta della democrazia. La «cattedra» ha fatto il suo tempo e il nostro fare «dottrina» deve misurarsi con un mondo che cambia, che, per di più, non può essere limitato nel chiuso recinto della Nazione e dei suoi interessi, che deve fare i conti con un diritto sovranazionale, regolatore a pieno titolo anche nei nostri confini.

È questa, alla fine, l'esigenza per la quale mi sono speso – Chizzini e Ferri mi attribuiscono passione politica in senso ampio – e se trovassi chi è disposto a raccogliere il testimone, potrei ritenere di non avere trascorso invano la mia giornata. Gli interventi di oggi mi inducono a sperare.

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

GIAMPAOLO FABBRIZZI

Magistrato

ANATOMIA DEI LIMITI DIMENSIONALI DEGLI ATTI PROCESSUALI NEL D.M. 7 AGOSTO 2023, N. 110

SOMMARIO: 1. Introduzione e scopo dell'indagine. – 2. Sinteticità e chiarezza: polisemia o endiadi? – 3. L'equivoco di fondo dei limiti dimensionali. – 4. *Segue*: su alcuni problemi specifici dei limiti dimensionali – 5. La violazione dei limiti dimensionali. – 6. Conclusioni.

1. – Con i commi 5° e 6° dell'art. 46 disp. att. c.p.c. – aggiunti dall'art. 4, comma 3°, lett. b, n. 3, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 – nell'attuare il principio di sinteticità e chiarezza imposto a tutti gli atti processuali (art. 121, comma 1°, c.p.c.), il legislatore ha fissato, per gli atti delle parti private, due regole: (i) con decreto del Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, vengono definiti gli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, nonché i limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti e, per contraltare, senza tener conto dell'intestazione e delle altre indicazioni formali dell'atto, fra le quali si intendono compresi un indice e una breve sintesi del contenuto dell'atto stesso (ii) il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sulle nuove disposizioni, senza pretesa di esaustività, cfr. E. Dalmotto, *Il processo ordinario di primo grado*, in Aa.Vv., *Lezioni sul nuovo processo civile*, a cura di E. Dalmotto, Bologna 2023, 64 s.; G. Cicalese, *Chiarezza e sinteticità negli atti processuali di parte prima e dopo la Riforma Cartabia*, in www.giustiziacivile.com 21 luglio 2023; F. De Giorgis, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in www.judicium.it 16 giugno 2023; G.G. Poli, *La riforma del processo digitale: notificazione e depositi*, in *Il Foro italiano – Gli Speciali – 4/2022, La Riforma del Processo*

Le previsioni anzidette si inseriscono nella cornice di corrispondenti direttive della legge delega ⁽²⁾.

Con d.m. 7 agosto 2023, n. 110, il Ministro della Giustizia ha adottato il «Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 11 agosto 2023, n. 187, in vigore, a norma dell'art. 12 dello stesso decreto, per i procedimenti instaurati dopo il 1° settembre 2023.

Con precipuo riguardo a quanto è di specifico interesse, il regolamento stabilisce i limiti dimensionali degli atti del processo civile per le cause di valore inferiore a euro 500.000 ⁽³⁾.

civile, a cura di D. Dalfino, Piacenza 2023, 39 ss.; F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2023, 27 s.; A. Carratta, *Le riforme del processo civile (D.Lgs. 10 ottobre 2022, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206)*, Torino 2023, 20 ss.; D. Buoncristiani, *Processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in Aa.Vv., *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna 2023, 35 ss.; A. Bonafine, *Processo telematico*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. Tiscini, Pisa 2023, 182 ss.

⁽²⁾ L'art. 1, comma 17°, lett. d, e, l. 26 novembre 2021, n. 206, al fine di «rendere i procedimenti civili più celeri ed efficienti», prevede (i) «che i provvedimenti del giudice e gli atti del processo per i quali la legge non richiede forme determinate possano essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo, nel rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità, stabilendo che sia assicurata la strutturazione di campi necessari all'inserimento delle informazioni nei registri del processo, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense»; (ii) «il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese».

⁽³⁾ Per i primi commenti al regolamento, v. D. Cerri, *Dramma inconsistente (il D.M. 110/2023)*, in *www.judicium.it* 29 agosto 2023; A. Ciriello, *Commento a prima lettura del regolamento (D.M. n. 110/2023) sui criteri di redazione, limiti e schemi informatici degli atti giudiziari nel processo civile*, in *www.giustiziacivile.com* 13 settembre 2023; A. Natalini, *Il DM Giustizia sugli atti giudiziari*, in *Guida dir.* 2023, 34, 17 ss.; M. Niro, *Note minime sul decreto del Ministro della Giustizia n. 110 del 7 agosto 2023 e sull'attuazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti del processo civile*, in *www.ilcaso.it* 25 ottobre 2023; I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in *www.judicium.it* 4 ottobre 2023; L. Della Pietra, *Focus sul d.m. 7 agosto 2023, n. 110*, in *Dir. proc. civ. it. comp.* 2023, 830 ss.; A. Scarpati, *Principio di sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel regolamento ministeriale di attuazione dell'art. 121 c.p.c. e dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in *www.ildirittovivente.it* 13 luglio 2023.

L'oggetto della presente indagine è infatti intenzionalmente ristretto al tema dell'ampiezza degli atti delle parti private e del pubblico ministero (4).

L'obiettivo avuto di mira è verificare se quello che è stato concepito come un meccanismo idoneo ad attuare i canoni di sinteticità e chiarezza sia davvero rispondente allo scopo. Non si mancherà inoltre di evidenziare, nella medesima prospettiva, alcune criticità applicative riguardanti specifiche disposizioni, per poi concludere con l'analisi delle sanzioni conseguenti all'inosservanza dei limiti dimensionali.

Prima di affrontare questi problemi, occorre tuttavia riflettere intorno alle idee di chiarezza e sinteticità dell'atto processuale.

2. – Il problema del contenimento delle difese degli avvocati vanta una storia millenaria.

Come nell'antichità, così pure appena qualche secolo addietro, si era soliti misurare attraverso una clessidra il tempo accordato alle arringhe dei difensori (5).

Più d'appresso ai giorni nostri – nei quali il processo civile, complice l'evoluzione tecnologica e digitale, è dominato dalla scrittura – la dottrina discute invece di sinteticità e chiarezza degli atti processuali (6).

(4) Invero, il pubblico ministero è menzionato espressamente soltanto nella rubrica dell'art. 2 del regolamento, che riguarda i criteri di redazione. Tuttavia, poiché questi ultimi sono dichiaratamente strumentali ad assicurare la chiarezza e la sinteticità, sembrerebbe paradossale sottoporre gli atti del pubblico ministero ai criteri di redazione per poi dispensarli dal rispetto dei limiti dimensionali di cui al successivo art. 3, limiti che incarnano un paradigmatico modo di essere del principio di sinteticità, come avremo modo di vedere di qui ad un momento. A meno di non voler tollerare una macroscopica disparità di trattamento – tenuto conto che il pubblico ministero nel processo civile, sia esso promotore dell'azione, sia che si limiti all'intervento in causa, acquista pur sempre la qualità di parte, sia pur in senso soltanto formale – una soluzione improntata a ragionevolezza ci sembra quella che estende l'applicazione dei limiti dimensionali anche agli atti del pubblico ministero. Resta il fatto che l'efficacia deterrente dell'art. 46, comma 5°, disp. att. c.p.c. (sul quale v. *amplius* par. 5), nei confronti del pubblico ministero, è parzialmente affievolita dall'impossibilità, in caso di soccombenza, di teorizzarne la condanna al pagamento delle spese di lite (*ex multis*, Cass. 19 novembre 2021, n. 35513, in *Foro it.* Rep. 2021, voce *Patrocinio a spese dello Stato*, n. 27).

(5) Cfr. B. Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016, 77 ss., il quale ricorda che una considerevole quantità di fonti – da Demostene a Platone, fino a Cicerone e Quintiliano – documenta come agli oratori forensi prima greci, poi romani, fosse assegnato un tempo per le loro arringhe, che veniva misurato attraverso una clessidra ad acqua. Con la sola variante della clessidra a sabbia, ripercorrendo le pagine del *Viaggio in Italia* di Goethe, l'Autore ne descrive un analogo impiego nel processo civile veneziano di fine '700.

(6) Sul dibattito aperto nella dottrina processualciviltistica in epoca largamente antece-

Nei precedenti tentativi di codificazione, la prima aveva finito per sovrastare la seconda.

Ed infatti, la proposta di modifica dell'art. 121 c.p.c., approntata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Vaccarella, con l'aggiunta di un secondo comma, intendeva sancire il principio secondo il quale «il giudice e le parti redigono gli atti processuali in maniera sintetica»⁽⁷⁾.

D'altro canto, nel constatato vuoto normativo, la Corte di Cassazione, talora applicando in combinato disposto gli artt. 366, comma 1°, n. 3 e 4, c.p.c. e l'art. 3, comma 2°, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo)⁽⁸⁾, ponendo invece l'accento sulla chiarezza espositiva, non aveva esitato a dichiarare inammissibili quei ricorsi di cui era stata pregiudicata l'intelligibilità delle questioni agitate a motivo dell'anomala

dente la modifica dell'art. 121 c.p.c., cfr., tra gli altri, G. Finocchiaro, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in questa *Rivista* 2013, 853 ss.; B. Capponi, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 1075 ss.; C. Comandatore, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. it.* 2015, 853 ss.; A. Storto, *Il principio di sinteticità degli atti processuali civili*, in *Giusto proc. civ.* 2015, 1191 ss.; I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.* 2016, 2782 ss.; P. Biavati, *Il linguaggio degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, 467 ss.; M. Guernelli, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, *ibid.*, 485 ss.; M. Taruffo, *Note sintetiche sulla sinteticità*, *ibid.*, 453 ss.; G. Scarselli, *Sulla sinteticità degli atti nel processo civile*, in *Foro it.* 2017, V, 323 ss.; G. Canale, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 1025 ss.; A. Panzarola, *Sul (presunto) principio di sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, in *Giusto proc. civ.* 2018, 69 ss.; *Id.*, *Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili: un invito opportuno, non un principio generale del processo civile*, in G. Conte – F. Di Marzio (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano 2018, 121 ss.; A. Tedoldi, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in questa *Rivista* 2018, 674 ss.; L. Querzola, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio*, Torino 2018, *passim*; L.R. Luongo, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662)*, in *www.judicium.it*. 9 ottobre 2021.

⁽⁷⁾ Sui lavori della Commissione, cfr. B. Capponi, *A prima lettura sulla delega legislativa al governo «per l'efficacia della giustizia civile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 361 ss. Può aggiungersi che in tema di processo telematico, l'art. 16-bis, comma 9-octies, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, comma aggiunto dall'art. 19, comma 1, lett. a, n. 2-ter, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, ora abrogato dall'art. 11, comma 1°, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, stabiliva, per i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematica, la regola della redazione sintetica. Nello stesso solco si poneva il D.d.l. C. 2953-17ª Legislatura, recante «Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile», presentato alla Camera l'11 marzo 2015, approvato il 10 marzo 2016 e trasmesso al Senato, volto a delegare al Governo l'introduzione del «principio di sinteticità degli atti di parte e del giudice».

⁽⁸⁾ Che testualmente recita «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione», con particolare riguardo a quanto sancito dall'art. 13-ter, comma 5°, disp. att. c.p.a.

sovraabbondanza argomentativa⁽⁹⁾ ovvero della redazione attraverso l'assemblaggio del testo degli atti riferibili ai precedenti gradi di giudizio⁽¹⁰⁾.

La corretta analisi semantica dei due vocaboli – sinteticità e chiarezza – è fondamentale, perché ne condiziona le reciproche interconnessioni.

Solo che, se vi è tendenziale accordo nel definire il concetto di «chiarezza», vacilla ancora oggi la nozione di «sinteticità»⁽¹¹⁾.

Per chiarezza dell'atto processuale si è soliti intendere il grado di comprensione di uno scritto, di tal che quanto più un testo sarà univocamente intellegibile, tanto più sarà chiaro⁽¹²⁾.

Le certezze si arrestano quando si tenta di elaborare un vocabolario condiviso in tema di sinteticità.

Se la giurisprudenza di legittimità si è mostrata particolarmente sensibile ai limiti dimensionali del ricorso per cassazione, nel dibattito dottrinale la sinteticità è stata invece declinata da alcuni in termini meramente contenutistici, cioè a dirsi quale tecnica redazionale immune da inutili ripetizioni o elementi descrittivi inutilmente superflui o prolissi⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ Cioè a dirsi guardando alla sinteticità per lo più intesa in un'accezione meramente quantitativa e dimensionale, incentrata sul numero delle pagine dell'atto. Cfr., in questo senso, Cass. 30 aprile 2020, n. 8425, in *Foro it. Rep.* 2021, voce *Cassazione civile*, n. 140; Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, *ivi* 2017, I, 509.

⁽¹⁰⁾ Cass. 21 marzo 2019, n. 8009, *ivi Rep.* 2019, voce *Procedimento civile*, n. 19; Cass. 20 ottobre 2016, n. 21297, *ivi Rep.* 2017, voce *Cassazione civile*, n. 161; Cass. 22 novembre 2013, n. 26277, *ivi Rep.* 2013, voce cit., n. 117; Cass., sez. un., 11 aprile 2012, n. 5698, in *ForoPlus*; Cass. 9 febbraio 2012, n. 1905, in *Foro it. Rep.* 2012, voce cit., n. 132.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. Taruffo, *Note sintetiche*, cit., 456 ss., secondo il quale «si può anzitutto constatare che il preteso principio di sinteticità è caratterizzato da un grado elevatissimo di vaghezza. Con ciò intendo riferirmi ad un fenomeno che si manifesta con grande frequenza nel linguaggio comune, ma anche nel linguaggio giuridico, tutte le volte in cui il significato di un'espressione linguistica non è esattamente definito (o, più esattamente, quando si ha un predicato la cui estensione non è definibile). Gli esempi di vaghezza sono infiniti, ma si può sottolineare che essa si manifesta proprio rispetto ai predicati di cui qui si discute. Da un lato, infatti, è chiaro che non esiste un criterio preciso per stabilire se un testo (una sentenza, una domanda, una memoria) è o non è sintetico, salvo che si ricorra a discutibili misure quantitative come quelle che saranno esaminate più oltre. Dall'altro lato, non si giunge ad alcun risultato neppure tentando di derivare induttivamente il significato di un siffatto principio dalle norme del codice di procedura civile che si sono ricordate in precedenza: non esiste infatti alcun criterio che consenta di stabilire se una motivazione è o non è concisa (art. 132, n. 4), così come non esiste alcun criterio per stabilire se essa è o non è succinta (art. 118 disp. att.). Da norme così vaghe, invero, pare impossibile derivare un principio che non sia, a sua volta, essenzialmente vago».

⁽¹²⁾ Sia pur con diversità di accenti, cfr., tra gli altri, F. De Giorgis, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità*, cit., 3; C. Commandatore, *Sinteticità e chiarezza*, cit., 853; L.R. Luongo, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte*, cit. 8; A. Storto, *Il principio di sinteticità*, cit., 1195.

⁽¹³⁾ G. Finocchiaro, *Il principio di sinteticità*, cit., 866; C. Commandatore, *op. loc. cit.*; G. Scarselli, *Sulla sinteticità degli atti*, cit., 325.

L'atto denominabile «sintetico» alla stregua di tali canoni non ambisce necessariamente alla chiarezza, pur potendo accidentalmente centrarla. Così compilato, infatti, un atto può essere assolutamente sintetico, ma nient'affatto chiaro⁽¹⁴⁾.

La sinteticità elaborata secondo questo paradigma, a tutta prima, sembra aver incontrato il favore del legislatore, almeno nelle intenzioni proiettato sull'obiettivo della ragionevole durata del processo ed incline quindi ad indulgere all'idea che ad una maggiore brevità degli atti corrisponda sempre una maggiore celerità nella decisione⁽¹⁵⁾.

Se dalle dichiarazioni di intenti si passa però all'esame delle singole disposizioni novellate, ci si accorge che le cose non stanno affatto così, perché è non di rado vero il contrario: talora è la sinteticità a cedere il passo alla chiarezza e alla «specificità» o «precisione»⁽¹⁶⁾.

La ragione sta tutta nel fatto che la sinteticità ha l'obbligo di arrestarsi laddove vengono in rilievo i diritti di difesa (art. 24 Cost.) e di piena esplicazione del contraddittorio tra le parti (art. 111, comma 2°, Cost.), suscettibili di esigere una completezza argomentativa ed una analiticità delle difese non conciliabili con una sintesi esauribile all'interno di canoni puramente dimensionali o contenutistici.

Chiaro sarà allora quell'atto in grado di coniugare sintesi e precisione espositiva, ma a tutto vantaggio della seconda, perché un esame non esauriente delle questioni controverse, quand'anche di dimensioni contenute, non potrà che nuocere alla chiarezza. E, d'altro canto, un atto apprezzabile in termini di sintesi, ma non chiaro, avrà fallito anche nell'obiettivo di assicurare una durata ragionevole al processo. Dunque, può risultare assai pernicioso il tentativo di fissare concettualmente una linea di

⁽¹⁴⁾ A. Storto, *op. loc. cit.*; L. Querzola, *Contributo allo studio degli atti processuali*, cit. 186; I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari*, cit., 2782; P. Biavati, *Il linguaggio degli atti*, cit., 478.

⁽¹⁵⁾ Che l'obiettivo, *more solito*, stia nella ragionevole durata dei processi, lo si desume dall'*incipit* del già citato art. 1, comma 17°, lett. d, e, l. 26 novembre 2021, n. 206, che infatti indicava i criteri direttivi della delega al fine di «... rendere i procedimenti civili più celeri ed efficienti» e dalla *Relazione illustrativa* del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, pag. 19, a commento della modifica dell'art. 121 c.p.c. Che un testo sia sintetico «quando, pur essendo completo dei requisiti essenziali ed esaustivo in relazione al suo scopo, è scevro di ripetizioni e verbosità» lo si proclama anche nella relazione allo schema di D.M. del Ministero della Giustizia sui limiti dimensionali degli atti processuali del 24 maggio 2023. Nello stesso ordine di idee è anche la *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione* del 1° dicembre 2022, pag. 14.

⁽¹⁶⁾ È in questo senso eloquente il lessico degli artt. 163, comma 3°, n. 4, c.p.c.; 167, comma 1°, c.p.c.; 281-*undecies*, comma 3°, c.p.c.; 342 e 366, comma 1°, n. 3, 4, 6, c.p.c.; 434, comma 1°, c.p.c.; 473-*bis*.12, comma 1°, n. 3 e 473-*bis*.32, comma 1°, c.p.c.

demarcazione netta tra sinteticità e chiarezza. La locuzione «atto chiaro e sintetico» non è null'altro che un'endiadi, il cui significato semantico è retto dalla chiarezza – nei termini anzidetti – e di quest'ultima la sinteticità è puramente complementare⁽¹⁷⁾.

(17) Sia pur con diversità di sfumature, pongono l'accento sulla necessità di assicurare preminenza alla chiarezza ed alla completezza dell'argomentazione giuridica, I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari*, cit., 2785, secondo la quale «la chiarezza degli atti di parte è, diversamente dalla sintesi, un requisito che non soddisfa soltanto l'esigenza di rapidità della risposta giudiziaria, ma è in grado di assicurare altresì la 'qualità' di quella risposta: dipendendo la persuasività del ragionamento giudiziale non solo dalla validità degli enunciati, ma anche dalla organicità con cui il ragionamento è stato impostato, dalla coerenza interna dello stesso, e dall'efficacia dell'esposizione»; A. Storto, *op. loc. cit.*, il quale ritiene che «la "chiarezza" degli atti completa l'obbligo di concisione degli atti, esprimendo infatti l'esigenza di sufficienza motivatoria e argomentativa, di precisione espositiva, di piena percepibilità dalla controparte e del giudice della domanda nella sua pienezza e, per converso, dalle parti, del *decisum* giudiziale in ogni suo aspetto»; A. Tedoldi, *Chiarezza e sintesi*, cit., 669, il quale reputa che «la sintesi presuppone chiarezza di idee e di concetti, l'una non dandosi senza l'altra»; G. Canale, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza*, cit., 1025 s., secondo il quale «vi è una necessaria proporzione tra molteplicità e complessità delle questioni dibattute nel processo e l'ampiezza dell'atto; soprattutto con la complessità ed ampiezza della *quaestio facti*, che può essere difficilmente comprimibile, con riguardo sia agli oneri di allegazione sia a quelli di prova»; F. De Giorgis, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità*, cit., 5, per la quale «imporre una sinteticità di tipo quantitativo significa costringere i difensori a rinunciare alle deduzioni che non riescano a "incastare" entro la soglia concessa, con tutte le conseguenze processuali che da ciò derivano, sistematicamente pregiudizievoli per i loro assistiti. Che si possa dubitare della legittimità di un simile canone, idoneo a minare l'eshaustività di allegazioni, prove e argomentazioni a supporto dell'attacco e della difesa processuale, è più che lecito»; M. Taruffo, *Note sintetiche*, cit., 455 s., il quale ritiene che «rimane infatti da dimostrare che una argomentazione analitica, che prende in considerazione tutti gli aspetti rilevanti di una dimostrazione o di una giustificazione, o una narrazione analitica di un evento, di una serie di eventi o di una situazione di fatto, o una decisione analitica perché si occupa di tutti gli aspetti rilevanti di fatto e di diritto, magari con una valutazione completa e specifica di tutte le prove, siano da valutare negativamente, e magari da sanzionare in qualche modo, per il solo fatto che, essendo testi analitici, non sarebbero sintetici». In questa stessa direzione si era mosso il Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, costituito con decreti ministeriali 9 febbraio 2016, 28 luglio 2016, 19 ottobre 2016, che, nella relazione conclusiva del 1° dicembre 2016, reperibile in https://www.tribunale.roma.it/documentazione/D_10517.pdf, ricorda che «l'espressione "sinteticità e chiarezza" è divenuta così un'endiadi, in cui la prima è quasi sempre premessa alla seconda: ma è importante puntualizzare che la chiarezza dev'essere considerata il fine, mentre la sinteticità soltanto il mezzo per raggiungere quel fine. La chiarezza degli atti processuali, infatti, non è un requisito teso soltanto a soddisfare (indirettamente) l'esigenza di *rapidità* della risposta giudiziaria, ma è in grado di favorire anche la *qualità* della risposta stessa: obiettivo cui il giusto processo deve mirare, non meno di quanto esso miri alla celerità. Infatti, le indicazioni sulla corretta struttura del discorso hanno il merito di aiutare la progressione logica del ragionamento, escludendo l'inutile ripetitività dell'argomentare e favorendo un confronto costruttivo tra le parti e con il giudice. La sinteticità, pertanto, va intesa come canone per una nuova modalità di scrittura

Ecco perché ci sembra sia nel vero la giurisprudenza amministrativa, quando afferma che «l'essenza della sinteticità ... non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola, in quanto la sinteticità è un concetto di relazione, che esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto — ricorso, memoria o, infine, sentenza — chiamato ad esaminarle ed è, si deve qui aggiungere, sul piano processuale un bene-mezzo, un valore strumentale rispetto al fine ultimo, e al valore superiore, della chiarezza e della intelligibilità della decisione nel suo percorso motivazionale»⁽¹⁸⁾.

3. – Stando così le cose, il capovolgimento di prospettiva che il d.m. 7 agosto 2023, n. 110 ha compiuto, nei rapporti tra sinteticità e chiarezza, appare evidente.

La regola cardine del regolamento è infatti quella dell'art. 3, secondo il quale tutti gli atti del processo – comprensivo delle fasi relative ai giudizi di impugnazione – raggruppati a seconda che si tratti di atti introduttivi o conclusivi, delle memorie o degli altri atti del processo, oppure delle note scritte in sostituzione dell'udienza di cui all'art. 127-ter c.p.c., devono essere contenuti entro un limite prestabilito di caratteri grafici, corrispondenti approssimativamente ad un dato numero di pagine, nel formato di cui all'art. 6.

Ora, non ci sembra si possa dubitare che al fondo di tale scelta stia il convincimento che predeterminando il numero massimo di pagine che ogni magistrato sarà chiamato ad esaminare per lo studio del singolo fascicolo, non solo verrà accelerata la durata dei singoli processi, ma si recheranno benefici di sistema, perché alla più rapida definizione del giudizio corrisponderà anche un incremento di produttività del magistrato⁽¹⁹⁾.

Avendo presenti le coordinate fissate nel precedente paragrafo, la prima ed intuitiva critica che a tale opzione di politica del diritto può essere rivolta – in disparte i profili di dubbia legittimità⁽²⁰⁾ – sta nel fatto

degli atti volta alla concretezza, alla chiarezza e all'incisività». In senso conforme, v. anche R. Rordorf, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 49.

⁽¹⁸⁾ Così Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Foro it.* 2022, III, 1 ss. In senso analogo, Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900, *ivi* Rep. 2015, voce *Acque pubbliche*, n. 105.

⁽¹⁹⁾ In questo senso, v. G.G. Poli, *La riforma del processo digitale*, cit., 41.

⁽²⁰⁾ L'art. 46, comma 5°, disp. att. c.p.c. prevede infatti con il decreto sono stabiliti i limiti dimensionali «tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti». In prima battuta, i limiti dimensionali sono stati invece stabiliti nel regolamento attraverso espressioni numeri-

che i limiti dimensionali fissi assicurano una misura prestabilita di sinteticità dell'atto – intesa quale estensione fisica – ma non ne garantiscono in alcun modo la chiarezza, declinata con i canoni della comprensibilità e della completezza argomentativa⁽²¹⁾.

Ebbene, si dirà che l'imposizione dei limiti dimensionali agli atti di parte derivava direttamente dal precetto della norma primaria (art. 46, comma 5°, disp. att. c.p.c.) al quale la normativa secondaria è asservita; che, in fondo, la tollerante misura dei limiti dimensionali (40 pagine per un atto introduttivo), riguardando soltanto il corpo vero e proprio dell'atto, cioè a dirsi l'esposizione dei fatti e dei motivi di diritto e, nelle impugnazioni, l'individuazione dei capi della decisione impugnati e l'esposizione dei motivi, secondo quanto sancito dall'art. 2, comma 1°, lett. e, f, g, d.m. n. 110/2023⁽²²⁾, consente alle parti di illustrare più che adeguatamente le difese⁽²³⁾; che i limiti possono pur sempre essere superati in considerazione della particolare complessità delle questioni coinvolte nella controversia (art. 5, comma 1°, d.m. n. 110/2023).

Tutto questo è vero e non ci nascondiamo il risultato di equità orizzontale che il regolamento ha in tal modo centrato.

Non di meno, dietro quest'apparente uniformità di trattamento, si cela l'arbitrio.

Ed infatti, elevare a regola generale la declinazione in termini puramente dimensionali del principio di sinteticità, non solo – giova rimarcarlo – non assicura in alcun modo chiarezza e completezza di analisi, ma finisce per incorrere fatalmente nel paradosso⁽²⁴⁾ in cui ineluttabilmente ci si imbatte tutte le volte in cui si pretende di definire un concetto vago

che fisse ed invariabili, che prescindono del tutto dai parametri indicati nella norma di rango primario, chiamati ad intervenire soltanto in via sussidiaria a sostegno della giustificazione delle deroghe ai limiti medesimi.

⁽²¹⁾ Nello stesso senso, A. Bonafine, *Processo telematico*, cit., 187 e I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti*, cit., 6 s. Cfr. anche, tra gli altri, A. Gentili, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, in *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 25, secondo cui «la giurisdizione è una risorsa limitata e non se ne può permettere lo spreco. Ma è lecito dubitare che il rimedio efficace sia indicare il numero di pagine. È come pensare di dimagrire imponendosi vestiti di una taglia inferiore». Secondo C. Consolo, *Sobrietà e concisione degli atti di parte e nella motivazione delle sentenze di legittimità*, in *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 74, poiché la sobrietà e concisione degli atti di parte è strumentale all'effettività del contraddittorio, non è possibile stabilire né la lunghezza di una sentenza, né, tanto meno, di un atto di parte.

⁽²²⁾ Come è desumibile, *a contrario*, dall'art. 4, lett. a-f, d.m. n. 110/2023, che indica testualmente gli elementi dell'atto di parte esclusi dai limiti dimensionali.

⁽²³⁾ I. Pagni, *op cit.*, 3.

⁽²⁴⁾ È il paradosso del sorite di Eubulide, citato testualmente – e quasi profeticamente – da M. Taruffo, *Note sintetiche*, cit., 457 s.

attraverso indicatori quantitativi espressi in un'unità di misura, come tali impotenti a definirne il significato, se non in modo riduttivo ed arbitrario.

Ci spieghiamo meglio.

Se la sinteticità e la chiarezza sono concetti di relazione, come si è tentato di dimostrare poc'anzi, perché mai dovrebbe essere sintetico un atto introduttivo di 40 pagine e non uno di 45 o di 50?

All'altro estremo del paradosso, ci si può invece lecitamente domandare perché non dovrebbe ritenersi di lunghezza anomala un atto introduttivo di 40 pagine in una controversia di non particolare complessità. Non avrà il giudice comunque perso tempo prezioso nell'esaminarne integralmente il contenuto – rispettoso dei limiti regolamentari, ma – inutilmente prolisso?

Peraltro, è parimenti arbitraria la stessa idea di equiparare, quanto a limiti dimensionali, l'atto introduttivo del giudizio e la comparsa di risposta.

Mentre nel primo l'esposizione viene a distendersi liberamente, rientrando nel potere monopolistico della parte che agisce in giudizio l'allegazione dei fatti costitutivi della domanda e l'illustrazione delle ragioni di diritto che vi sono poste a sostegno, l'itinerario argomentativo della comparsa di risposta finisce per risentire della dimensione della citazione o del ricorso, a tacer d'altro, perché all'allegazione dei fatti compiuta dall'attore deve seguire la contestazione «specifica» del convenuto, pena la legittima posizione del fatto non contestato a fondamento della decisione, senza bisogno di prova, ai sensi dell'art. 115, comma 1°, c.p.c.

Per gli atti successivi, è la stessa struttura dialettica della fase di trattazione impostata sul preventivo deposito delle note integrative *ex art. 171-ter* c.p.c. nel rito ordinario di cognizione – e, nel rito semplificato, nell'appendice scritta dell'art. 281-*duodecies*, comma 4°, c.p.c. – a permettere lo svolgimento di nuove attività difensive consequenziali alle difese dell'avversario: come a dire, ancora una volta, che sarà il contenuto dell'atto precedente a condizionare il contenuto dell'atto successivo⁽²⁵⁾.

Il problema si complica esponenzialmente – e seriamente – con riguardo agli atti introduttivi dei giudizi di impugnazione, perché nemmeno per

(25) Per la strumentalità del principio di sinteticità all'attuazione del contraddittorio, cfr. C. Consolo, *op. loc. cit.*; A. Storto, *Il principio di sinteticità*, cit., 1196; C. Commandatore, *op. loc. cit.* Sul concreto rischio di ipertrofia espositiva delle memorie *ex art. 171-ter* c.p.c. nel caso in cui il giudice, con le verifiche preliminari, non sottoponga previamente alle parti le questioni di cui ritiene opportuna la trattazione, cfr. D. Buoncristiani, *Processo di primo grado*, cit., 39 s.

questi ultimi la normativa secondaria ha elaborato una disciplina differenziata.

Eppure, per convincersi della opportunità di un doppio binario, sarebbe in linea generale bastato osservare che, proprio perché di impugnazione si tratta, il giudizio che ne scaturisce presuppone la previa pronuncia di un provvedimento giurisdizionale, il quale, per espressa previsione, è però sottratto all'applicazione dei limiti dimensionali⁽²⁶⁾. Dunque, il risultato – ancora una volta paradossale – consiste in ciò, che si pretende di apporre un limite al numero di pagine dell'atto volto a proporre motivi di impugnazione avverso un provvedimento giurisdizionale che quegli stessi limiti non conosce, frettolosamente sopprimendo il naturale rapporto di proporzionalità che si instaura tra la complessità del provvedimento da censurare e complessità dell'atto di impugnazione che è volto a censurarlo.

Ed allora, il punto non sta nello stabilire la soglia di lunghezza dell'atto in un numero prestabilito, quale che sia, di pagine.

Perché, se a norma degli artt. 342, comma 1°, 434, comma 1°, c.p.c., l'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo «chiaro, sintetico e specifico» il capo della decisione di primo grado che viene impugnato, le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado e le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata, significa che quel che interessa non è la dimensione dell'atto di impugnazione, bensì la univoca percepibilità dell'oggetto della decisione di primo grado devoluto alla cognizione del giudice di appello e dei motivi di confutazione delle ragioni in fatto e in diritto poste a sostegno della decisione.

⁽²⁶⁾ L'art. 46, comma 7°, disp. att. c.p.c. sancisce che «il giudice redige gli atti ed i provvedimenti nel rispetto dei criteri di cui al presente articolo», oltre che – ma il rilievo è banale – del principio generale della chiarezza e sinteticità di cui all'art. 121, comma 2°, c.p.c. Ma i limiti dimensionali sono stabiliti non dall'art. 46 disp. att. c.p.c., quanto dal regolamento ministeriale che, sotto tale aspetto, riguarda soltanto gli atti di parte e riconosce al giudice ciò che alle parti è invece come regola di base negato, ovvero che «le dimensioni degli atti e dei provvedimenti del giudice sono correlate alla complessità della controversia, anche in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti o della natura degli interessi coinvolti», il che comporta che l'ampiezza del provvedimento è in funzione della chiarezza e dell'eshaustività della motivazione. Più in generale, sui problemi coinvolti dall'attuazione dei principi di sinteticità e chiarezza nei provvedimenti giurisdizionali, anche in relazione alle modifiche legislative *medio tempore* susseguitesi in ordine ai criteri redazionali della motivazione delle sentenze, cfr. A. Storto, *Il principio di sinteticità*, cit., 1214 ss.; B. Capponi, *Sulla «ragionevole brevità»*, cit., 1080 ss.; M. Guernelli, *Il linguaggio degli atti processuali*, cit., 490 ss.; A. Giusti, *Argomentazione giuridica e funzione di nomofilachia*, in *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 59 ss.

Il dubbio rilevante per l'indagine riguarda piuttosto la sanzione che discende per l'atto di appello sprovvisto dei requisiti di sinteticità e chiarezza. Una parte della dottrina, muovendo dal dato letterale dell'art. 1, comma 8°, lett. c, l. n. 206/2021, che si era limitato a prevedere la necessità che negli atti introduttivi del giudizio d'appello le indicazioni richieste a pena di inammissibilità fossero espone «in modo chiaro, sintetico e specifico» – non già che il difetto di chiarezza, sinteticità e specificità fosse volto ad introdurre surrettiziamente nuove fattispecie di inammissibilità dell'atto di appello – ha ritenuto interdotta tale sanzione processuale oltre i casi espressamente previsti, che riguarderebbero soltanto la mancanza dei requisiti di cui all'art. 342, comma 1°, n. 1, 2 e 3, c.p.c. (27).

In questa direzione sembra essersi mosso il Consiglio dei Ministri, che, nell'approvare lo schema di decreto correttivo in data 15 febbraio 2024, ha riformulato, tra gli altri, l'art. 342, comma 1°, c.p.c., in modo da disancorare inequivocabilmente la sanzione dell'inammissibilità dell'appello dalla violazione, *sic et simpliciter*, dei principi di chiarezza, sinteticità e specificità. Resta il fatto che, oltre una certa soglia, il difetto di chiarezza e sinteticità, per quanto irrilevante se di per sé solo considerato, si traduce in una sostanziale mancanza del motivo di impugnazione (28) – e, dunque, in un caso tassativo di inammissibilità dell'appello – perché ostativo alla chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata (parte devolutiva), ovvero delle doglianze volte a confutare e contrastare le ragioni addotte dal primo giudice (parte argomentativa) (29).

Questa situazione è replicata – o forse, meglio ancora, enfatizzata – nel ricorso per cassazione.

L'art. 366 c.p.c., ai fini che qui rilevano, è stato modificato, al n. 3, pretendendo «la chiara esposizione dei fatti di causa essenziali alla illustrazione dei motivi di ricorso» e, al n. 4, sancendo l'obbligo della «chiara

(27) S. Boccagna, *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, in questa *Rivista* 2023, 643 ss., spec. 648; G.B. Deluca, *Il giudizio di appello*, in *Il Foro Italiano – Gli Speciali*, cit., 197 ss., spec. 199; A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 96; A. Aniello, *Forma dell'atto di appello e appello incidentale (art. 342, 343 c.p.c.)*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 470 ss., spec. 475. *Contra*, A. Ronco, *Il giudizio di appello (e le disposizioni sulle impugnazioni in generale)*, in *Giur. it.* 2023, 718 ss., spec. 729, che circoscrive tuttavia l'inammissibilità al solo difetto di chiarezza e specificità, non già al difetto di sintesi.

(28) S. Boccagna, *op. loc. cit.*

(29) Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199, in questa *Rivista* 2018, 861, con nota di L. Bianchi, *Le sezioni unite fanno chiarezza sulla «motivazione dell'appello» di cui all'art. 342 c.p.c.*

e sintetica esposizione dei motivi per i quali si chiede la cassazione, con l'indicazione delle norme di diritto su cui si fondano».

Ora, qui non par dubbio che l'inosservanza dell'obbligo di chiarezza e sinteticità sia stabilito a pena di inammissibilità del ricorso⁽³⁰⁾, come testualmente proclamato, in esordio, dallo stesso art. 366 c.p.c.⁽³¹⁾, ma è da credere che il disvalore dell'inosservanza continuerà a polarizzarsi, come nella previgente formulazione, su di un'eventuale «esposizione oscura o lacunosa dei fatti di causa o che pregiudichi l'intelligibilità delle censure mosse alla sentenza gravata»⁽³²⁾.

Nello stesso solco è da ritenere venga ad inserirsi anche la modifica dell'art. 366, n. 6, c.p.c. in tema di principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, laddove, cristallizzando l'abbandono degli orientamenti che richiedevano l'integrale trascrizione degli atti o documenti a sostegno dei motivi di ricorso, viene disposto che per ciascuno di essi, occorre la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il motivo si fonda e «l'illustrazione del contenuto rilevante degli stessi»⁽³³⁾. Riesce infatti convincente un'interpretazione teleologicamente orientata della disposizione, che renda indefettibile l'indicazione del contenuto rilevante, tramite trascrizione o riassunto – come consentito dalla Relazione illustrativa – di quanto è giudicato indispensabile a spiegare in modo comprensibile le ragioni del ricorso⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Diversamente da quanto prescritto nel Protocollo di intesa tra Corte di cassazione e Consiglio nazionale forense sulla redazione dei motivi di ricorso del 17 dicembre 2015, consultabile in *Foro it.* 2016, V, 40 ss.

⁽³¹⁾ A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 667 ss., spec. 673; F.S. Damiani, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *Il Foro italiano – Gli Speciali*, cit., 219 ss., spec. 227 s. *Contra* A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, cit., 119.

⁽³²⁾ Cass. 13 febbraio 2023, n. 4300, in *ForoPlus*; Cass., sez. un., 30 novembre 2021, n. 37552, in *Foro it.* Rep. 2021, voce *Cassazione civile*, n. 142. In senso analogo, P. Licci, *Contenuto del ricorso (art. 366 c.p.c.)*, in Aa.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 547.

⁽³³⁾ Per un esaustivo commento della disposizione, v. F.S. Damiani, *op. cit.*, 229 ss.

⁽³⁴⁾ P. Licci, *op. cit.*, 549. Diversamente da quanto auspicato da G. Raiti, *Il principio di sinteticità e chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in questa *Rivista* 2022, 1027 ss., spec. 1035 s., il d.m. n. 110/2023 non è stato coordinato con il principio di autosufficienza. Tuttavia, una qualche armonizzazione può essere tentata dall'interprete tramite la leva dell'art. 2, d.m. n. 110/2023 in tema di criteri di redazione. Ed infatti, alla lett. f, relativa alla redazione della parte in fatto dell'atto, il riferimento ai «documenti offerti in comunicazione», definito «puntuale», potrebbe tramutarsi, nel giudizio di cassazione, nell'indicazione del suo contenuto rilevante, poi immediatamente consultabile tramite collegamento ipertestuale al documento stesso (ovvero, all'atto, al contratto o all'accordo collettivo), di cui l'art. 372 c.p.c. consente il deposito purché già appartenente al fascicolo di parte o d'ufficio dei precedenti gradi di giudizio.

4. – Guardando più nello specifico alle singole disposizioni regolamentari, vien fatto di rilevare anzitutto l'irragionevolezza dell'esenzione – preannunciata in esordio dal decreto ministeriale (art. 1) – dall'applicazione dei (soli) ⁽³⁵⁾ limiti dimensionali per le cause di valore pari o superiore a euro 500.000,00, istituendo un parallelismo tanto arbitrario, quanto dimostrato, tra valore economico e complessità della controversia. Considerato che l'esenzione, come ogni disposizione eccezionale, è di stretta interpretazione, saremmo indotti a ritenere che l'estensione dell'atto debba invece misurarsi in relazione alle cause di valore indeterminabile, il cui oggetto è soltanto insuscettibile di una valutazione economica precisa secondo le norme del codice di procedura civile ⁽³⁶⁾.

I criteri di redazione degli atti delle parti private e del pubblico ministero disciplinati in formato standardizzato dall'art. 2 per i soli atti introduttivi e per gli atti di intervento – e, per gli altri atti del processo, nei limiti della compatibilità – rilevano per il rispetto dei limiti dimensionali, come più sopra anticipato, soltanto con riguardo alle lett. e, f, g (argomentando *a contrario* dall'art. 4, comma 1°, lett. a), d.m. n. 110/2023), cioè a dirsi l'esposizione dei fatti e dei motivi di diritto, mentre per le impugnazioni acquistano significato soltanto la parte devolutiva (capi o, se si vuole, questioni della decisione oggetto di censura) e la parte argomentativa (singoli motivi di impugnazione).

L'esposizione dei motivi di diritto – illustrata attraverso caratteri di scrittura conteggiati ai fini del rispetto dei limiti dimensionali – deve contenere anche – recita l'art. 2, comma 1°, lett. g – l'indicazione dei «precedenti giurisprudenziali che si assumono rilevanti». Tuttavia, l'art. 4, comma 1°, lett. f, esclude dai limiti dimensionali «i riferimenti giurisprudenziali riportati nelle note». Se si accede all'idea che alla differente formulazione lessicale delle due disposizioni – solo apparentemente aventi identico oggetto – corrisponda una diversità di significato semantico e di

⁽³⁵⁾ A. Ciriello, *Commento a prima lettura*, cit., 8.

⁽³⁶⁾ Cass. 22 giugno 2020, n. 12043, in *Foro it. Rep.* 2020, voce *Avvocato*, n. 199. Nella stessa direzione è orientato l'art. 5, comma 5°, d.m. 10 marzo 2014, n. 55. Una deroga non sembra desumibile dall'ultimo periodo dell'art. 5, comma 6°, d.m. n. 55/2014, laddove inserisce nello scaglione fino ad euro 520.000,00 – per il quale l'esenzione dai limiti dimensionali scatterebbe – le cause di valore indeterminabile «... di particolare importanza per lo specifico oggetto, il numero e la complessità delle questioni giuridiche trattate, e la rilevanza degli effetti ovvero dei risultati utili, anche di carattere non patrimoniale ...», essendo ciò disposto espressamente soltanto «... a questi fini ...», cioè per la liquidazione dei compensi della professione forense e, in ogni caso, nel contesto di una regola generale che, sempre per gli stessi fini, fissa per le cause di valore indeterminabile una forbice di oscillazione tra euro 26.000,00 ed euro 260.000,00, tenuto conto dell'oggetto e della complessità della controversia.

funzione, potrà ragionevolmente presumersi che al testo dell'atto – soggetto ai limiti dimensionali – sia destinato soltanto il richiamo degli estremi del precedente – che, per la sua brevità, è insuscettibile di nuocere alla fluidità ed alla comprensibilità dell'esposizione – laddove nelle note potranno confinarsi le eventuali trascrizioni, più o meno estese (siccome escluse dall'applicazione dei limiti) del testo, o di frammenti di esso, funzionali all'esauritivo sviluppo dell'argomentazione della tesi difensiva, per un verso lasciando il lettore libero di consultarne il contenuto, per altro verso non compromettendo l'intelligibilità, la scorrevolezza (e dunque, in definitiva, la chiarezza) dell'esposizione. Non ci si nasconde che questo tentativo di ordinare le citazioni è suscettibile di essere vanificato dalla dicitura dell'art. 6, comma 2°, d.m. n. 110/2023, che, nel vietare le note, le permette soltanto per l'«indicazione dei precedenti giurisprudenziali» e per i «riferimenti dottrinari»⁽³⁷⁾. Ma se si deve aver di mira la chiarezza, ci pare questo il sistema migliore per salvaguardarla⁽³⁸⁾.

I limiti dimensionali conoscono come unica unità di misura il numero dei caratteri.

Il numero massimo delle pagine consentite dall'art. 3, comma 1°, lett. a, b, c, d.m. n. 110/2023 è indicato in termini tendenziali, trattandosi di una variabile dipendente dalle tecniche redazionali (carattere, interlinea e margini) enucleate, sia pur indicativamente, dall'art. 6, con la funzione di istituire una simmetria tra numero massimo di caratteri consentiti e numero massimo di pagine permesse⁽³⁹⁾.

I limiti dimensionali sono articolati secondo uno schema che si dirama in ordine decrescente per numero di caratteri consentiti, dagli atti più complessi (atti introduttivi e scritti conclusivi) sino a quelli più semplici, cioè a dirsi le note scritte in sostituzione di udienza ai sensi dell'art. 127-ter c.p.c.⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: quindi, seppur del tutto irragionevolmente, i riferimenti dottrinari in nota, come si desume *a contrario* dall'art. 4, lett. f, d.m. n. 110/2023, sono conteggiati per il rispetto dei limiti dimensionali.

⁽³⁸⁾ Ritiene le note la sede naturale delle citazioni per esteso di brani di motivazioni delle sentenze o di opere di dottrina, D. Cerri, *Dramma inconsistente*, cit., 3.

⁽³⁹⁾ È quindi da ripudiare fermamente l'idea che l'atto difforme dalle tecniche redazionali venga di per sé solo assoggettato alle sanzioni di cui all'art. 46, comma 6°, disp. att. c.p.c., come ritenuto da Giud. Pace Verona 29 settembre 2023, in *www.lanuovaprocedura-civile.com*.

⁽⁴⁰⁾ Per le quali i limiti dimensionali valgono se contenenti soltanto istanze o conclusioni, non già se l'argomentazione difensiva richieda il compimento di ulteriori attività – repliche alle difese o istanze avversarie, nuove attività assertive – possibili soltanto in udienza: in questo senso, cfr. I. Pagni, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti*, cit., 4.

Dai limiti sono altresì esclusi l'indice e la sintesi (*abstract*) dell'atto (art. 4, comma 1°, lett. b, d.m. n. 110/2023), che non rientrano testualmente nei criteri di redazione standardizzati di cui all'art. 2, divenendo obbligatori soltanto nel caso in cui ricorra una causa di deroga ai limiti dimensionali prevista dall'art. 5, comma 1° (art. 5, comma 2°, d.m. n. 110/2023).

Ciò sarebbe però fonte di una grave aporia, perché non avrebbe alcuna ragion d'essere l'espressa deroga al conteggio dei caratteri di indice e sintesi quando già si è autorizzati al superamento del numero massimo dei caratteri, sulla scorta dei parametri di cui all'art. 5, comma 1°, d.m. n. 110/2023.

È piuttosto da accreditare l'idea dell'immediata applicazione, per quanto rimasto inattuato espressamente nell'art. 2 del regolamento, dell'art. 46, comma 5°, disp. att. c.p.c., terzo periodo, laddove sancisce che «nella determinazione dei limiti non si tiene conto dell'intestazione e delle altre indicazioni formali dell'atto, fra le quali si intendono compresi un indice e una breve sintesi del contenuto dell'atto stesso», di modo che l'esonero di entrambi dal rispetto dei limiti dimensionali viene ad acquisire un significato utile proprio nei casi in cui non ricorrono circostanze a sostegno della necessità di un loro superamento.

L'art. 5, d.m. n. 110/2023 indica due ipotesi in cui è consentito eccedere nella scrittura oltre i limiti dimensionali.

La prima ricorre ogni qualvolta la controversia presenti questioni di particolare complessità (comma 1°), anche in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti, della natura, degli interessi coinvolti. A stretto rigore, la formulazione testuale lascia pensare che l'esemplificazione non risulti tassativa e, posto che molti degli indici sintomatici espressamente elencati poco hanno a che vedere con la complessità della lite, non sarà certo impedita desumerla *aliunde*⁽⁴¹⁾, purché il difensore esponga nell'atto le ragioni a sostegno del superamento dei limiti⁽⁴²⁾. È del tutto

⁽⁴¹⁾ In senso analogo, I. Pagni, *op. loc. cit.*

⁽⁴²⁾ La complessità delle questioni coinvolte nella lite rappresenta qui il baricentro non già per la determinazione dei limiti dimensionali, bensì per giustificare il superamento di quelli predeterminati in misura fissa. Infatti, mentre la generica direttiva impartita dall'art. 46, comma 5°, disp. att. c.p.c., è consistita nel dettare parametri apparentemente equidistanti per la concretizzazione dei limiti dimensionali, il regolamento ha finito invece per valorizzarne: (i) uno soltanto – il valore superiore ad euro 500.000,00 – per bandire l'obbligo di contenere l'atto entro un numero prestabilito di caratteri; (ii) nessuno, quando si è trattato di individuare in linea generale i limiti dimensionali; (iii) almeno in parte, la complessità della controversia, quando si è dovuto invece affrontare il problema del loro superamento. Ma la complessità è un concetto elastico, che si lascia declinare attraverso una indefinita pluralità di fattori oggetto di comparazione e bilanciamento, sicché è condivisibile e legittima l'elencazione puramente esemplificativa e relativistica contenuta nell'art. 5, com-

evidente che il giudice sarà chiamato a sindacare la fondatezza delle ragioni volte a suffragare la necessità di oltrepassare il numero massimo di caratteri di cui all'art. 3, d.m. n. 110/2023 e, per quanto non esplicitato a chiare lettere, anche che il superamento dei limiti sia «ragionevole», cioè a dirsi non eccedente l'esigenza della chiarezza dell'atto in funzione della completezza argomentativa, alla stessa stregua di quanto sancito – qui viceversa testualmente – dall'art. 5, comma 3°, d.m. n. 110/2023.

In questa seconda ipotesi, questo sarà l'unico ambito di ingerenza concesso al giudice, perché il solo fatto che venga proposta una domanda riconvenzionale, una chiamata in causa di terzo, un atto di integrazione del contraddittorio, un atto di riassunzione, ovvero un'impugnazione incidentale, integrerà, di per sé – ed in questi soli casi – fatto legittimante il superamento, purché, giustappunto, «ragionevole», dei limiti dimensionali⁽⁴³⁾.

5. – L'apparato sanzionatorio apprestato per la violazione dei limiti dimensionali è interamente affidato alla normativa primaria.

La regola cardine, in attuazione di una specifica direttiva vincolante imposta dal legislatore delegante, è quella sancita dall'art. 46, comma 6°, disp. att. c.p.c., secondo il quale la violazione dei limiti (dimensionali) di redazione non comporta invalidità, ma può essere valutata dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo, in tal guisa recependo riflessioni condivise da larga parte della dottrina precedente alle modifiche del codice di rito⁽⁴⁴⁾.

ma 1° del regolamento. È, comunque, solo rispetto agli atti ed ai provvedimenti del giudice che la complessità della controversia si riappropria della centralità che merita, rappresentando l'unico vero parametro rispetto al quale misurare lo sforzo motivazionale e, dunque, anche le dimensioni dell'atto.

⁽⁴³⁾ Poiché la domanda riconvenzionale e l'impugnazione incidentale, implicando l'allargamento dell'oggetto del giudizio di primo grado e di impugnazione, importano normalmente anche l'ampliamento dell'esposizione dei fatti e dei motivi di diritto e, mutato quel che vi è da mutare, dei capi della decisione impugnati e dei motivi – cioè le parti che rilevano ai fini del conteggio dei limiti dimensionali – il superamento di quelli fissati dall'art. 3, d.m. n. 110/2023 sarà ragionevole nella misura in cui si rivelerà strumentale e proporzionato all'estensione dell'oggetto del giudizio di primo grado o di impugnazione. Per contro, poiché la redazione dell'atto di chiamata in causa del terzo, dell'atto di integrazione del contraddittorio e dell'atto di riassunzione avviene per consuetudine attraverso la riproduzione, nel corpo dell'atto, degli atti introduttivi del giudizio – la cui sommatoria dei rispettivi caratteri ben potrebbe oltrepassare il numero massimo consentito per ciascun atto – il superamento dei limiti potrà dirsi intrinsecamente ragionevole per via di tale tecnica redazionale, solo che si consideri che tutte le altre indicazioni imposte dai criteri di redazione non vengono in rilievo per il rispetto delle barriere dimensionali.

⁽⁴⁴⁾ G. Canale, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza*, cit., 1031; G. Finoc-

È fondamentale un *caveat* per delimitare l'ambito della regola.

L'art. 1, comma 17°, lett. e, d.lgs. n. 206/2021, reca l'importante precisazione che l'irrelevanza della trasgressione dei limiti di redazione dell'atto è intanto insuscettibile di riverberarsi sulla validità di quest'ultimo, purché il suo scopo venga raggiunto.

Questo significa che, se (anche) per effetto di un'esposizione verbosa, caotica e confusa, risultano compromessi taluni requisiti di forma-contenuto che pregiudicano il raggiungimento dello scopo dell'atto – si pensi all'assoluta incertezza della cosa oggetto della domanda, di cui al combinato disposto degli artt. 163, n. 3, 164, comma 4°, c.p.c. – la declaratoria di nullità – almeno in linea teorica – non potrà essere impedita.

E significa inoltre doversi tener ferme le osservazioni precedentemente svolte con riguardo alle conseguenze da trarre per gli atti di impugnazione che non raggiungono la soglia minima di intelligibilità delle parti o capi della sentenza impugnata, ovvero necessaria ad enucleare lo specifico motivo di censura⁽⁴⁵⁾.

Svolta questa preliminare e doverosa avvertenza, occorre capire come in concreto operino i meccanismi sanzionatori in tema di superamento dei limiti dimensionali.

Anzitutto, quel che al giudice sembra consentito, in base al disposto 46, comma 6°, disp. att. c.p.c., è agire sulla forcella dei parametri previsti dal d.m. 10 marzo 2014, n. 55, diminuendo o aumentando i valori medi dei compensi in base alla vittoria o alla soccombenza di colui che ha violato il numero massimo di caratteri consentiti⁽⁴⁶⁾.

chiaro, *Il principio di sinteticità*, cit., 868; B. Capponi, *Sulla «ragionevole brevità»*, cit., 1088 s.; A. Tedoldi, *Chiarezza e sintesi*, cit., 694.

⁽⁴⁵⁾ Non ci sembra invece colga nel segno la *Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte di Cassazione*, cit., 14 s., quando, facendo leva sull'art. 175, comma 1°, c.p.c., ritiene che il giudice potrebbe invitare la parte a riformulare l'atto prolisso, esercitando un potere strumentale al sollecito e leale svolgimento del procedimento, addirittura legittimando quello stesso giudice a trarre argomenti di prova dalla mancata adesione all'invito ricevuto, a norma dell'art. 116, comma 2°, c.p.c. Ammesso che tra i poteri esercitabili ai sensi dell'art. 171, comma 1°, c.p.c. rientri anche la possibilità di ordinare alle parti di riformulare gli atti in modo da abbattere il numero dei caratteri utilizzati, quel che lascia davvero perplessi è come l'ipotetica inosservanza di un simile ordine sia in grado di fondare un'inferenza probatoria tale per cui dal non emendato superamento dei limiti dimensionali possa formularsi un giudizio di verità o falsità di altro enunciato rilevante per il *thema decidendum*.

⁽⁴⁶⁾ In questo senso, sia pur interrogativamente, F.P. Luiso, *Il nuovo processo civile*, cit., 393. Analogamente, v. anche l'art. 4, comma 7°, d.m. n. 55/2014, secondo cui «costituisce elemento di valutazione negativa, in sede di liquidazione giudiziale del compenso, l'adozione di condotte abusive tali da ostacolare la definizione dei procedimenti in tempi ragionevoli».

Escluso che in qualche modo possa configurarsi una ragione di compensazione delle spese di lite a norma dell'art. 92, comma 2°, c.p.c.⁽⁴⁷⁾, resta impregiudicato il problema dell'applicabilità degli artt. 88, comma 1°, 92, comma 1° e 96, comma 3°, c.p.c. e, più in generale, delle interferenze dell'abuso del numero di caratteri dell'atto processuale con il tema dell'abuso del processo inteso come abuso del diritto di difesa⁽⁴⁸⁾.

Anzitutto, ci sembra doveroso svolgere una considerazione.

Come è stato perspicuamente notato, una lite non diventa per ciò solo temeraria quando certi canoni dell'atto – ad esempio, dimensionali – non siano rispettati, perché il concetto di temerarietà attiene ad una manifesta e consapevole infondatezza o inammissibilità della domanda⁽⁴⁹⁾. Non sembra allora bastare un eccesso di caratteri della scrittura, ma occorre un *quid pluris*, cioè una scrittura prolissa e ripetitiva, strumentalmente preordinata a nuocere alla chiarezza in ordine ai fatti di causa o, peggio ancora, a mistificarli⁽⁵⁰⁾.

Pare del resto questo lo scenario entro il quale la giurisprudenza si muove, quando, consapevole che agire in giudizio per far valere una pretesa che si rivela infondata non è (e non può essere) condotta di per sé rimproverabile⁽⁵¹⁾, afferma in linea generale che la responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3°, c.p.c. ha per presupposto la malafede o la colpa grave, espressioni di scopi o intendimenti abusivi eccedenti la formale funzione del processo⁽⁵²⁾. Ed allora, nell'anzidetta cornice – che, lo si ripete, cautamente accorda legittimità all'incerta categoria dell'abuso del

⁽⁴⁷⁾ Pur a seguito dell'ampliamento operato da Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77, in questa *Rivista* 2019, 257, con nota di R. Di Grazia, *Sulla compensazione delle spese giudiziali in caso di soccombenza totale*.

⁽⁴⁸⁾ Sul quale, tra gli altri, v. M. Fornaciari, *L'abuso dell'abuso del processo*, *ivi* 2017, 1456 ss.; M.F. Ghirga, *Recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali in tema di abuso del processo*, *ivi* 2015, 445 ss.; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano 2012; Id., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004; G. Verde, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in questa *Rivista* 2015, 1085 ss.; G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, *ivi* 2012, 1450 ss.; M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 117 ss.; L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in questa *Rivista* 2008, 339 ss.

⁽⁴⁹⁾ In questi termini, C. Consolo, *Sobrietà e concisione*, cit., 80.

⁽⁵⁰⁾ B. Capponi, *Sulla «ragionevole brevità»*, cit., 1088 s.

⁽⁵¹⁾ Cass. 30 novembre 2012, n. 21570, in *Danno e resp.* 2013, 299, con nota di G. Vanacore, *Mala fede processuale rilevante ai fini della condanna ex art. 96, comma 3°, c.p.c.*

⁽⁵²⁾ Tra le più recenti, v. Cass. 30 dicembre 2023, n. 36591 in *ForoPlus*; Cass., sez. un., 28 ottobre 2022, n. 32001, *ibid.*; Cass. 11 febbraio 2022, n. 4430, in *Foro it.* Rep. 2022, voce *Spese giudiziali in materia civile*, n. 54; Cass. 4 settembre 2020, n. 18512, *ivi* Rep. 2020, voce cit., n. 79; Cass. 15 novembre 2018, n. 29462, *ivi* Rep. 2018, voce cit., n. 101; Cass. 29 settembre 2016, n. 19298, *ivi* Rep. 2016, voce cit., n. 82.

processo come abuso del diritto di difesa – non sembra implausibile teorizzare una responsabilità per lite temeraria a carico di colui che proponga una domanda macroscopicamente infondata sulla base di atti processuali intenzionalmente sovrabbondanti e funzionalizzati a compromettere la chiarezza dei fatti di causa, quando non a manipolarne l'intelligibilità, nel quadro dell'indole punitiva e sanzionatoria della responsabilità *ex art. 96, ult. co., c.p.c.* ⁽⁵³⁾.

Se si accede all'idea che le condotte in grado di nuocere alla ragionevole durata del processo e, più in generale, al suo sollecito svolgimento, siano idonee ad integrare altrettanti comportamenti della parte contrari ai doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. ⁽⁵⁴⁾, istituito il parallelismo tra tali condotte e l'anomalo numero di caratteri impiegati per la redazione dell'atto – stante la comune idoneità a dar corpo ad una dilatazione dei tempi processuali – verrà fatto di proclamare la teorica possibilità di condannare il trasgressore dei limiti dimensionali, indipendentemente dalla soccombenza, al rimborso delle spese cagionate all'altra parte, a norma dell'art. 92, comma 1°, c.p.c. Riteniamo peraltro che tale soluzione incontri un ostacolo non agevolmente sormontabile, rappresentato dall'esplicito nesso di causa-effetto richiesto tra la condotta sleale e le spese processuali che l'agente è tenuto a rimborsare all'altra parte ⁽⁵⁵⁾, eventualità che immaginiamo infrequentemente riscontrabile rispetto alla mera violazione dei limiti dimensionali.

6. – Anche nell'elaborazione del sistema sanzionatorio, il legislatore ha premiato una tutela formalista dei limiti dimensionali, la cui violazione è stata assunta *tout court* a fonte di un attentato – presunto *iuris et de iure* – alla ragionevole durata del processo, meritevole di sanzione con una liquidazione sfavorevole delle spese di lite a danno del trasgressore, sia esso vittorioso o soccombente.

⁽⁵³⁾ Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139, in *Giur. cost.* 2019, 1568; Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *www.ilprocessocivile.it*.

⁽⁵⁴⁾ Cass., sez. un., 26 febbraio 2022, n. 5624, in *Foro it. Rep.* 2022, voce *Spese giudiziali in materia civile*, n. 11; Cass. 1° marzo 2012, n. 3189, *ivi Rep.* 2012, voce *Procedimento civile*, n. 110; Cass., sez. un., 20 agosto 2010, n. 18810, *ivi Rep.* 2010, voce *cit.*, n. 163; Cass. 18 dicembre 2009, n. 16773, *ivi Rep.* 2009, voce *Diritti politici e civili*, n. 148; Cass., sez. un., 3 novembre 2008, n. 26373, in questa *Rivista* 2009, 1674, con nota di L.P. Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e ragionevole durata del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice*.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass. 12 settembre 2003, n. 13427, in *Foro it. Rep.* 2003, voce *Spese giudiziali in materia civile*, n. 23.

È, infatti, questa l'immagine plasticamente riflessa che l'art. 46, comma 6°, disp. att. c.p.c., a tutta prima restituisce, un'immagine in cui è però offuscata la chiarezza dell'atto processuale, il cui difetto neppure è stato testualmente considerato dalla norma richiamata a fini sanzionatori, venendo indirettamente affidato alle cure del malfermo armamentario degli artt. 88, 96, ult. co., c.p.c. ⁽⁵⁶⁾, ovvero alla sanzione dell'inammissibilità per gli atti di impugnazione che per tale ragione risultino inidonei al raggiungimento del loro scopo.

Eppure, si è cercato di dimostrare come anche un atto deficitario della necessaria chiarezza ostacoli la definizione del processo in termini ragionevoli, non meno di un atto oltremodo prolisso.

Davvero questo aspetto è stato così platealmente trascurato?

Crediamo di no.

Non solo perché una diversa opzione è possibile attraverso un'interpretazione teleologicamente orientata della disposizione.

Ma soprattutto perché i criteri di redazione – la cui violazione è parimenti rilevante ai sensi dell'art. 46, comma 6°, disp. att. c.p.c. nella liquidazione delle spese di lite – sono funzionali ad assicurare non solo la sinteticità, ma anche la chiarezza degli atti processuali (art. 2, comma 1°, d.m. n. 110/2023), che, a norma dell'art. 121, comma 2°, c.p.c., rappresenta «il» criterio di redazione per eccellenza. Ed allora, presterebbe il fianco al paradosso quell'interpretazione che intendesse sanzionare l'inoservanza dei criteri di redazione di cui all'art. 2, d.m. n. 110/2023, lasciando impunita una stesura dell'atto processuale priva della necessaria chiarezza espositiva.

⁽⁵⁶⁾ In questo senso, cfr. F. De Giorgis, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità*, cit., 11.

RASSEGNA BIBLIOGRAFICA

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

Ulisse Corea, *Condanna civile e misure coercitive*, Pacini Giuridica, Pisa 2023, pp. 312.

La monografia di Ulisse Corea affronta il complesso tema dei rapporti tra l'azione di condanna e le misure coercitive, alla luce dell'introduzione e consolidamento, nelle successive riforme processuali, dell'istituto di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. La ricerca dell'a. muove innanzi tutto, nel primo capitolo, dall'individuazione del tema oggetto dell'indagine, alla luce della distinzione tra forme e tecniche di tutela, delle diverse «pulsioni» presenti nell'ordinamento, riguardanti l'adozione di un approccio *rimediale*, dell'estensione della tutela specifica, del rinato interesse per forme di inibitoria generale, della necessità di individuare i limiti della tutela condannatoria in forma specifica e della *coercibilità* delle prestazioni, della possibilità di superare il dogma della (non immediata) efficacia delle sentenze dichiarative e costitutive. Infine al primo capitolo viene quindi individuato il piano dell'opera.

Il capitolo secondo è pertanto dedicato ad indagare i rapporti tra tutela di condanna ed esecuzione in forma specifica, muovendo da un'indagine storica, che affonda le proprie radici nel diritto romano, relativa all'affermarsi del principio *nemo ad factum praecise cogi non potest*, e prosegue nell'analisi delle reazioni della giurisprudenza francese (con l'introduzione delle *astreintes*). L'analisi storica prosegue con l'esame della disciplina codicistica unitaria (profondamente influenzata dal *code civil* francese) che esclude forme di esecuzione delle obbligazioni di *facere* e forme di coercizione indiretta. Si passa quindi ad esaminare le innovazioni – in tema di esecuzione degli obblighi di fare e non fare – contenute nel codice civile e di rito vigenti che, contestualmente rifiutano generalizzate forme di coercizione indiretta. In chiusura vi è un'approfondita analisi (par. 7) della nozione di infungibilità come limite all'esecuzione in forma specifica, con particolare riguardo alla infungibilità *nel processo* (par. 7.2).

Il terzo capitolo è dedicato all'ampliamento della nozione di condanna, anche in considerazione della già menzionata «tensione» verso la tutela in forma specifica. Muovendo dalla tradizione teorica della necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata e al suo (inevitabile) supera-

mento, l'autore individua quattro direttrici di ricerca su cui si è mossa (principalmente) la dottrina al fine di superare il tradizionale principio del *nemo ad factum praecise cogi potest*. Una prima volta a superare ogni distinzione tra situazioni soggettive nell'ambito dell'accesso alla tutela specifica (necessariamente da estendersi anche alle situazioni strumentali). Una seconda volta ad imporre una prospettiva rimediale (in contrapposizione alla tradizione continentale della fattispecie) quale (più flessibile) strumento per ampliare la tutela di nuovi bisogni e superare lo iato tra condanna ed esecuzione. Una terza direttrice amplifica la rilevanza del principio di *effettività* per sostenere che la tutela specifica goda di un primato che le deriverebbe dalla Costituzione. Una quarta muove dall'introduzione dell'art. 614-bis c.p.c. come definitivo presidio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Nell'analizzare queste quattro direttrici, l'a. dimostra innanzi tutto che la scelta di considerare la tutela in forma specifica come quella più adeguata è sprovvista di un fondamento normativo *oggettivo* (p. 115) (in tale contesto viene anche respinto il tentativo di allargare le maglie riguardanti l'ammissibilità di un'azione inibitoria atipica (par. 6.2). Viene poi riaffermato (condivisibilmente) il rifiuto ad una generalizzata trasformazione del nostro ordinamento in chiave rimediale e chiarito come l'introduzione delle misure coercitive indirette non può diventare strumento per individuare nuovi bisogni meritevoli di protezione, la cui selezione compete esclusivamente al legislatore sostanziale. Infine, l'analisi ricostruttiva del principio di *effettività* conduce a disconoscere la sussistenza di un *primato* della tutela specifica non rinvenibile nelle norme costituzionali o di fonti sovranazionali (che al più si curano che venga concessa una tutela *adeguata*).

Si giunge quindi al più corposo quarto capitolo dedicato ai limiti della coercizione indiretta e all'esame della disciplina legislativa, muovendo dalla sua genesi storica e alle modifiche *medio tempore* intervenute (con particolare riguardo alla riforma del 2015 che ha esteso l'ambito di applicazione a tutti i provvedimenti di condanna che non abbiano ad oggetto somme di danaro). Tale intervento impone di distinguere tra *infungibilità* (quale limite all'esecuzione forzata diretta) e *incoercibilità* quale limite sostanziale all'emissione di un provvedimento di condanna (p. 197), anche di natura cautelare. Viene poi analizzata l'esclusione dei rapporti di cui all'art. 409 c.p.c. e i dubbi di costituzionalità al riguardo affacciati (per essere respinti), nonché quello riguardante le obbligazioni di pagamento e l'utilizzo (soggetto a critica dell'autore) del limite della manifesta iniquità come strumento per escludere dalle italiane *astreintes* prestazioni che coinvolgono diritti di libertà o della personalità o diritti fondamentali.

Il par. 10 rappresenta il cuore ricostruttivo dell'opera: la tutela dei diritti e libertà inviolabili costituisce, nell'ottica dell'a., un limite di *incoercibilità* di diritto sostanziale ancor prima all'ammissibilità della tutela specifica di determinate obbligazioni, applicabile ad esempio quando la prestazione richiesta (pur oggetto lecito di un contratto) incida sulla dignità della persona (gli esempi sono quelli, di un contratto per la partecipazione ad uno *show* televisivo che mette in pubblico la vita privata delle persone o per le esibizioni svilenti, quali il lancio di un nano in forma di proiettile). In tali casi, e in altri (obbligo di prestare la propria attività professionale a favore di un'associazione, contratti di sponsorizzazione) – anche laddove venisse superato il vaglio di liceità dell'atto dispositivo dei diritti «personali» – non necessariamente può essere disposta la condanna in forma specifica (e correlativamente disposta la misura di coercizione indiretta).

Il par. 10.3 si occupa poi della clausola di «non manifesta iniquità» affrontando e superando i dubbi di costituzionalità (con un parallelo ai dubbi affacciati in relazione all'art. 96 c.p.c.) con riguardo all'*an* della comminatoria e alla sua determinazione (in assenza di cornice editale, ma in presenza di criteri per limitare la discrezionalità del giudicante).

L'ultimo capitolo è infine dedicato a verificare se non debba essere superata la tradizionale ricostruzione che vuole le sentenze dichiarative e costitutive efficaci solo con il passaggio in giudicato: l'applicazione delle *astreintes*, in linea teorica, a provvedimenti che individuano regole di azione per il futuro suscettibili di attuazione (quali possono certamente discendere da sentenze di mero accertamento o costitutive) costituisce spinta a ripensare criticamente la tradizione.

Al di là delle (pur) suggestive proposte dell'ultimo capitolo che paiono a chi scrive opinabili, l'opera monografica è decisamente apprezzabile per l'impostazione sistematica di fondo (attenta al primato del diritto sostanziale e del legislatore sui poteri del giudice), la profondità ricostruttiva e l'equilibrio delle soluzioni raggiunte. Particolarmente condivisibile (e originale) è l'individuazione di limiti di incoercibilità (a tutela di diritti fondamentali) alla tutela specifica che consentono di evidenziare come la soluzione di ogni questione di diritto presenti sempre un rovescio della medaglia: se da un lato, c'è l'intuitiva esigenza di consentire una piena attuazione degli obblighi (anche ai fini di riaffermare la giuridicità dell'ordinamento), dall'altro lato, tale piena attuazione non può porsi in contrasto con i diritti fondamentali (*in primis*, la libertà individuale) della persona, non senza dimenticare che la tutela per equivalente non sempre è *inferiore* sul piano della satisfattività (Stefano Alberto Villata).

Sergio Menchini, *Diritto processuale civile. Volume I. Parte generale*, Giappichelli, Torino 2023, pp. 496.

Il manuale di Sergio Menchini, del quale ad oggi è stato pubblicato solo il primo volume dedicato ai profili generali, costituisce, per espressa dichiarazione dell'a., il risultato di quasi quaranta anni di insegnamento del diritto processuale civile nelle università di Siena, Ferrara, Firenze e Pisa.

Premesso che il progetto editoriale prevede che venga edito un secondo volume, dedicato ai riti di cognizione, ai processi sommari e alle tutele cautelari, questo primo volume si compone di due parti: la prima, dal titolo «La giurisdizione e il processo», è suddivisa in due sezioni, rispettivamente dedicate a «La giurisdizione e l'azione» e a «Il processo»; la seconda parte intitolata «La giurisdizione dichiarativa» è anch'essa composta da due sezioni: «Il processo dichiarativo» e «La cosa giudicata». Nella prefazione, l'a. afferma di aver attinto, quanto ai contenuti, al pensiero e ai lavori di Giovanni Fabbrini e di ciò vi è evidente traccia, basti pensare alle tematiche, essenziali nello studio del diritto processuale civile, dell'eccezione di merito e dell'intervento adesivo. Quanto alla sezione dedicata al giudicato, il richiamo non è solo a Giovanni Fabbrini, ma ai contributi dello stesso a., indiscusso Maestro in materia.

Il manuale si lascia apprezzare per tante ragioni, tra cui la chiarezza espositiva e l'indiscutibile qualità di offrire più livelli di lettura: lo studioso può trovarvi la mappa di un solido e sofisticato apparato concettuale, lo studente la cornice rigorosa e chiara dei principi cardine del diritto processuale, il professionista la bussola di approfondimento di questioni di abituale riscontro professionale, ricostruendo in maniera compiuta lo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza (Francesca Ferrari).

Andrea Panzarola, *Introduzione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione (art. 363-bis c.p.c.)*, Pacini Giuridica, Pisa 2023, pp. VI-178.

L'opera si occupa del rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione disciplinato dal nuovo art. 363-*bis* c.p.c. introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Data la novità dello strumento, i requisiti di ammissibilità e il funzionamento del rinvio sono ordinatamente esposti nell'opera in chiave critica e ragionata, presentando al lettore una prima riflessione sui «nodi problematici» legati all'istituto.

Nel primo capitolo introduttivo, dedicato all'*iter* legislativo della riforma, sono esaminati il contenuto della legge delega e, in particolare, i

documenti elaborati nel corso dei lavori preparatori, dai quali emerge chiaramente che l'art. 363-*bis*, pur con modalità peculiari, persegue il rafforzamento della nomofilachia. Sempre nel primo capitolo sono evidenziate le caratteristiche, in rapporto di mutua implicazione, che contraddistinguono il rinvio pregiudiziale, ossia la natura preventiva e la struttura non impugnatoria.

Il secondo capitolo è dedicato ai presupposti del rinvio. Viene dapprima (par. 5) analizzato il meccanismo che introduce il rinvio pregiudiziale, con riferimento sia all'iniziativa officiosa del giudice, filtrata nel contraddittorio delle parti, sia all'istanza delle parti; è poi approfondito il tema del regime cui è sottoposta l'ordinanza che dispone il rinvio. I paragrafi successivi (da 6 a 6.5) si occupano invece dei presupposti che riguardano l'oggetto del rinvio, ossia «una questione esclusivamente di diritto», la quale deve esibire determinate caratteristiche che assurgono ad altrettante condizioni di ammissibilità del rinvio. La questione di diritto oggetto di rinvio deve, infatti, essere «decisiva» (o «rilevante»), cioè deve essere necessaria alla definizione, anche parziale, del giudizio. Il requisito della «decisività» è indagato soprattutto rispetto alle seguenti ipotesi problematiche: la formulazione del rinvio all'inizio del processo, cioè quando non è ancora fissato il tema dei fatti rilevanti per la decisione, portando all'enunciazione di un principio di diritto «affrettato» o «scarnificato» (p. 68), cioè pronunciato dalla Corte di Cassazione a seguito di un rinvio richiesto prematuramente; la proposizione del rinvio in pendenza di un giudizio di merito nel quale sono state sollevate eccezioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito che potrebbero condurre a definire il giudizio prescindendo dalla questione oggetto del rinvio pregiudiziale (p. 72); la sopravvenuta non applicabilità della norma cui la questione di diritto inerisce, c.d. irrilevanza per tardività (p. 76). I paragrafi successivi del capitolo secondo sono dedicati alle caratteristiche che, diversamente da quella della «decisività», «si riannodano all'intrinseco carattere della questione interpretativa prospettata» e che «concorrono ad erigere una barriera per scongiurare il pericolo che affluiscono alla Corte di cassazione questioni pretestuose». Esse attengono alla grave difficoltà interpretativa e alla prospettazione delle diverse interpretazioni possibili; la questione non deve essere ancora stata risolta dalla Corte di cassazione; infine, essa deve avere il requisito della «serialità», definita sia «in chiave prospettica», cioè rivolta al futuro, sia «in chiave diagnostica», cioè soddisfatta in concreto al momento del rinvio.

Nel terzo capitolo è indagato il funzionamento procedimentale del rinvio, con particolare attenzione a due elementi. Nei primi paragrafi (7 e 7.1) viene descritto l'effetto della sospensione automatica del procedi-

mento *a quo* e l'individuazione delle attività che possono compiersi durante la sospensione (atti urgenti e attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto di rinvio). Nei successivi paragrafi (7.2 e 7.3) l'analisi è invece volta a inquadrare il meccanismo della «restituzione degli atti», individuato dall'art. 363-*bis* c.p.c. come strumento per riattivare il processo sospeso sia in seguito all'emanazione della sentenza che contiene l'enunciazione del principio di diritto, sia in seguito all'emanazione del decreto del primo presidente di inammissibilità del rinvio.

Il capitolo quarto si occupa di delineare le caratteristiche del procedimento di rinvio dinanzi alla Corte di cassazione, distinguendo la fase preliminare «necessaria», assegnata al primo presidente e destinata alla verifica delle condizioni di ammissibilità del rinvio (par. 8), dalla fase successiva «eventuale» attribuita al collegio della Corte sfociante nell'enunciazione del principio di diritto dotato di efficacia vincolante (parr. 9 e 10). Gli ultimi due paragrafi del capitolo quarto si occupano di due peculiari questioni problematiche: la prima attiene al coordinamento tra l'art. 363-*bis* c.p.c. e la disciplina dell'estinzione del giudizio di appello *ex* art. 338 c.p.c. (par. 10.2); la seconda questione riguarda, invece, la posizione del giudice amministrativo, davanti al quale sia stata riassunta la causa di merito, rispetto al principio di diritto enunciato a seguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal giudice ordinario poi spogliatosi della giurisdizione.

Nel quinto e ultimo capitolo i tratti peculiari del rinvio pregiudiziale interpretativo sono messi brevemente a confronto con altri consimili meccanismi (uno fra tutti il *référé législatif*) pur nella consapevolezza che ciascuno di questi meccanismi «se pure costituiscono un insieme organico, risentono delle variabili concezioni dell'ordinamento giuridico e del suo mutevole sistema di fonti» (Erica Adobati).

Luca Pressacco, *Contributo allo studio della sentenza penale*, Giappichelli, Torino 2023, pp. 1-261.

Nel lavoro qui segnalato, Luca Pressacco offre uno studio in prospettiva – allo stesso tempo – dogmatica, storica, e positiva della sentenza penale, e della sua collocazione all'interno della sequenza procedimentale: sia come atto che fa parte di una serie di comportamenti rilevanti nella produzione di certi effetti giuridici, sia come *punctum unionis* (per decontestualizzare un'espressione più volte ricorrente nel testo) di tutte quelle pratiche mentali, culturali, e politiche in cui si riduce il mistero del processo (Satta).

L'argomento non soffre certo di «recentismo», giacché interviene su un tema classico della letteratura processuale. Un tema, tuttavia, un poco bistrattato dagli studi di settore, che dagli anni '80 del secolo scorso hanno preferito trascurare la vecchia analisi formale in favore di quella logica o epistemologica (se non, più semplicemente, di quella esegetica), perdendo così lentamente – con quel lessico – anche la capacità di vedere tutte le realtà giuridiche che essa era in grado di illuminare. Il lavoro non soffre d'altronde nemmeno di sovra o sotto-dimensionamento, giacché è articolato in tre parti sostanzialmente omogenee e agilmente dominabili: una prima (in due capitoli), dedicata ai profili teorici; una seconda (in altri due capitoli), dedicata ai profili giuridici; e una terza (in tre capitoli), dedicata ai profili epistemologici della sentenza.

Il primo capitolo, tra i più interessanti per gli appassionati delle «trame invisibili» del fenomeno processuale, punta a risolvere due quesiti dogmatici per così dire eterni: che rapporto c'è tra sentenza e giudicato? E che rapporto c'è tra sentenza e serie procedimentale anteriore? Per farlo, l'a. si confronta con le dottrine generali che hanno attraversato la scienza processuale contemporanea, illustrandone gli sviluppi e i superamenti, e mostrandone così le ricadute sul tema dell'identificazione della sentenza e sulla sua collocazione all'interno del processo: la teoria del rapporto giuridico processuale (Von Bülow), la teoria delle situazioni giuridiche processuali (Goldschmidt), e la teoria formale del procedimento (Galeotti). Le eredità e l'utilità storica delle prime due teorie è sempre evidenziata, ma è con le categorie dell'ultima che il lettore incomincia a vederci più chiaro, quantomeno in prospettiva: la sentenza è un atto incluso nella più ampia fattispecie complessa e unitaria del procedimento (Conso), ma si pone a sua volta come fattispecie (autonoma ed) esclusiva dei propri effetti (Cordero). Potrebbero sembrare prospettive inconciliabili, ma è da uno spostamento di visuale che l'Autore riesce a mantenere la parziale validità di entrambe. Da un punto di vista strutturale, infatti, la sentenza è certo un elemento della sequenza procedimentale, in grado di attribuire *rilevanza giuridica* agli altri elementi che la precedono (questi – in assenza della sentenza – non sarebbero sufficienti a chiudere la più ampia fattispecie del procedimento). Da un punto di vista funzionale, però, la sentenza è tuttavia anche l'atto che – assieme al decorso dei termini di impugnazione, o al provvedimento che dichiara l'inammissibilità della stessa – produce gli effetti tipici del giudicato.

Il terzo capitolo, proseguendo in sede giuridica l'analisi dogmatica, si confronta con ciò che i sistemi processuali hanno via via definito come «sentenza», tentando di rispondere – con le armi dell'analisi storica – ad un altro quesito di fondo: quali caratteristiche deve presentare un certo

provvedimento per potersi qualificare come «sentenza»? È sufficiente una certa forma, o è necessario un certo contenuto? Le domande sono feconde quanto le risposte, perché consentono all'a. di rintracciare le origini culturali dell'inclinazione contemporanea alla base della distinzione (un poco intuitiva) tra sentenze, ordinanze, e decreti (l'art. 98 del c.p.p. 1913), e di affrontare così il problema del concetto di «sentenza» rilevante secondo la Costituzione (art. 111, comma 7°, Cost.).

Il quarto capitolo, forte dell'analisi dogmatica e giuridica, considera la sentenza come atto processuale parte di un più ampio *iter*, evidenziandone l'interna struttura complessa: una sentenza non si riduce mai ad *un* comportamento giuridicamente rilevante, e per così dire «puntuale», essendo sempre il concorso di *più* azioni necessarie, eterogenee, e vincolate nella scansione cronologica. Approfondito e abbandonato il paradigma della sentenza come combinazione di un elemento conoscitivo e di un elemento performativo-autoritario (Foschini), l'a. rivede dal punto di vista strutturale (deliberazione, pubblicazione, e definizione dei contenuti del documento a fini conservativi) e funzionale (la sentenza come termine del giudizio, e come presupposto dell'impugnazione) i momenti in cui il codice scandisce l'emissione del provvedimento: ossia la fase della deliberazione, e la fase della documentazione (Amodio). Di quest'ultima dicotomia concettuale sono in particolare evidenziate le superiorità analitiche e pratiche, giacché essa sola permette – restando aderenti al dato positivo – di disegnare con sufficiente univocità le forme tipiche e le tecniche disciplinari in materia di invalidità dell'atto più particolare dell'intero codice di procedura penale.

Il quinto capitolo, recuperando alcune riflessioni in parte anticipate dal secondo, e poi condotte a conseguenze ulteriori nel sesto e nel settimo capitolo, proietta finalmente la sentenza sullo schermo del giudizio (inteso come decisione conclusiva della controversia): dal punto di vista formale, infatti, la sentenza è un documento a formazione frazionata, anticipato da un comportamento consistente nella deliberazione, orientato ad un risultato consistente nel documento in cui la decisione viene estesa, e inframezzato da condotte documentative che attestano lo svolgimento della deliberazione e – nell'attestarlo – lo provano, concorrendo così all'integrazione della fattispecie finale; dal punto di vista sostanziale, invece, nella sentenza sono contenute delle inferenze, che risentono del concetto di verità, del modo di accertarla in analogia (o disanalogia) con campi del sapere limitrofi al diritto (come, classicamente, la storia e la scienza), e di alcuni *standard* ormai acquisiti alla cultura giuridica contemporanea, soprattutto internazionale (presunzione d'innocenza, obbligo di motivazione, e dialettica del dubbio ragionevole) (Valerio Aiuti).

Alberto A. Romano, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Giappichelli, Torino 2023, I-XVIII, 1-443.

Il manuale «*Diritto dell'arbitrato rituale*» di Alberto A. Romano offre una analisi dell'arbitrato rituale, come disciplinato dal codice di rito, anche alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Cartabia.

L'opera si articola in nove sezioni, a loro volta suddivise in capitoli.

La trattazione inizia con un'introduzione che delinea i concetti fondamentali e lo sviluppo storico dell'arbitrato. Prosegue esaminando i presupposti dell'arbitrato, tra cui la convenzione arbitrale e la compromettibilità delle controversie. L'a. si sofferma poi sulla figura degli arbitri, analizzando il loro rapporto con le parti, le procedure di nomina e ricusazione, nonché i loro diritti e responsabilità.

Il volume dedica ampio spazio al procedimento arbitrale, dalla domanda di arbitrato alla pronuncia del lodo, focalizzandosi sull'arbitrato con pluralità di parti e sulle questioni relative alla successione nel processo e nel diritto controverso. Vengono poi esaminati i mezzi di impugnazione e di correzione del lodo.

L'opera prosegue affrontando i temi dell'efficacia di giudicato del lodo e della tutela cautelare in arbitrato, per poi soffermarsi sui rapporti tra arbitri e giudice e si conclude con le sezioni dedicate all'arbitrato amministrato e all'arbitrato internazionale.

La trattazione è corredata da riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, che arricchiscono il testo, rendendolo di indubbia utilità non solo per gli studenti, ma anche per gli operatori (Martino Zulberti).

Giuseppe Ruffini (a cura di), *Diritto processuale civile I. La giustizia civile e Diritto processuale civile II. La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, Il Mulino, Bologna 2024.

Nei primi mesi di quest'anno sono stati pubblicati i primi due volumi del nuovo manuale a cura di Ruffini. Il terzo volume, dedicato all'attuazione dei diritti mediante la tutela esecutiva, alle diverse tipologie di procedimenti speciali e al processo davanti agli arbitri, non è invece ancora disponibile.

Lo stesso a. rivela, in premessa, che l'idea di questo manuale viene da lontano e che è cresciuta nel tempo con l'evolvere dei corsi di diritto processuale civile che lo Ruffini ha preparato e tenuto anno dopo anno e che, tuttavia, al fine di addivenire alla stesura finale, è stato necessario ripensare interamente la materia, guardarla con occhi nuovi. Il testo è

frutto di un lavoro corale, nell'ambito del quale il curatore, autore della gran parte dei due volumi, riconosce il sostegno avuto dal suo maestro, Carmine Punzi, ma anche dai suoi migliori allievi. Tra gli autori dei capitoli non a firma di Ruffini si ricordano Marco Gradi, Valentina Bertoldi, Giorgio Giuseppe Poli, Nicola Sotgiu ed Emanuele Odorisio.

L'opera ha l'ambizione di offrire una ricostruzione sistematica della materia e una trattazione completa del diritto processuale civile, che tiene conto del processo giurisdizionale davanti al giudice statale, del processo arbitrale e delle forme di giustizia consensuale, sia alla luce della recente riforma processuale che dell'esperienza della giustizia digitale.

Il manuale, aggiornato alle più recenti sentenze della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, nonché alle modifiche della disciplina del processo civile preannunciate nello schema di decreto legislativo recante correzioni e integrazioni al d.lgs. n. 149/2022 approvato dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio e trasmesso dal Governo alle Camere il 6 marzo scorso, si presenta come uno strumento estremamente utile per gli studenti, principali utenti ai quali l'opera si rivolge, ma anche per i colleghi, e gli operatori del diritto, quali avvocati, notai, giudici e ciò in quanto ha la caratteristica di essere esauriente, ma essenziale ed altresì di avere anche uno stile grafico – con l'utilizzo di tioletti a margine – particolarmente accattivante (Francesca Ferrari).

NOTE A SENTENZA

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 23 novembre 2023,
n. 32559

Pres. D'Ascola – Rel. Lamorgese

Sindacato Italiano Balneari Sib c. Comune di (Omissis) e altri

È ammissibile e fondato il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8°, Cost. contro una sentenza del Consiglio di Stato che escluda l'intervento di una Regione e di associazioni esponenziali di interessi collettivi incisi dal provvedimento amministrativo impugnato e li estrometta dal giudizio, in quanto, negando in astratto la legittimazione di tali soggetti a intervenire in giudizio, nega anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto (massima non ufficiale).

(*Omissis*) 1. – Il signor (*Omissis*) è titolare di una concessione demaniale marittima e gestisce uno stabilimento balneare in (*Omissis*). In vista della scadenza del titolo concessorio alla data del (*Omissis*), egli aveva proposto istanza al fine di conseguire la proroga della concessione fino al (*Omissis*), l. n. 145 del 2018, ex art. 1, comma 682°, ma il Comune di (*Omissis*) aveva deliberato di respingerla e di rivolgergli formale interpellò al fine di conoscere se egli intendesse avvalersi della facoltà di prosecuzione dell'attività, del d.l. n. 34 del 2020, ex art. 182, convertito con l. n. 77 del 2020, con contestuale pagamento del canone per l'anno 2021 o, in via alternativa, non avvalersi di tale facoltà e accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di tre anni.

2. – Il suo ricorso è stato accolto dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione distaccata di Lecce (*Omissis*).

3. – A seguito dell'impugnazione della sentenza poc'anzi citata da parte del Comune di (*Omissis*), il Presidente del Consiglio di Stato (*Omissis*), ha deferito all'Adunanza Plenaria (d'ora in avanti, A.P.), ai sensi dell'art. 99, comma 2°, cod. proc. amm., la soluzione di tre complesse questioni di diritto rilevanti per la decisione.

4. – Nella fase del giudizio dinanzi all'A.P. sono intervenuti, anche a sostegno delle ragioni dell'originario ricorrente (*Omissis*), alcune associazioni di categoria, tra le quali il Sindacato Italiano Balneari-SIB (d'ora in avanti, SIB), l'Associazione Nazionale Approdi e Porti Turistici-ASSONAT (d'ora in avanti, ASSONAT), il Comitato Coordinamento Concessionari Demaniali Pertinenziali Italiani, alcuni enti territoriali (tra i quali la Regione Abruzzo) e numerosi soggetti privati titolari di concessione demaniale marittima, tra i quali la P. Sas di A.A. & C.

5. – L'A.P. (*Omissis*), ha estromesso dal giudizio tutti gli interventori, avendo dichiarato inammissibili i loro interventi spiegati sia nel giudizio di primo grado sia nella fase dinanzi a sé (*Omissis*).

6. – Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso, ex art. 111 Cost., comma 8°, in via principale, il SIB e, in via incidentale adesiva, ASSONAT e la Regione Abruzzo. La P. Sas di A.A. & C. ha depositato controricorso adesivo nei confronti di SIB. Il Comune di (*Omissis*) si è costituito depositando controricorso con cui ha difeso l'impianto motivazionale della sentenza impugnata. Il Comitato Coordinamento Concessionari Demaniali Pertinenziali Italiani ha depositato atto di costituzione con cui ha aderito alle conclusioni di

SIB, illustrate nella discussione orale. Le altre parti del giudizio d'appello, tra le quali (*Omissis*), sono rimaste intime. Il Procuratore Generale e le parti hanno depositato memorie.

Motivi della decisione

1. – Il SIB, interventore volontario nella fase dinanzi all'A.P. del giudizio introdotto dal sig. (*Omissis*) in primo grado e in altro giudizio promosso in appello da un altro concessionario, ha proposto ricorso per cassazione sulla base di cinque motivi.

1.1. – Il primo motivo si articola in due profili, in relazione agli artt. 3, 24 Cost., art. 111 Cost., comma 1° e 2°: a) con il primo è denunciato l'illegittimo diniego della giurisdizione, per avere l'A.P. ritenuto inammissibile, in via generale e a priori, l'intervento del SIB, al pari di tutti gli interventi proposti da altri enti e associazioni di categoria (persino di quelli già ammessi dal giudice di primo grado, come la Federazione italiana imprese demaniali), senza alcun esame concreto dello statuto di SIB (e degli statuti degli altri enti e associazioni di categoria) da cui risultava evidente la funzione primaria di SIB di rappresentanza e difesa, in ambito nazionale, delle istanze ed esigenze delle aziende turistico-balneari e della "esistenza stessa di tutte le imprese associate", irragionevolmente rinnegando la costante giurisprudenza amministrativa in tema di ammissibilità degli interventi volontari degli enti esponenziali di interessi collettivi e negando, aprioristicamente e indiscriminatamente, ogni forma di tutela giurisdizionale dell'interesse superindividuale; b) con il secondo profilo la sentenza impugnata è censurata nella parte in cui ha escluso che, a seguito del deferimento all'A.P. di questioni comuni a una serie di giudizi pendenti davanti al Consiglio di Stato, sia ammissibile l'intervento davanti alla stessa A.P. di un'associazione che è parte in uno di tali giudizi ma non in quello specificamente deferito; per questa ragione è denunciata l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2°, cod. proc. amm., per cui si chiede di sollevare questione dinanzi alla Corte costituzionale, assumendosi "evidente che il potere attribuito al Presidente del Consiglio di Stato dall'art. 99, comma 2°, cod. proc. amm., di deferire, anche d'ufficio, all'Adunanza plenaria "qualunque ricorso" – se inteso, tale potere, come nella specie è stato inteso, scegliendone uno "qualunque" tra una pluralità che presentavano la medesima questione di massima di particolare importanza – si risolve nella scelta arbitraria delle parti (e dei relativi difensori) abilitati a interloquire" (così in ricorso); "la impercetrabile e insindacabile scelta" operata dal Presidente del Consiglio di Stato (*Omissis*) "di due tra le tante cause in cui erano presenti le medesime questioni di massima di particolare importanza avrebbe in ogni caso precluso al SIB di far valere le proprie ragioni nella sede (A.P.) in cui si elaborava la soluzione anche della causa in cui esso aveva acquisito la qualità di parte" (così in ricorso). (*Omissis*).

1.2. – Il secondo motivo si articola in due doglianze che imputano all'A.P. l'indebito esercizio di poteri legislativi (*Omissis*).

2. – L'Associazione Nazionale Approdi e Porti Turistici-ASSONAT ha proposto ricorso incidentale adesivo ai motivi del ricorso di SIB, in primo luogo deducendo il diniego di giurisdizione per la ingiustificata estromissione dal giudizio di appello (primo motivo), evidenziando ulteriormente (negli altri motivi) l'eccesso di potere giurisdizionale, per avere l'A.P. travalicato i limiti esterni della giurisdizione amministrativa e invaso la sfera sia del potere legislativo che di quello amministrativo. (*Omissis*).

3. – La Regione Abruzzo, intervenuta nel giudizio dinanzi all'A.P., ha proposto ricorso incidentale adesivo al ricorso di SIB, formulando cinque motivi.

3.1. – Con il primo motivo la Regione Abruzzo, a sostegno della denuncia di diniego di giurisdizione per le ragioni già illustrate nel primo motivo di SIB, ha denunciato il grave

e irreparabile *vulnus* al diritto di difesa, non avendo avuto la possibilità di rappresentare le proprie ragioni in giudizio, in quanto immotivatamente estromessa dal giudizio.

La Regione Abruzzo, premesso di essere un ente costituzionale ed esponenziale di una collettività territorialmente definita e portatrice di interessi differenziati, ha osservato che era interessata e legittimata a intervenire nella fase processuale dinanzi all'A.P., anche in ragione degli effetti orientativi che i principi affermati in materia di concessioni marittime producono sull'attività istituzionale, amministrativa e regolatoria della regione e degli altri enti territoriali ricompresi nel territorio regionale. In particolare, stabilire se sia obbligo (non soltanto dei giudici ma) anche dei singoli operatori della pubblica amministrazione applicare la normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime, o disapplicarla per contrasto con la normativa unionale, avrebbe ricadute importanti sulle competenze amministrative e regolatorie della regione, la quale ha il dovere di orientare l'azione amministrativa non soltanto dei propri funzionari, ma anche delle amministrazioni e dei funzionari operanti nel territorio, chiamati a pronunciarsi sul tema della durata delle concessioni marittime. Inoltre, la Regione Abruzzo avrebbe un interesse diretto e immediato all'intervento in causa, in quanto su segnalazione dell'AGCM (*Omissis*) era stata invitata a modificare le istruzioni indirizzate agli enti locali in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime.

3.2. – Con il secondo e terzo motivo la Regione Abruzzo ha denunciato l'eccesso di potere giurisdizionale, imputando all'A.P. di essersi sostituita al legislatore, dettando una vera e propria nuova disciplina delle concessioni balneari e compiendo apprezzamenti anche politici del tutto estranei allo statuto costituzionale della funzione giurisdizionale.

3.3. – Un analogo eccesso è stato denunciato nel quarto motivo, concernente la valutazione relativa alla sussistenza incondizionata di un interesse transfrontaliero certo, e nel quinto, concernente la valutazione direttamente compiuta dall'A.P. circa la "scarsità delle risorse" che sarebbe invece riservata all'autorità amministrativa.

4. – Il Procuratore Generale ha chiesto l'accoglimento del primo motivo dei ricorsi di SIB, della Regione Abruzzo e di ASSONAT, assorbiti tutti gli altri motivi.

5. – Preliminarmente si deve valutare se a una parte (qual è il SIB) interveniente adesiva nel giudizio di appello (dinanzi all'A.P.) sia consentito impugnare autonomamente per cassazione la sentenza sfavorevole alla parte adiuvata (*Omissis*), alla luce della giurisprudenza di legittimità che lo esclude quando il ricorso per cassazione sia proposto da chi abbia spiegato in appello intervento adesivo dipendente. Al quesito deve risponderci affermativamente.

5.1. – In primo luogo, nella giurisprudenza consolidata di questa Corte è acquisito il principio secondo cui l'interventore adesivo non ha un'autonoma legittimazione ad impugnare laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole, "salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti la qualificazione dell'intervento (...)" (*ex plurimis*, Cass. n. 2818/2018, n. 27528/2016, n. 16930/2013, SU n. 5992/2012).

La predetta deroga al principio ("salvo che...") è stata applicata con riferimento a sentenze del Consiglio di Stato impugnate *ex art. 111 Cost.*, comma 8°, e condivisibilmente giustificata dalle Sezioni Unite (n. 31266/2019) in senso collimante con "la costante giurisprudenza del giudice amministrativo" secondo la quale il soggetto interveniente *ad adiuvandum* (...) non è legittimato a proporre appello in via principale e autonoma "salvo che non abbia un proprio interesse direttamente riferibile alla sua posizione, come nel caso in cui sia stata negata la legittimazione all'intervento o sia stata emessa nei suoi confronti la

condanna alle spese giudiziali (v. Cons. Stato n. 3409/2018; id. 22 febbraio 2016, n. 724; id. 13 febbraio 2017 n. 614; 6 agosto 2013 n. 4121)” (SU n. 31266/2019 cit.).

È allora evidente la legittimazione di SIB – e analogamente della Regione Abruzzo e di ASSONAT – a impugnare la sentenza dell’A.P., censurata dai predetti enti con il primo motivo dei rispettivi ricorsi (principale e incidentali adesivi) per averli estromessi dal giudizio di appello, negando la loro legittimazione a parteciparvi e, in tal modo, radicalmente conculcando (in tesi) il loro diritto di azione, oltre che di difesa e al contraddittorio.

In secondo luogo, a confermare ulteriormente la loro legittimazione a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza sfavorevole alla parte adiuvata (*Omissis*) sebbene non impugnata da quest’ultima, è la constatazione che, dal punto di vista processual-civilistico che è quello appropriato per la valutazione in esame, il SIB, ASSONAT e la Regione Abruzzo sono intervenuti nel giudizio di appello nella qualità di enti esponenziali di interessi collettivi, qualificati e istituzionali, senza ampliare il *thema decidendum* della causa, a tutela anche di diritti propri e autonomi, direttamente azionabili, connessi per l’oggetto e il titolo e finalisticamente convergenti con il diritto individuale della parte adiuvata.

6. – L’ammissibilità dei ricorsi, principale e incidentali, dev’essere esaminata anche tenendo conto che ad essere impugnata è una sentenza dell’A.P. – cui è stata deferita, come si è detto, la soluzione di questioni di massima di particolare importanza, su iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato – che, dopo avere dichiarato inammissibili gli interventi in causa, ha enunciato principi di diritto (in Fatti di causa, *sub* 5) e restituito gli atti a una sezione ordinaria del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione in rito e nel merito.

Viene, quindi, in rilievo il precedente invocato nel controricorso del Comune di (*Omissis*), con il quale le Sezioni Unite hanno affermato che “il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell’eccesso di potere giurisdizionale, non è ammissibile avverso la sentenza resa, nell’esercizio della propria funzione nomofilattica, dall’A.P. che, a norma del d.lgs. n. 104 del 2010, art. 99, comma 4° (cod. proc. amm.), abbia enunciato uno o più principi di diritto e restituito per il resto il giudizio alla sezione remittente, non avendo detta statuizione carattere decisorio e definitorio, neppure parzialmente, del giudizio di appello, il quale implica una operazione di riconduzione della *regula iuris* al caso concreto che è rimessa alla sezione remittente” (SU n. 27842/2019).

In questa ottica, il giudizio di appello, nella fase successiva alla pronuncia dell’A.P., sarebbe ancora “in fieri, spettando alla sezione remittente del Consiglio di Stato non solo l’attività di contestualizzazione e sussunzione del principio enunciato dall’Adunanza Plenaria, ai fini della decisione del motivo (...), ma anche la decisione degli eventuali altri motivi di appello”.

Una conferma di tale impostazione è stata desunta dal ravvisato collegamento tra la impugnabilità (per eccesso di potere giurisdizionale) delle sentenze dell’A.P. enunciatrici di principi di diritto e la loro attitudine al giudicato, la quale sarebbe da escludere, visto che “il giudicato può formarsi soltanto sui capi della sentenza aventi contenuto decisorio, assolvendo l’interpretazione della norma ad una funzione meramente strumentale rispetto alla decisione, e non sui principi di diritto autonomamente considerati” (SU n. 27842/2019), così come già affermato dall’A.P. con la sentenza n. 2 del 2018 (secondo quest’ultima pronuncia “l’enunciazione di un principio di diritto nell’esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l’applicazione alla vicenda per cui è causa della *regula iuris* enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l’autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all’art. 2909 c.c., e di cui all’art. 395 c.p.c., n. 5. Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell’Adunanza plenaria che definiscono – sia pure parzialmente –

una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di principi di diritto, la quale richiede – al contrario – un’ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente”).

6.1. – Il Collegio ritiene di non poter dare continuità al citato precedente del 2019, sulla base di plurime argomentazioni.

In primo luogo, come rilevato dal Procuratore Generale, il collegamento tra ricorribilità per eccesso (o difetto assoluto) di potere giurisdizionale, ai sensi dell’art. 111 Cost., comma 8, e attitudine al giudicato delle pronunce dell’A.P. enunciative di principi di diritto, è messo in dubbio nella stessa sentenza delle Sezioni Unite del 2019, ove si ammette “la possibile obiezione che l’attitudine al giudicato non costituisce un elemento imprescindibile ai fini della impugnabilità dei provvedimenti giurisdizionali, essendovi provvedimenti insuscettibili di giudicato e tuttavia impugnabili”.

La replica sul punto delle stesse Sezioni Unite, secondo cui “ai fini dell’accesso alla Corte di Cassazione, l’art. 111 Cost., comma 7° – del quale il comma 8°, altro non è che una specificazione – da lungo tempo (...) è stato interpretato nel senso che sono ricorribili per cassazione soltanto i provvedimenti aventi contenuto sostanziale di sentenza, in quanto, non solo, definitivi (rispetto ai quali non siano disponibili altri rimedi di tipo impugnatorio o oppositorio), ma anche effettivamente decisori, cioè idonei a definire una controversia su diritti soggettivi e status”, non è condivisibile.

Infatti, come correttamente rilevato nella memoria di SIB (pag. 3), “se è vero dell’art. 111 Cost., comma 8°, è una ‘specificazione’ del comma 7°, è anche vero che il requisito della ‘decisorietà’ è richiesto per individuare, tra i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza, quelli idonei ad incidere su diritti soggettivi, laddove i provvedimenti aventi la forma di sentenza sono ricorribili per cassazione – se altrimenti non impugnabili – per ciò solo che sono sentenze (a prescindere dall’incidenza su diritti soggettivi (*Omissis*))”.

Una conferma in tal senso proviene anche da una recente sentenza delle Sezioni Unite (n. 22423/2023, p. 11) che ha ribadito l’incondizionata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di sentenza, senza necessità di ulteriore scrutinio sulla loro portata decisoria, dovendosi quindi affermare che non è consentito neppure al legislatore ordinario far dipendere la ricorribilità per cassazione delle “sentenze” del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell’art. 111 Cost., comma 8°, con l’effetto di limitarla, a seconda della composizione dell’organo decidente (sezione semplice o A.P.).

In secondo luogo, la difesa di SIB coglie nel segno quando osserva che “d’altra parte, il carattere meramente potenziale della definitività delle sentenze dell’A.P. – superabile solo con una nuova rimessione all’A.P. – nulla toglie alla sua idoneità a produrre effetti rilevanti ai fini di cui all’art. 111 Cost., comma 8°, e cioè alla sua idoneità – proprio perché la sentenza è emessa dal massimo organo della Giustizia Amministrativa – a violare i (e a produrre successive, ripetute violazioni da parte delle Sezioni dei) limiti esterni della giurisdizione amministrativa; senza dire che l’esonero delle sentenze parziali dell’A.P. dal sindacato delle Sezioni Unite (...) investe proprio le più rilevanti ipotesi in cui è possibile dubitare del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione”.

In effetti, non sarebbe comprensibile una soluzione che sottraesse al sindacato per eccesso di potere giurisdizionale – previsto (sin dalla l. n. 3761 del 1877) a garanzia dell’integrità delle attribuzioni degli altri poteri dello Stato (legislativo ed esecutivo) e dell’esercizio del potere giurisdizionale (nei casi di indebito diniego, rifiuto o arretramento) da parte dell’autorità giurisdizionale adita (nella specie, amministrativa) cui quel potere spetta – le sen-

tenze dell'A.P. enunciative di principi di diritto, anche alla luce dell'orientamento che riconosce l'interesse a ricorrere (alle Sezioni Unite) per eccesso di potere giurisdizionale proprio ed esclusivamente avverso le sentenze d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del plesso giurisdizionale amministrativo e contabile, sono anche le sole suscettibili di arrecare un vulnus all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri (*ex plurimis*, Cass. SU n. 19084/2020, n. 13436/2019).

Nella stessa direzione è la requisitoria del Procuratore Generale che ha puntualmente evidenziato l'effetto, riconducibile all'orientamento delle Sezioni unite del 2019, di "(ridurre) nettamente la portata delle sentenze dell'A.P. che enunciano principi di diritto, considerandole nella sostanza alla stregua di semplici "pareri" indirizzati al giudice remittente", dovendosi invece attribuire ad esse "un diverso e maggiore rilievo", in considerazione della portata delle disposizioni dell'art. 99 c.p.a. che disciplinano il deferimento delle questioni all'A.P.

Condivisibilmente il Procuratore Generale ha desunto dall'art. 99, comma 3°, c.p.a. ("Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso") il grado del vincolo al principio di diritto cui deve di regola attenersi il giudice remittente, che è rappresentato dall'obbligo per la sezione semplice di applicarlo, con la sola eccezione di un dissenso che può esprimersi solo rinviando nuovamente all'A.P., con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Sussiste, pertanto, un vincolo "interno" all'osservanza del principio stabilito dall'A.P. per la sezione semplice del Consiglio di Stato che non può autonomamente sottrarsi senza un nuovo intervento della stessa A.P., da sollecitarsi con una ordinanza che deve essere adeguatamente motivata. Tale vincolo, peraltro, riguarda anche tutti gli altri giudici amministrativi, in considerazione dell'autorevolezza dell'organo da cui proviene e, quindi, della forza persuasiva della decisione, con una influenza preordinata ad estendersi ai numerosi casi analoghi nell'intero territorio nazionale.

Ad imporre questa conclusione è proprio la funzione nomofilattica valorizzata – mediante la predisposizione di uno strumento processuale idoneo a meglio garantire la prevedibilità delle decisioni giurisdizionali – dall'art. 99, comma 2°, c.p.a. che attribuisce al Presidente del Consiglio di Stato la facoltà, anche d'ufficio, di "deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali", al fine di enunciare principi di diritto elevati a criteri di decisione di casi analoghi o simili, come avvenuto nella fattispecie in esame. E ciò sia nel caso in cui l'A.P. decida "l'intera controversia" o "ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente" (comma 4), sia nel caso in cui, ove ritenga "la questione di particolare importanza", enunci comunque "il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio", senza effetto sul provvedimento impugnato (comma 5).

7. – Venendo a esaminare il primo convergente motivo dei ricorsi di SIB, della Regione Abruzzo e di ASSONAT, la comune doglianza rivolta alla sentenza impugnata è di avere dichiarato inammissibili – incorrendo in diniego o rifiuto della giurisdizione spettante all'organo giurisdizionale adito – i loro interventi (in sentenza qualificati *ad opponendum*) tempestivamente proposti nella fase del giudizio dinanzi all'A.P., dopo avere avuto conoscenza del deferimento, su iniziativa del Presidente del Consiglio di Stato, di plurime questioni di massima di particolare importanza, in vista dell'enunciazione di principi di diritto volti ad incidere direttamente sugli interessi collettivi e istituzionali dei predetti enti, estromessi – in tesi aprioristicamente – dal giudizio.

7.1. – È necessario riportare i principali passi della motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui ha estromesso dal giudizio le associazioni di categoria (tra le quali SIB e ASSONAT) e la Regione Abruzzo.

Con riferimento alle prime, dopo avere ricordato che nel processo amministrativo “la legittimazione attiva (e, dunque, l'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce a regole stringenti, essendo necessario che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati”, l'A.P. ha osservato che resta “quindi preclusa ogni iniziativa giurisdizionale che non si riverberi sugli interessi istituzionalmente perseguiti dall'associazione, sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, finalizzate esclusivamente alla tutela di singoli iscritti, atteso che l'interesse collettivo dell'associazione deve identificarsi con l'interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata e non con la mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati. Per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi occorre, quindi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso. Nel caso di specie – prosegue la sentenza – il provvedimento impugnato (che si traduce nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni. Né, per le ragioni già esposte, a giustificare l'intervento può rilevare la circostanza che la risoluzione delle questioni di diritto sottese al caso del singolo associato possa avere, specie per la valenza nomofilattica della pronuncia resa da questa Adunanza plenaria, una rilevanza anche sulla posizione di altri concessionari. La soluzione delle *quaestiones iuris* deferite a questa Adunanza plenaria non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati (dalle associazioni di categoria)” (p. 10.2 della sentenza).

L'A.P. poi ha osservato, riferendosi globalmente alle pubbliche amministrazioni (Regione Abruzzo, per quanto qui interessa) e ai concessionari demaniali intervenienti, che “essere titolari di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si definisce la regola di diritto da applicare successivamente alla risoluzione della presente controversia (...) non è, tuttavia, di per sé in grado di legittimare l'intervento in giudizio del terzo. Invero (...) non è sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un (altro) giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire. Osta al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce. Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (...)” (p. 10.1 della sentenza).

8. – Si deve valutare preliminarmente se la doglianza dei ricorrenti dissimuli una censura di *error in procedendo*, in quanto tale estranea al sindacato delle Sezioni Unite o, al

contrario, colga effettivamente una questione di giurisdizione deducibile in questa sede, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8°.

9. – Ad avviso del Procuratore Generale si tratta di questione inerente alla giurisdizione. Il Procuratore – richiamati i principi risultanti dalla giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato, secondo i quali “nel processo amministrativo la legittimazione attiva di associazioni rappresentative di interessi collettivi presuppone che la questione dibattuta ‘attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell’associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale’” – ha osservato che “la loro applicazione presuppone necessariamente una attenta valutazione, da condursi caso per caso, al fine di individuare la sussistenza di un interesse collettivo, definito dalle norme statutarie dell’ente, che si identifichi con l’interesse di tutti gli appartenenti alla categoria unitariamente considerata”. Ed “emerge – nel caso di specie – che siffatta valutazione non è stata, in radice, svolta”, essendosi l’A.P. limitata ad affermare che “nel caso di specie, il provvedimento impugnato (che si traduce nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale) lede esclusivamente l’interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità istituzionale delle associazioni”. Tale carenza sarebbe “confermata dal riferimento (...) generico a ‘tutte le associazioni’, senza alcuna considerazione analitica rivolta all’esame dei loro statuti. La necessità di un loro concreto e distinto esame era invece necessaria (...) per accertare caso per caso la loro legittimazione, soprattutto alla luce della eterogeneità dei soggetti intervenuti, che vanno dalle associazioni di categoria e sindacali agli enti pubblici territoriali”.

Non vi sarebbe stata, quindi, una “negazione in concreto di tutela alla situazione soggettiva azionata, determinata dall’erronea interpretazione delle norme sostanziali nazionali o dei principi del diritto Europeo da parte del giudice amministrativo”, ma una “negazione in astratto della situazione giuridica tutelata” propria degli enti intervenienti, con conseguente “arretramento rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale”.

10. – Il Collegio, condividendo le conclusioni svolte nella requisitoria del Procuratore Generale, ritiene che non sia configurabile un mero ed incensurabile *error in procedendo*, ma un diniego o rifiuto di giurisdizione per avere la sentenza impugnata negato agli enti ricorrenti la legittimazione ad intervenire nel giudizio, sulla base non di specifici e concreti impedimenti processuali (ad esempio, per ragioni relative alla fase processuale in cui gli interventi sono stati proposti, al grado di rappresentatività dei soggetti intervenuti rispetto agli interessi fatti valere, ecc.) ma di valutazioni che negano, in astratto, la titolarità in capo agli stessi enti di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

11. – Le Sezioni Unite hanno preso atto del diretto collegamento della legittimazione ad agire con la situazione giuridica sostanziale fatta valere dal ricorrente (o interveniente), giungendo ad affermare che il rapporto tra processo amministrativo e posizione sostanziale fatta valere (interesse legittimo) è di autonomia solo relativa, poiché “la sede processuale assume una posizione complementare rispetto a quella sostanziale, svolgendo una funzione di autentica individuazione degli interessi sostanziali meritevoli di tutela”. “Tale operazione, che tende a identificare nella titolarità di un interesse legittimo la sussistenza della legittimazione ad agire, è il risultato di una lunga operazione giurisprudenziale” che consente di affermare che “la legittimazione ad agire, invero, è da intendere (non come mera predicazione) ma piuttosto come effettiva titolarità della posizione azionata” (v. SU n. 20820/2019).

Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa, la legittimazione ad agire coincide con la titolarità di una posizione qualificabile come interesse legittimo (*ex plurimis*, Cons. di Stato, sez. V, n. 3923/2018, sez. VI n. 658/2005), anche quando si tratti di interessi (le-

gittimi) collettivi di determinate collettività e categorie, soggettivizzate in enti associativi esponenziali, legittimati ad agire e intervenire in giudizio (*ex plurimis*, Cons. di Stato, A.P., n. 6/2020; A.P. n. 9/2015; sez. IV n. 2236/2020, sez. III n. 1467/2020, sez. IV n. 36/2014, sez. IV n. 1478/2012).

12. – La questione concernente la configurabilità o meno di un interesse (legittimo) suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice e, pertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite, a norma dell'art. 362 c.p.c. (Cass. SU n. 2207/1978, in un caso speculare a quello ora in esame, cassò per difetto assoluto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che aveva annullato l'impugnato provvedimento della giunta provinciale di Trento, in materia di approvazione di progetto di opera stradale, qualificando in termini di interesse legittimo – anziché di interesse di fatto – la pretesa azionata dall'associazione Italia Nostra nell'esercizio dei propri compiti statutari di tutela del patrimonio storico, artistico e naturale; cfr. anche SU n. 3626/1972).

Nella stessa direzione si collocano i più recenti arresti che ribadiscono che inerisce al giudizio sulla giurisdizione, spettante alle Sezioni Unite, stabilire se la pretesa sostanziale azionata assurga al rango di interesse giuridicamente rilevante (legittimo) o consista in un interesse di mero fatto non differenziato e non giustiziabile (cfr., implicitamente, SU n. 15601/2023, p. 9; n. 27177/2023, p. 11). Nel primo caso è configurabile la giurisdizione amministrativa se la posizione sostanziale dedotta sia effettivamente considerata dall'ordinamento come interesse legittimo; nell'altro caso si ha difetto assoluto di giurisdizione, mancando in astratto la giustiziabilità della posizione fatta valere.

È una logica conseguenza della natura sostanziale dell'interesse legittimo (l'“interesse d'individui o di enti morali giuridici” già nel T.U. n. 1054 del 1924, art. 26, sul Consiglio di Stato e “di persone fisiche o giuridiche” nella L. n. 1034 del 1971, art. 4) – che nella dialettica contrapposizione ai diritti soggettivi (artt. 24, 103 e 113 Cost.) fonda il riparto delle competenze giurisdizionali tra giudice ordinario e giudice amministrativo – da tenere nettamente distinto dall'interesse (processuale) a ricorrere che integra una condizione dell'azione (cui si riferiscono alcuni precedenti delle Sezioni Unite: cfr. n. 475/2015, n. 7025/2006).

Ed allora, se la posizione soggettiva fatta valere ha consistenza di interesse legittimo, il giudice amministrativo, essendo fornito della giurisdizione, è tenuto ad esercitarla, incorrendo altrimenti in diniego o rifiuto della giurisdizione, vizi censurabili dalle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8° (cfr., in tema di rifiuto o diniego della giurisdizione, Cass. SU n. 31226/2017, n. 2242/2015, n. 21581/2011, n. 25395/2010, n. 30254/2008, n. 13659/2006).

È opportuno precisare, al riguardo, che l'ipotesi del rifiuto o diniego della giurisdizione si verifica ogniqualvolta le Sezioni Unite accertino, all'esito di un controllo contenutistico, che la sentenza impugnata disconosca, effettivamente, la tutelabilità in astratto delle posizioni soggettive azionate (aventi natura di interessi legittimi o, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi), senza che occorra una formale declaratoria in tal senso da parte del giudice amministrativo di ultimo grado. In altri termini, ai fini del rilievo del vizio denunciato, non si richiede che il Consiglio di Stato giustifichi espressamente la decisione per la ritenuta estraneità della domanda alle sue (o altrui) attribuzioni giurisdizionali o dichiarì formalmente che la situazione soggettiva fatta valere in giudizio sia priva di tutela in astratto, essendo compito delle Sezioni Unite verificare, all'esito di un controllo di tipo sostanziale, se la sentenza abbia prodotto oggettivamente questi effetti.

Attiene, per contro, al merito della controversia devoluta al giudice amministrativo, cioè alla fondatezza della domanda (in tal senso dovendosi intendere alcuni precedenti di

questa Corte, cfr. SU n. 11588/2019, n. 2050/2016), ogni questione concernente l'idoneità di una norma di diritto – per come applicata in concreto – a tutelare l'interesse dedotto dalla parte in giudizio (cfr. Cass. SU n. 15601/2023, p. 4, anche per i precedenti ivi richiamati).

13. – La giurisprudenza amministrativa ha da tempo delineato le coordinate della tutela giurisdizionale degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità di persone e categorie (anche professionali) affidata agli enti associativi esponenziali, iscritti in elenchi speciali previsti dalla legge o in possesso dei requisiti a tal fine individuati dalla giurisprudenza.

È costante l'orientamento che ammette la loro legittimazione attiva a intervenire nel processo amministrativo (anche in appello) alle condizioni che: a) la questione dibattuta attinga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati; b) l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione, che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio; restando preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse astratto al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia (v. Cons. di Stato, A.P., n. 9/2015; cfr., *ex plurimis*, A.P. n. 6/2020; sez. V n. 6037/2020, sez. IV n. 2236/2020, sez. IV n. 5229/2019, sez. III n. 5605/2019, sez. V n. 288/2019, sez. V n. 4957/2016, sez. V n. 4628/2016).

14. – Alla luce di queste coordinate può comprendersi come le argomentazioni contenute nella sentenza impugnata (in gran parte riportate *sub* 7.1) per estromettere dal giudizio tutti gli interventi in causa, rivelino non un mero e incensurabile *error in procedendo* ma, al contrario, un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile.

15. – Nella sentenza impugnata è stata omessa qualsiasi valutazione degli statuti delle associazioni ricorrenti (SIB e ASSONAT), i cui interventi sono stati globalmente dichiarati inammissibili, con conseguente loro estromissione dal giudizio, al pari degli interventi di altre associazioni ed enti eterogenei, anche istituzionali, come la Regione Abruzzo, non già all'esito di una verifica negativa in concreto delle condizioni di ammissibilità dei loro interventi (indicate dalla giurisprudenza amministrativa, *sub* 13), ma come effetto di un aprioristico diniego di giustiziabilità dell'interesse collettivo proprio delle stesse associazioni ed enti. Il percorso motivazionale lo dimostra.

Le menzionate associazioni di categoria sono state ritenute prive di “un interesse concreto ed attuale alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso” che “traduce(ndosi) nel diniego di proroga di una singola concessione demaniale (...) lede esclusivamente l'interesse del singolo, senza impingere in via immediata sulla finalità delle associazioni”. Ancor più significativa è l'ulteriore affermazione secondo cui “la soluzione delle *quaestiones iuris* deferite a questa Adunanza plenaria non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati, ma produce effetti non attuali e meramente eventuali sulla sfera giuridica dei concessionari, il che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento, che (...) non può essere sorretto dalla necessità di sostenere una tesi di diritto e, quindi, da mere ed astratte finalità di giustizia”.

In tal modo, la sentenza ha, in sostanza, precluso l'accesso alla giurisdizione delle predette associazioni che avevano fatto valere, in quanto tali, un interesse (anche) proprio e diverso da (nonché convergente e quindi adesivo a) quello individuale del destinatario del provvedimento negativo (vittoriosamente impugnato dinanzi al TAR di Lecce), con il quale le associazioni condividevano l'interesse – coltivato nel giudizio di appello introdotto dal Comune di (*Omissis*) – alla conferma della sentenza di primo grado; da qui l'evidente collegamento della loro posizione giuridica con quella fatta valere dal concessionario impugnante il provvedimento amministrativo di diniego della proroga.

È necessario considerare, inoltre, che l'interesse delle associazioni a partecipare al giudizio di appello è ascso al massimo grado una volta che (*Omissis*), il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito d'ufficio all'A.P. tre questioni di diritto di fondamentale importanza per gli interessi delle categorie rappresentate, in tema di legittimità ed efficacia delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative nell'intero territorio nazionale, proprio in ragione della “particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali” (pag. 5 della sentenza). Avere escluso pregiudizialmente tutte le associazioni e gli enti dalla partecipazione alla fase del giudizio dinanzi all'A.P., che era la sede nella quale sarebbero stati enunciati principi sostanzialmente normativi e vincolanti per i giudici e anche per le amministrazioni pubbliche, è sintomo di diniego o arretramento della giurisdizione in controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

E ciò tanto più alla luce del principio che legittima la proposizione dell'intervento adesivo nel giudizio amministrativo d'appello alle condizioni che vi sia alterità dell'interesse vantato rispetto a quello che legittimerebbe la proposizione del ricorso in via principale e che l'interveniente possa subire, anche in via indiretta e mediata, un pregiudizio dalla decisione d'appello o possa tutelare una situazione di vantaggio attraverso la definizione della controversa (cfr. Cons. di Stato, sez. II, n. 10142/2022; Cons. di Stato, A.P., n. 13/2018; sull'orientamento che ammette l'intervento *ad adiuvandum* e *ad opponendum* del soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente principale, v. sez. IV n. 7539/2023).

Neppure si potrebbe condizionare l'ammissibilità dell'intervento delle associazioni esponenziali di interessi collettivi, come la sentenza impugnata sembra sostenere, alla verifica di un loro interesse specifico identico a quello fatto valere dal titolare della concessione marittima (ad ottenere una singola proroga). Le associazioni predette agiscono, infatti, a tutela di interessi collettivi collegati e convergenti ma non confondibili con l'interesse specifico individuale fatto valere da chi (il titolare di una concessione) è parte principale nel processo. Il collegamento (anche indiretto e mediato) è necessario per giustificare l'intervento delle predette associazioni in una determinata causa (o tipologia di cause) e non in altre, ma l'interesse (legittimo) azionato è quello collettivo, attinente in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione, queste ultime direttamente lese dalla produzione degli effetti del provvedimento controverso.

Analoghe considerazioni valgono per la Regione Abruzzo, ugualmente estromessa dal giudizio per essere il suo intervento stato dichiarato inammissibile. La sua posizione non è stata specificamente presa in considerazione nella sentenza, ove la Regione è stata ricompresa verosimilmente tra “le pubbliche amministrazioni intervenienti” e accomunata agli altri “concessionari demaniali” estromessi, ai quali ultimi parrebbe riferirsi il criptico riferimento alla “obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì

da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*", senza ulteriori specificazioni in ordine ai giudizi ai quali si fa riferimento. Né è chiaro se sia riferito anche alla Regione Abruzzo il punto della motivazione ove si reputa "non (...) sufficiente a consentire l'intervento la sola circostanza che l'interventore sia parte di un (altro) giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella oggetto del giudizio nel quale intende intervenire".

In ogni caso, le doglianze espresse dalla Regione (riassunte sub 3.1) sono fondate per ragioni analoghe a quelle riguardanti gli altri ricorrenti, avendo la sentenza anche in tal caso disconosciuto l'interesse proprio dell'ente regionale a intervenire nella fase del giudizio dinanzi all'A.P., coerentemente con la giurisprudenza amministrativa che ha valorizzato il ruolo degli enti territoriali come soggetti esponenziali degli interessi della collettività di riferimento, con connesso riconoscimento di un'ampia legittimazione a partecipare al giudizio amministrativo, anche al di fuori di fattispecie attinenti alla sfera delle competenze specificamente riservate agli enti medesimi (v. Cons. di Stato, sez. IV, n. 8683/2010).

16. – In conclusione, si è trattato di un diniego o rifiuto della tutela giurisdizionale sulla base di valutazioni che, negando in astratto la legittimazione degli enti ricorrenti a intervenire nel processo, conducono a negare anche la giustiziabilità degli interessi collettivi (legittimi) da essi rappresentati, relegandoli in sostanza al rango di interessi di fatto. (*Omissis*).

Verso una giurisdizione di tipo oggettivo?

1. – In data – non precisata, ma nel 2021 – il titolare di una concessione marittima propone ricorso al TAR Veglie-Lecce; ricorso deciso con sentenza di accoglimento; a seguito di appello del Comune di Lecce, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva, senza pronunciarsi nel merito dell'appello, ha estromesso dal giudizio (tutti) i soggetti intervenuti innanzi al TAR e ancora presenti in appello (SIB e ASSONAT, associazioni di categoria, la Regione Abruzzo, nonché privati titolari di concessioni marittime (si trattava di circa cinquanta interventi), fissando i principi di diritto e rinviando alla Sezione per la pronuncia definitiva; con ricorso in Cassazione *ex art.* 111, comma 8°, Cost. SIB e, in adesione, ASSONAT, la Regione Abruzzo, la P. Sas, hanno investito le Sezioni Unite della illegittimità della estromissione. L'originario ricorrente non impugnava e non si costituiva («le altre parti del giudizio di appello,» – si legge in sentenza – «sono rimaste intime»). Le Sezioni Unite, ritenendo errata la decisione che aveva estromesso gli interventori dal giudizio, hanno accolto il ricorso, così statuendo: «In accoglimento del primo motivo di ricorso di SIB, Assonat e Regione Abruzzo, assorbiti gli altri motivi degli stessi ricorsi, cassa la sentenza impugnata e rinvia al Consiglio di Stato».

Sembra che la sentenza della Corte di cassazione debba essere interpretata nel senso che l'Adunanza plenaria dovrà nuovamente pronunciarsi, ripristinando il contraddittorio nei confronti degli interventori malamente estromessi. Si legge, infatti, al punto 17 della decisione che «non può essere accolta la richiesta di enunciare, ai sensi dell'articolo 363 cod. proc. civ., i principi di diritto nell'interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti» (infatti, soltanto l'Adunanza plenaria – e non la Sezione cui era stata affidata la soluzione nel merito della controversia – è deputata a «pronunciarsi nuovamente» sui «principi di diritto» da rispettare per la decisione della controversia)⁽¹⁾.

2. – Lo sfondo della vicenda è una questione annosa di contrasti tra leggi nazionali e direttive comunitarie. Quando le Sezioni Unite hanno emesso la decisione, il legislatore nazionale aveva già emanato disposizioni (l. n. 14/2023 di conversione del d.l. n. 198/2022) con cui aveva prorogato le concessioni fino al 31 dicembre 2025 con divieto agli enti concedenti di procedere all'assegnazione di concessioni prima dell'emanazione dei decreti legislativi relativi alla mappatura dei beni pubblici in regime di concessione (una sorta di rinvio *sine die*); ciò aveva provocato le preoccupate osservazioni del Capo dello Stato (che ebbe a firmare la legge soltanto perché essa conteneva molte altre disposizioni la cui applicazione non poteva esser rinviata); la Corte di giustizia UE, sollecitata dal TAR Lecce, che aveva chiesto la risoluzione di una questione pregiudiziale, con deci-

⁽¹⁾ Si ha notizia che il CdS ha di nuovo rigettato nel merito il ricorso (di chi? Del titolare della concessione, ricorso già rigettato con decisione non impugnata e quindi, secondo il diritto tradizionale, passata in giudicato? O degli organismi rappresentativi, cui si finirebbe col riconoscere una legittimazione a ricorrere?). Dopo avere redatto la nota abbiamo letto i commenti di R. Tiscini, *Cass. civ., Sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559 e i motivi inerenti alla giurisdizione* e C. Consolo, *Il ritorno del vento maestrale di Randstad in foggia estivale* (in *Giur. it.* 2024, p. 835 ss.), le cui conclusioni non sembrano discostarsi dalle nostre, anche se accreditano l'idea che le Sezioni Unite si sono trovate a decidere una questione delicata e, in qualche misura, opinabile. Per conto nostro, posto che alla Corte si era chiesto se fosse errata la negazione della legittimazione degli organismi di categoria e di altri enti a intervenire nel processo (come la sintetizza la Tiscini a p. 835), la soluzione accolta dalla Corte (come rileva Consolo, p. 839) rischia di mutare i caratteri del giudizio dinanzi al CdS, che è - e come deve essere nel sistema accolto dalla nostra Costituzione - "individuale e normale", conferendo agli organismi portatori di interessi di categoria una sorta di (impropria e inammissibile) azione di classe con un inevitabile slittamento verso una giurisdizione di tipo oggettivo.

sione 20 aprile 2023 (C-348/22) aveva stabilito: 1) che la direttiva invocata non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentino un interesse transfrontaliero certo; 2) che il punto 1 della direttiva 2004/2013 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del Comune in questione; 3) che l'obbligo di procedere a concessioni sulla base di procedure imparziali e trasparenti è incondizionato e preciso e riguarda il legislatore nazionale, i giudici e gli amministratori; 4) che la questione dei ristori ai concessionari che hanno investito nelle strutture necessario per l'esercizio dell'attività esula dalle questioni controverse in relazione alle quali è stata sollevata la questione pregiudiziale. Di conseguenza non stupisce che il Consiglio di Stato, V Sez., 27 dicembre 2023, n. 11200 abbia ribadito, proprio in considerazione della qui annotata decisione delle Sezioni Unite, che il termine ultimo per la durata delle concessioni in essere è quello del 31 dicembre 2023, dovendosi disapplicare leggi nazionali in palese contrasto con le norme comunitarie.

3. – Qualora si tenga conto degli eventi successivi sopra ricordati, la questione risolta dalle Sezioni Unite appare del tutto priva di interesse pratico, in quanto sembra che il «bene della vita» cui aspiravano i ricorrenti – ossia quello di ottenere in via giudiziale la possibilità di proroga automatica, indiscriminata e generale delle concessioni marittime – non possa attingere, come ribadito dalla decisione n. 11200 del 2023, a tutela giurisdizionale (ciò che noi sinteticamente indichiamo quando assumiamo che taluno ha un «diritto soggettivo» o un «interesse giuridicamente protetto»).

Resta, tuttavia, e non è priva di peso, l'affermazione che i c.d. enti esponenziali possono intervenire – ossia hanno legittimazione a intervenire – nei processi nei quali vengono trattate questioni che incidono sugli interessi e sulle aspettative delle categorie di riferimento e che la loro ingiustificata estromissione può portare all'annullamento dell'intera pronuncia. Un'affermazione, questa, che nel processo amministrativo conduce ad una indiscriminata dilatazione dell'ambito soggettivo dei processi, in quanto l'oggetto dei medesimi è di regola un provvedimento che ha per presupposto atti normativi di vario genere e di diversa efficacia, che interessano un'indefinita quantità di persone. Nel nostro caso abbiamo contato circa cinquanta interventori, così che la ragione «politica» o, se si

vuole, «pratica» per la quale il Consiglio di Stato aveva dichiarato l'inammissibilità degli interventi ci è sembrata quella di volere fissare limiti che la disciplina del codice del processo amministrativo (il quale stabilisce, in modo del tutto generico e approssimativo, che può intervenire – e per la prima volta anche in appello – chiunque abbia «interesse») non pone. È, tuttavia, opportuno tenere presente che questa disciplina nasce non solo dal presupposto che tali interventi sono necessariamente «senza domanda» o semplicemente adesivi alle posizioni della parte adiuvala, non incidendo sulle dimensioni oggettive della controversia, ma anche dalla consapevolezza che gli interventori, nel processo amministrativo – non essendo ipotizzabile una diretta ricaduta della decisione sulle loro posizioni soggettive, atteso che esse sono comunque soggette alla inevitabile «mediazione» del potere dell'Amministrazione – hanno la veste, per così dire, di *amici curiae*, ossia di chi può (soltanto) fornire al giudice utili indicazioni di carattere generale che lo aiutino a trovare la giusta soluzione della controversia e può, così, partecipare all'eventuale istruzione delle questioni.

Nel nostro caso, poi, il Consiglio di Stato aveva adoperato la mannaia dell'inammissibilità degli interventi – là dove poco gli sarebbe costato di ritenerli ammissibili – non senza darne una giustificazione. Infatti, aveva ritenuto che la questione da decidere fosse di puro diritto e di quelle che non consentivano alcun margine all'interpretazione, dovendosi dare attuazione ad obblighi assunti in Europa, fissando criteri per evitare nel futuro processi ingolfati da troppe e inutili presenze. Le Sezioni Unite sono andate in diverso avviso, interferendo inevitabilmente in una valutazione «interna» al giudizio amministrativo. A loro parere, sarebbe stata necessaria una motivazione puntuale che giustificasse per ciascuno degli interventori l'esclusione, in ciò ravvisando una sorta di diniego di giustizia, da inquadrare in un più ampio significato che si conferisce al «difetto di giurisdizione» di cui è menzione nell'art. 111 Cost.

4. – Fermo che anche noi siamo sensibili all'esigenza sottostante alla decisione, quale è quella di ampliare il contenuto dei «motivi inerenti alla giurisdizione» per i quali, ai sensi dell'art. 111, comma 8°, Cost., è ammesso il ricorso per cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo e di quello contabile⁽²⁾ – ci chiediamo se il caso che ha occasio-

(2) La decisione affronta anche il problema della impugnabilità della decisione dell'Adunanza plenaria, che non risolve la controversia, ma detta i principi regolatori ai quali dovrà attenersi la Sezione investita della controversia. Lo fa dando importanza decisiva al «nome» del provvedimento (sentenza). Si tocca, così, l'annosa e non facile questione dei

nato la pronuncia meritasse la «discontinuità» che si è voluta dare rispetto a precedenti indirizzi.

Infatti, la decisione rappresenta, a nostro avviso, un tipico esempio della possibilità che le parti utilizzino col concorso dei giudici di ogni giurisdizione e grado a scopo dilatorio in una materia – le concessioni marittime – caratterizzata da un uso abnorme da parte di tutti – concessionari, amministratori locali e centrali, legislatori e da ultimo giudici – qualsiasi strumento unicamente allo scopo di impedire uno «sfratto» annunciato, ma poi mai attuato da decenni. E in quanto tale, merita la segnalazione critica. Secondo le Sezioni Unite, estromettendo gli intervenitori, si sarebbe realizzato «un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile» (punto 14).

Fermo che il Giudice amministrativo aveva motivato il provvedimento con cui aveva ritenuto inammissibili gli interventi, è, comunque, evidente l'artificio dialettico adoperato dalle Sezioni Unite. Non basta, infatti, dichiarare che gli enti hanno un interesse e qualificarlo come «legittimo» per giustificare la conclusione secondo cui sarebbe stata loro negata tutela. Il problema sta nell'individuare quale è il tipo di tutela che l'ordinamento riconosce agli enti che non sono direttamente incisi dal provvedimento amministrativo impugnato e non può essere risolto facendo ricorso a concetti, perché così facendo si dà una giustificazione della decisione del tutto tautologica; in definitiva, soltanto apparente. Il nostro sistema di giustizia – ricordiamolo – è di tipo soggettivo, in quanto il giudice può intervenire se è chiamato in causa da chi è titolare del rapporto giuridico contestato o è diretto destinatario del provvedimento impugnato. Le ipotesi di legittimazione «allargata» sono del tutto eccezionali. Nel nostro caso l'unico legittimato a chiedere ed ottenere l'annullamento del provvedimento ritenuto illegittimo era il concessionario, cui era stata negata la proroga (ossia il ricorrente innanzi al TAR).

Fermo che, in mancanza di disposizioni di legge in tal senso, non è possibile attribuire all'ente esponenziale il potere di sostituirsi al destina-

rapporti tra forma e contenuto dei provvedimenti al fine di individuare il regime giuridico applicabile, al quale di recente Renato Oriani ha dedicato un poderoso volume. Non è questa la sede per indugiare sulla questione. Ricordiamo a noi stessi che l'art. 111 Cost. parla genericamente di «decisioni» (e non di «sentenze») del giudice speciale, lasciando all'interprete di stabilire quale sia il significato da dare al termine al fine di ammettere l'impugnazione straordinaria.

tario dell'atto amministrativo, conferendogli una legittimazione straordinaria, e volendo, con qualche sforzo di fantasia, trovare una plausibile giustificazione della decisione, potremmo immaginare che secondo le Sezioni Unite all'ente esponenziale sia consentito di chiedere, intervenendo nel processo instaurato dal destinatario dell'atto pregiudizievole, un provvedimento che incida non sul singolo provvedimento impugnato, ma su quello di carattere generale che ne è presupposto (una sorta di accertamento incidentale sulla illegittimità di tale atto presupposto, pregiudicante il provvedimento singolare impugnato). Se questa fosse la recondita giustificazione della decisione, si rischierebbe di cambiare il volto del processo amministrativo. Esso da processo di parti si trasformerebbe in un processo di tipo oggettivo sulla legittimità dell'operato dell'Amministrazione (nel nostro caso, finendo per impingere nella annosa questione della possibilità di proroghe *sine die* delle concessioni marittime), con inevitabili ricadute sul ruolo del giudice, il quale verrebbe inserito a pieno titolo nelle responsabilità di governo, che sono ben diverse e del tutto incompatibili con l'assoluta terzietà che dovrebbe contrassegnare la giurisdizione.

L'impressione è che l'idea retrostante sia proprio questa. Infatti, non risulta che la Corte di cassazione abbia mai ritenuto che un provvedimento del giudice ordinario di merito di estromissione di un interventore possa essere configurato come un caso di diniego di tutela da ricondurre nell'area delle questioni di giurisdizione.

Nei tempi che viviamo occorre che tutti siano rispettosi dei propri limiti. Se si oltrepassano, si corre il rischio di crisi di rigetto, quali si possono scorgere in attuali proposte, che trovano consenso in tutti gli schieramenti politici e che vogliono ridisegnare l'assetto della magistratura. Ed è per segnalarlo che si è ritenuto di annotare una decisione che, lungi dall'essere un *arrêt* degno di ricordo, andrebbe confinata tra gli incidenti di percorso.

ANDREA PROTO PISANI

Professore emerito nell'Università di Firenze

GIOVANNI VERDE

Professore emerito nell'Università LUISS Guido Carli

CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civ., sentenza 7 febbraio 2024,
n. 3452

Pres. D'Ascola – Rel. Nazzicone

Boccea Gestioni Immobiliari s.r.l. c. A.G.

La condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 sussiste per il solo atto introduttivo del giudizio e non per le domande riconvenzionali, fermo restando che al mediatore compete di valutare tutte le istanze e gli interessi delle parti ed al giudice di esperire il tentativo di conciliazione per l'intero corso del processo (massima non ufficiale).

(*Omissis*) 1. – La questione. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis* c.p.c. pone la questione di diritto se, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sussista l'obbligo di provvedere alla mediazione nel caso di proposizione di una domanda riconvenzionale, ove la mediazione sia stata già ritualmente effettuata, anteriormente alla prima udienza, in relazione alla sola domanda principale. Reputano le Sezioni unite di risolvere tale questione escludendo che il tentativo obbligatorio di conciliazione sia condizione di procedibilità della proposizione della domanda riconvenzionale, alla stregua delle seguenti considerazioni.

(*Omissis*) 3.2. – Le riconvenzionali «non eccentriche». Con riguardo alla riconvenzionale c.d. non eccentrica, la lettera e la *ratio* della disposizione inducono a ritenerla non sottoposta alla condizione della mediazione obbligatoria, in quanto si collega all'oggetto del processo già introdotto dall'attore. Infatti, la legge non prevede espressamente né che la riconvenzionale sia sottoposta a mediazione obbligatoria, né le modalità processuali di tale eventualità; ed il legislatore, pur intervenuto anche recentemente sul tema quando la questione in esame era ampiamente emersa, nulla ha ritenuto di disporre al riguardo. L'istituto processuale in questione si inserisce in un contesto riformatore che esprime la *ratio* di costituire «una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie» (così la relazione illustrativa al d.lgs. n. 28 del 2010). Ciò, al fine di preservare la «risorsa» della giurisdizione, nella «consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata e che misure di contenimento del contenzioso civile debbano essere messe in opera» (Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77). Da ciò l'adozione degli istituti processuali diretti, in via preventiva, a favorire la composizione della lite in altro modo, quali le misure di ADR (Alternative dispute resolution), cui sono riconducibili le procedure di mediazione, la negoziazione assistita, il trasferimento della lite alla sede arbitrale; nella stessa linea è la previsione generale del codice di rito civile, con gli artt. 185 e 185-*bis* c.p.c., relativi al tentativo di conciliazione ed alla formulazione della proposta di conciliazione da parte del giudice. Si noti – sin d'ora – come anche il giudice delle leggi abbia avvicinato, quanto alla *ratio* di indurre le parti a conciliarsi nell'intento di economizzare la risorsa giustizia, gli strumenti c.d. alternativi, quale la mediazione, all'attività del giudice stesso nel processo: il quale, in adempimento di un suo compito essenziale, conoscendo gli atti e le parti, ha tutto l'agio e le competenze per tentare la conciliazione lungo tutto il corso del processo, così come ora prevede l'art. 185-*bis* c.p.c., «fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione» (non solo «alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione», come recitava la norma prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 149 del 2022). La mediazione rientra tra le disposizioni «finalizzate, unitamente alle altre adottate in materia di giustizia, alla realizzazione dei comuni e urgenti obiettivi – a loro volta preordinati al rilancio dell'economia – del miglio-

mento dell'efficienza del sistema giudiziario e dell'accelerazione dei tempi di definizione del contenzioso civile» (Corte cost. 18 aprile 2019, n. 97). «Si è al cospetto, pertanto, di un procedimento contraddistinto dall'obbligatorietà, che deve essere espletato, pena l'improcedibilità della domanda, prima dell'instaurazione di una lite giudiziaria. Esso, di conseguenza, condiziona, in determinate materie, l'esercizio del diritto di azione» (Corte cost. 20 gennaio 2022, n. 10). L'istituto pone una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, specificamente «con finalità deflattiva» (Corte cost. 20 gennaio 2022, n. 10 e 18 aprile 2019, n. 97, *citt.*). La mediazione, con l'auspicata conciliazione, delle controversie mira a transigere le liti, evitando, in tal modo, che il soggetto debba ottenere soddisfazione attraverso gli organi di giustizia, con elevati costi e tempi, che noccono alla parte, come al sistema giudiziario nel suo complesso. Il fine, dunque, è l'auspicata non introduzione della causa, risolta preventivamente innanzi all'organo apposito, in via stragiudiziale. Ciò induce a ritenere che la riconvenzionale c.d. non eccentrica non sia sottoposta alla condizione della mediazione obbligatoria. La mediazione è stata già esperita senza esito positivo, prima del processo o nel termine concesso dal giudice, dall'attore: onde la condizione di procedibilità è soddisfatta e la lite pende ormai innanzi ad un giudice, che ne resta investito. La mediazione obbligatoria si collega non alla domanda *simpliciter*, ma al processo, che ormai è pendente, onde, essendo la causa insorta, la funzione dell'istituto viene meno, non avendo avuto l'effetto di prevenzione per la instaurazione del processo: in quanto essa si collega alla causa, non alla domanda come tale, in funzione deflattiva del processo. Pertanto, una volta che la domanda principale sia stata regolarmente proposta dopo che la mediazione abbia già fallito l'obiettivo, una nuova mediazione obbligatoria relativa alla domanda riconvenzionale – pur volendo trascurare ogni previsione sulle sue possibilità di successo, che non rilevano a questi fini interpretativi – non realizzerebbe, in ogni caso, il fine di operare un «filtro» al processo innanzi ad un organo della giurisdizione. Il giudice è già investito della controversia introdotta dall'attore, di cui non verrebbe ormai spogliato, neppure se il tentativo sulla domanda del convenuto avesse esito positivo, dovendo il processo proseguire per la decisione sulla domanda principale e, dunque, al più, con una mera «riduzione» del suo oggetto. Posto che l'istituto ha esclusive finalità di economia processuale, nel senso di evitare il proliferare di cause iscritte innanzi all'organo giudiziario, imporre un successivo, o più successivi ad ogni ulteriore domanda proposta nel giudizio, tentativi obbligatori di conciliazione, nel contempo differendo la trattazione della causa per mesi ad ogni nuova domanda proposta in giudizio, è un effetto eccessivo non voluto dalla norma rispetto allo scopo deflattivo perseguito.

3.3. – Le riconvenzionali «eccentriche». Resta da considerare il caso della proposizione della riconvenzionale c.d. eccentrica alla lite, che allarga l'oggetto del giudizio senza connessione con quello già introdotto dalla parte attrice. Qui, ad escludere la condizione di procedibilità concorrono – accanto alla ratio normativa di deflazione dei processi richiamata – ulteriori criteri d'interpretazione: quali il principio della certezza del diritto, che si oppone alla causazione di ulteriore contenzioso sul punto, e quello della ragionevole durata del processo.

3.3.1. – Sotto il primo profilo, occorre rilevare l'inadeguatezza di soluzioni intermedie, al fine di preservare il bene della certezza del diritto. Nei precedenti relativi alle controversie agrarie, ai sensi dell'art. 46 l. 3 maggio 1982, n. 203, la S.C. ritiene che il tentativo di conciliazione debba precedere anche la domanda riconvenzionale da parte del convenuto (*Omissis*). Peraltro, l'imminente insoddisfazione per la soluzione, attesi tutti gli inconvenienti sopra indicati e che vengono all'evidenza avvertiti dai giudici, ha indotto a compiere una serie di distinguo: i quali, se riescono a scongiurare alcuni di quegli inconvenienti, sono forieri poi di un pregiudizio assai più rilevante all'ordinamento nel suo complesso, ossia la compromissione del principio fondante della certezza del diritto, il quale, come è noto, non

è un principio come gli altri, ma è essenziale espressione dello Stato costituzionale di diritto, a fini anche di uguaglianza. (*Omissis*). Dunque, la tesi in esame afferma la necessità del tentativo anche per la domanda riconvenzionale, ma con distinzioni casistiche. Peraltro, i tanti distinguo rivelano l'imbarazzo, percepito dalle stesse decisioni che li propongono, di ritardare il processo con ulteriori oneri, quando le parti comunque non siano addivenute ad un accordo bonario palesando una indisponibilità al riguardo: onde si palesa trattarsi di un adempimento non conforme al parametro di ragionevolezza, in quanto non funzionale allo scopo di evitare l'intervento della giurisdizione mediante un componimento bonario della lite. In tal modo, essa è foriera di eccessiva incertezza del diritto. È facile, invero, prevedere code e sviluppi contenziosi allorché, proposta la domanda riconvenzionale senza mediazione, si sostenga dall'una e dall'altra parte, *secundum commoda*, che la domanda riconvenzionale amplia l'ambito», si «ricollega al contesto», concerne questioni «intorno alle quali il tentativo si è svolto», «si ricollegli direttamente al contrasto tra le parti ed alle pretese fatte valere dall'attore», che nella domanda di conciliazione «erano già esposti tutti i fatti, nonché la valutazione giuridica degli stessi» o «il convenuto abbia già dedotto le relative richieste nella procedura di conciliazione sperimentata dall'attore» o che, con la sua nuova domanda, «espone aspetti nuovi della controversia che, se conosciuti anticipatamente, avrebbero potuto condurre ad una definizione bonaria della controversia». Ed invero, molti possono essere i profili e le questioni dubbie, se il linguaggio resta vago ed i concetti controvertibili. Non questo è il senso del tentativo obbligatorio di mediazione o di conciliazione, ma proprio il fine opposto deflattivo delle liti giudiziarie, nell'*an* e nel *tempus*. Imporre di valutare se la domanda riconvenzionale «investa aspetti nuovi che se conosciuti e valutati dalle parti unitamente a quelli per i quali vi è già vertenza, giudiziaria, potrebbero condurre ad una definizione bonaria della lite, evitando l'intervento del giudice» (Cass. 27 aprile 1995, n. 4651) è ancora più arduo: impingendo così il criterio, invero, in una valutazione dello stato psicologico e dell'intendimento soggettivo presunto o ricostruito *ex post* (analogamente es. agli artt. 1419 e 1424 c.c.: dove però la scelta del legislatore ha ben altra ratio di conservazione degli atti giuridici e sicurezza dei traffici). (*Omissis*).

3.3.2. – Sotto il secondo profilo, sussistono limiti, individuati dallo stesso legislatore positivo e dal giudice delle leggi, contro l'allungamento dei tempi dovuti alla mediazione obbligatoria ed altri simili istituti, in ossequio al principio di ragionevole durata del processo.

3.3.2.1. – L'esigenza di non cadere in soluzioni controproducenti emerge con chiarezza, invero, dalle regole positive dettate dal legislatore, nel testo normativo in esame ed i altri similari, sul piano della interpretazione teleologica e avuto riguardo allo scopo perseguito dal legislatore medesimo. i) Anzitutto, nell'art. 23, secondo comma, d.lgs. n. 28 del 2010 è stabilito che «Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 del codice di procedura civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto». In tal modo, si è voluto escludere il concorso di analoghi istituti. Del pari, l'art. 3, primo comma, secondo periodo, d.l. n. 132 del 2014, conv. nella l. n. 162 del 2014 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile) prevede la convenzione di negoziazione assistita per chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro, ma «fuori dei casi previsti ... dall'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28». Infine, la medesima prospettiva restrittiva emerge dai commi 3 e 6 dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, rispettivamente concernenti altre specifiche procedure e peculiari esclusioni. Dunque, l'«eccesso di mediazione» è stato temuto e scongiurato dal legislatore me-

dianche le riportate previsioni, ed altre analoghe, che escludono l'ipotesi del concorso di diverse procedure di conciliazione o mediazione obbligatoria, o altre condizioni di procedibilità «comunque denominat[e]»: dettando una disciplina che risolve, in tal modo, il concorso tra la mediazione obbligatoria e le altre condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, escludendo un doppio e contemporaneo «filtro alla giurisdizione», ma optando, invece, per l'alternatività di procedure. Una diversa soluzione, invero, avrebbe determinato una gravosa duplicazione di costi superflui per le parti, attesa la necessità di assistenza difensiva in tutte le procedure, onde avrebbe finito per costituire, piuttosto, un serio ostacolo al raggiungimento di una soluzione conciliativa e causa di ritardo nella soluzione della lite insorta. ii) A ciò si aggiunga il disposto dell'art. 5, comma 2°, secondo periodo, d.lgs. n. 28 del 2010, secondo cui «L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza». Il legislatore ha dunque, pur nel favor per la soluzione alternativa delle controversie, circoscritto la condizione di improcedibilità al rilievo d'ufficio o all'eccezione di parte entro un limite processuale assai ristretto (la prima udienza). iii) Nella stessa direzione milita la generale previsione di una durata massima del procedimento di mediazione – fissata in tre mesi, prorogabile di ulteriori tre mesi dopo la sua instaurazione e prima della sua scadenza con accordo scritto delle parti – ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010, termine, inoltre, neppure soggetto a sospensione feriale: a confermare che per il legislatore il tentativo è utile e necessario, ma solo se esperito in tempi definiti e non foriero, invece, di ulteriori ritardi. iv) Ancora, espressamente l'art. 7 d.lgs. n. 28 del 2010 si preoccupa del principio della ragionevole durata del processo: stabilendo che «Il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2° e dell'articolo 5-*quater*, comma 1°, non si computano ai fini di cui all'articolo 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89». Al di là dell'intervento restrittivo di Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, come delle perplessità in dottrina sollevate circa la reale precettività della disposizione ai fini del computo del termine ragionevole di cui all'art. 6 Cedu (quanto alla possibilità di escludere il tempo utilizzato per il procedimento di mediazione, ove questo costituisca, in virtù del diritto interno, un presupposto indispensabile per l'accesso alla tutela giurisdizionale), il punto è che il conflitto con il fondamentale principio della ragionevole durata è avvertito chiaramente dallo stesso legislatore.

(*Omissis*) 3.4. – Conclusioni. In definitiva, la mediazione obbligatoria ha la sua ratio nelle dichiarate finalità di favorire la rapida soluzione delle liti e l'utilizzo delle risorse pubbliche giurisdizionali solo ove effettivamente necessario: posta questa finalità, l'istituto non può essere utilizzato in modo disfunzionale rispetto alle predette finalità ed essere trasformato in una ragione di intralcio al buon funzionamento della giustizia, in un bilanciamento dal legislatore stesso operato, secondo una lettura costituzionale della disposizione in esame, affinché, da un lato, non venga obliterata l'applicazione dell'istituto, e dall'altro lo stesso non si determini una sorta di «effetto *boomerang*» sull'efficienza della risposta di giustizia. Per ogni altro profilo, sussiste il compito generale del giudice, a fini di risparmiare risorse giurisdizionali e non emettere la sentenza, di tentare e proporre egli stesso la conciliazione (artt. 185, 185-*bis* c.p.c.), dove il tentativo di conciliazione potrà avere svolgimento con maggiore probabilità di esito positivo. Va anche precisato che spetta al mediatore, nel diligente adempimento del suo incarico professionale, esortare le parti a mettere ogni profilo «sul tappeto», ivi comprese altre richieste del convenuto. Ciò, ai sensi dell'art. 8, comma 3°, d.lgs. n. 28 del 2010: «Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia», dunque l'intera lite tra di loro. L'accordo sarà ricompreso nella proposta di conciliazione *ex* art. 11 del d.lgs., secondo cui, se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo

dell'accordo medesimo, mentre, quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione; in ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Piuttosto, la trattazione congiunta di più interessi di cui le varie parti siano portatrici sarà possibile all'interno dell'unico procedimento di mediazione: situazione che in diritto è ammessa ed in fatto è auspicabile, come è proprio delle funzioni di un bonario componimento degli interessi, affidato ad un terzo preparato ed estraneo alle parti. La mediazione torna un modo attraverso il quale le parti provano a risolvere la lite, anche in maniera diversa dall'applicazione rigorosa delle norme che regolano la vicenda, ricercando un equilibrio tra i rispettivi interessi, purché questi vengano peraltro adeguatamente ponderati e non ridotti forzatamente «a pari merito», il tutto innanzi ad un organo apposito, per scongiurare l'introduzione della lite innanzi ad un giudice.

Mediazione obbligatoria e domanda riconvenzionale: fine della questione?

1. – Nell'ambito dei rapporti fra mediazione e processo, uno dei problemi più discussi tanto in giurisprudenza che in dottrina ha riguardato il caso in cui, svolto senza successo un previo tentativo di mediazione obbligatoria *ex lege* (art. 5, comma 1°, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28), il convenuto proponga (per la prima volta) in giudizio una domanda riconvenzionale anch'essa rientrante fra le materie per le quali la mediazione si pone quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Posto che, per funzionare efficacemente, il meccanismo di «filtro» predisposto dal legislatore richiede che vi sia perfetta corrispondenza fra l'oggetto del tentativo stragiudiziale e quello del successivo processo, ci si è in effetti domandati se il giudice, nel predetto caso, debba (su istanza di parte ma anche d'ufficio) ordinare alle parti una nuova mediazione che abbia ad oggetto i temi sollevati dal convenuto, oppure se ciò non sia di ostacolo alla naturale prosecuzione del giudizio, ritenendosi la formulazione della norma («chi intende esercitare in giudizio un'azione»: art. 5, oggi comma 1°, d.lgs. n. 28/2010) riferita al solo attore e non ad altri soggetti che partecipino al processo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Invero, un primo orientamento riteneva non soggetta a mediazione la c.d. riconvenzionale «inedita» – ovvero non proposta nel previo tentativo fallito – sulla base, sostanzialmente, delle seguenti motivazioni: in primo luogo, la regressione avrebbe determinato un allungamento notevole dei tempi di definizione del processo in contrasto con l'art. 111 Cost; in secondo luogo, le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, derogando al diritto di azione, andrebbero interpretate in senso restrittivo; ancora, l'art. 5, d.lgs. n. 28/2010 indicherebbe il solo convenuto come legittimato a sollevare il difetto di previo espe-

2. – Con ord. 13 giugno 2023, n. 13198, il Tribunale di Roma – avvalendosi all'uopo del nuovo istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione introdotto dalla riforma c.d. «Cartabia» del processo civile all'art. 363-*bis* c.p.c. ⁽²⁾– aveva sottoposto la questione alla decisione delle Sezioni Unite, sì da poter contare su un principio di diritto che sgombrasse

rimento del tentativo di conciliazione; e, infine, la volontà di non creare pretestuosi utilizzi della riconvenzionale al solo scopo di ritardare il processo (in tal senso v., *inter alia*, Trib. Prato, 31 dicembre 2021; Trib. Roma, 8 gennaio 2017; Trib. Reggio Calabria, 22 aprile 2014; Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11 luglio 2011; in dottrina v., ad es. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in Chiaroni (a cura di) *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 2022, p. 316 ss.; Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in questa *Rivista* 2010, p. 585 ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, V, p. 76; Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.* 2010, V, p. 145).

Altro orientamento, minoritario in dottrina ma sostenuto da parte non irrilevante della giurisprudenza riteneva invece che ogni domanda, ultronea rispetto all'oggetto del tentativo stragiudiziale, avrebbe comportato la necessità di una nuova mediazione e ciò sulla base di altrettante motivazioni: anzitutto, l'esclusione della domanda del convenuto dall'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1°, avrebbe provocato un'ingiustificata disparità di trattamento tra parti del processo; su un piano eminentemente formale, poi, il termine convenuto, utilizzato dalla norma per indicare il soggetto che eccepisce l'improcedibilità della domanda, avrebbe dovuto essere riferito all'attore rispetto alla domanda riconvenzionale, mentre ad un livello sostanziale, la trattazione congiunta delle reciproche pretese davanti al mediatore avrebbe al contrario favorito una soluzione conciliativa; infine la Cassazione, con sentenza 18 gennaio 2006, n. 830, aveva interpretato una norma analoga, l'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 3 in materia di controversie agrarie, nel senso che l'onere del preventivo esperimento del tentativo di conciliazione, sussiste anche nei confronti del convenuto che proponga una riconvenzionale secondo uno dei criteri di collegamento previsti dall'art. 36 c.p.c. (cfr., tra le altre, Trib. Roma, 15 gennaio 2018; Trib. Verona, 21 febbraio 2017; Trib. Bari, 28 novembre 2016; Trib. Monza, 23 febbraio 2015; Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 15 marzo 2012; Trib. Como, sez. dist. Cantù, 2 febbraio 2012; Trib. Firenze 14 febbraio 2012; in dottrina cfr., ad es., Battaglia, *La nuova mediazione obbligatoria e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in questa *Rivista* 2011, p. 137; Balena, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.* 2011, p. 341; Santangeli, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, consultabile al sito www.judicium.it).

⁽²⁾ Si tratta, come noto, di un istituto mutuato dall'esperienza francese del *Saisine pour Avis* (pur con alcune differenze) il quale intende contribuire all'accelerazione dei processi e, del pari, a stabilire un principio di «nomofilachia preventiva», grazie al vincolo della successiva decisione di merito alla risoluzione, da parte della Corte, della *quaestio iuris* sollevata. Quest'ultima, invero, nel caso di specie rispondeva appieno ai requisiti prescritti dalla legge, ovvero: la soluzione era necessaria alla definizione del giudizio; sulla stessa non si era mai pronunciata la Corte di cassazione; la questione presentava gravi difficoltà interpretative; infine, era suscettibile di porsi in numerosi giudizi. In argomento, si veda, ad es., Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, p. 667 ss.; Marinelli, *La saisine pour avis de la Cour de Cassation e il nuovo rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: divagazioni su norme giuridiche e «norme culturali»*, in questa *Rivista* 2024, p. 67 ss.; Scoditti, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, consultabile al sito www.questionegiustizia.it; Turrini, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in questa *Rivista* 2023, p. 1609 ss.

ogni dubbio sulle precedenti interpretazioni e che potesse, *pro futuro*, orientare le scelte di altri giudici che sarebbero verosimilmente chiamati a pronunciarsi sulla medesima fattispecie⁽³⁾.

In particolare, il giudice romano aveva identificato cinque possibili soluzioni al quesito di partenza. Lasciando per un momento da parte quella accolta dalla Corte – la sufficienza della procedura di mediazione già esperita e la procedibilità dell'intero giudizio, compresa la riconvenzionale – sulla quale ci si concentrerà nel successivo §, veniva altresì ipotizzata:

– la necessità di disporre nuovamente la mediazione, con conseguente improcedibilità dell'intero giudizio in caso di omissione, sulla base del fatto che «la riconvenzionale c.d. inedita, essendo relativa ad un fatto costitutivo sorto posteriormente al primo tentativo di conciliazione, potrebbe produrre una variazione degli interessi in gioco tale da ammettere la possibilità che le parti arrivino a risolvere stragiudizialmente la loro controversia»⁽⁴⁾;

– la necessità di disporre nuovamente la mediazione, con conseguente improcedibilità della sola domanda riconvenzionale in caso di mancato esperimento della nuova mediazione, potendosi tale interpretazione «fondare sulla considerazione che la locuzione contenuta nell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010 “chi intende esercitare in giudizio una azione relativa a una controversia in materia di (...)” si riferisca necessariamente anche a coloro che intendono esercitare una azione in via riconvenzionale, così dovendosi estendere l'obbligo di mediazione anche a tali domande»⁽⁵⁾;

– la sufficienza della procedura di mediazione già esperita, con conseguente immediata improcedibilità della sola domanda riconvenzionale, posto che «l'esclusione delle domande successive a quella introduttiva del giudizio dall'ambito di applicazione dell'art. 5, comma 1-*bis*, provocherebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra le parti processuali» e, pertanto, «la domanda riconvenzionale deve essere considerata da subito improcedibile, in quanto la parte avrebbe potuto (e dovuto) introdurre la domanda riconvenzionale già in mediazione, essendo gravata di tale onere»⁽⁶⁾;

(3) Sebbene vada rammentato che il vincolo alla decisione della Corte è limitato al solo giudice remittente, non ad altri giudici di merito i quali, peraltro, dovrebbero tenere in debito conto una pronuncia a Sezioni Unite della Corte.

(4) Trib. Roma, n. 13198/2023, ord.

(5) Trib. Roma, n. 13198/2023, ord., cit.

(6) Trib. Roma, n. 13198/2023, ord., cit.: su questa tesi si tornerà nel successivo § 4, anche perché l'esito cui è giunta la Corte, nelle discussioni con alcuni mediatori sul punto, è parso poco «coraggioso», tenuto conto del monito che la stessa ha rivolto al mediatore (e, *a fortiori*, ai litiganti) «nel diligente adempimento del suo incarico professionale, [di] esortare

– da ultimo, la necessità di una nuova procedura di mediazione in caso di estensione soggettiva determinata dalla domanda riconvenzionale: «in questi casi, essendoci parti ulteriori rispetto a quelle che hanno partecipato alla mediazione, portatrici d'interessi diversi e bisogni ulteriori rispetto a quelle originarie, potrebbe succedere che se tali interessi o bisogni sono compatibili con quelli delle altre parti, si potrebbe giungere al buon esito del tentativo di mediazione ed alla risoluzione negoziale della controversia»⁽⁷⁾.

3. – Come accennato, la Cassazione, risolvendo il quesito posto dal giudice romano, opta per la soluzione forse più lineare sotto il profilo processuale e, di certo, maggiormente apprezzata dagli avvocati, ovvero la procedibilità dell'intero giudizio, indipendentemente dal fatto che la riconvenzionale «inedita» riguardi una materia soggetta a mediazione obbligatoria *ex lege*.

Le Sezioni Unite, peraltro, giungono alla predetta conclusione producendosi in una forse superflua distinzione – ai fini che riguardano la decisione – fra riconvenzionali «tradizionali», ovvero quelle che, ai fini della relativa ammissibilità, postulano la necessaria esistenza di un «collegamento oggettivo con l'oggetto» che già appartiene al giudizio, da una parte⁽⁸⁾, e riconvenzionali c.d. «eccentriche» – peraltro, piuttosto discusse in dottrina – le quali allargano l'oggetto del giudizio senza connessione con quello già introdotto dalla parte attrice (*id est*, senza dipendere dal titolo dedotto dall'attore) e che tuttavia (purché non eccedano la competenza del giudice) rendano anch'esse opportuna la trattazione congiunta e la decisione simultanea, da altra parte⁽⁹⁾.

le parti a mettere ogni profilo “sul tappeto”, ivi comprese altre richieste del convenuto»: così la sentenza in epigrafe.

⁽⁷⁾ Trib. Roma, n. 13198/2023, ord., cit.

⁽⁸⁾ Requisito che è comunque inteso in modo non restrittivo dalla giurisprudenza, ovvero ogni volta che sia ravvisabile un collegamento obiettivo tra le pretese, tale da giustificare il cumulo processuale, ed entrambe le domande appartengano alla competenza del medesimo giudice (ad es., i casi di connessione impropria che giustifica un cumulo soggettivo); così, ad es., Cass., 15 gennaio 2020, n. 533; Cass., 24 gennaio 2018, n. 1752; Cass., 11 aprile 2016, n. 7070.

⁽⁹⁾ In dottrina si esprimono in senso affermativo all'ammissibilità di tali domande Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova 1994, p. 246; Carnelutti, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma 1950, p. 256; Franchi, *Delle modificazioni della competenza per ragione di connessione*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, Torino 1973, p. 352; Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano 2017, p. 289; *contra v.* Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli 1957, p. 125; Satta, *Diritto processuale civile*, Padova

Non è questa la sede per approfondire l'argomento e, come ricordato, la distinzione si rivela influente sul risultato finale, analogo per entrambe le tipologie di domande; in aggiunta, le ragioni individuate per suffragare la accolta tesi della procedibilità dell'intero giudizio, sebbene esplicitate separatamente per ciascuna tipologia di riconvenzionale, a giudizio di chi scrive ben possono trovare applicazione reciproca e, dunque, sorreggere anche le domande cui non erano espressamente riferite.

Ciò premesso, volendo comunque seguire l'*iter* motivazionale della Corte, quanto alle riconvenzionali «tradizionali» la soluzione della questione risiede tanto in una interpretazione letterale dell'art. 5, (oggi) comma 1°, d.lgs. n. 28/2010 quanto in una di carattere teleologico. In relazione alla prima, oltre al fatto che essa si riferisce a chi propone una azione in giudizio (dunque, l'attore) e, quando richiama il convenuto, lo fa solo per individuare il soggetto autorizzato ad eccepire l'improcedibilità, si afferma che «la legge non prevede espressamente né che la riconvenzionale sia sottoposta a mediazione obbligatoria, né le modalità processuali di tale eventualità; ed il legislatore, pur intervenuto anche recentemente sul tema quando la questione in esame era ampiamente emersa, nulla ha ritenuto di disporre al riguardo».

Quanto, invece, alla motivazione insita nella scelta di sottoporre un corposo insieme di controversie al preventivo obbligo di mediazione viene ricordato l'ormai noto carattere deflattivo del contenzioso collegato all'introduzione della mediazione, aspetto confermato da molte altre disposizioni all'intero della relativa disciplina⁽¹⁰⁾. In effetti, se l'obiettivo principale (almeno nella primigenia versione del d.lgs. n. 28/2010⁽¹¹⁾) era di deflazionare i ruoli dei tribunali convogliando parte delle controversie su un diverso binario – nella speranza che potessero trovare un bonario componimento in quella sede e che non sfociassero in ulteriori processi

1973, p. 39; Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1975, p. 197. In argomento cfr., altresì, Vullo, *Riconvenzionale [Dir. proc. civ.]*, consultabile al sito www.treccani.it.

⁽¹⁰⁾ Basti pensare alle conseguenze per mancata adesione al procedimento, anch'esse rafforzate dalla riforma del 2022 (art. 12-*bis* d.lgs n. 28/2010), nonché al caso di una proposta del mediatore non accolta e alle sue conseguenze sul successivo giudizio (art. 13 d.lgs n. 28/2010).

⁽¹¹⁾ A tale riguardo va peraltro ricordato che la riforma Cartabia del 2022 ha ad esso accostato la più convincente idea di giustizia complementare che risponda agli specifici bisogni e interessi dei cittadini, la quale conferisce oggi una maggior dignità e autonomia allo strumento alternativo. In argomento v., ad es., S. Dalla Bontà, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*, in *Giust. cons.* 2023, p. 251 ss.; cfr., altresì, Ghirga, *La cultura della mediazione*, in questa *Rivista* 2024, p. 45 ss.

con progressiva erosione delle ormai scarse risorse della giustizia statale – sottoporre la riconvenzionale ad un ulteriore tentativo di mediazione, quando già è fallito quello sulla domanda principale non contribuirebbe in alcun modo al raggiungimento del predetto obiettivo, posto che il giudice dovrebbe in ogni caso pronunciarsi (almeno) sulle domande attoree (ammesso che la mediazione vada a buon fine per quelle del convenuto).

Pertanto, appare corretta l'affermazione secondo cui «la mediazione obbligatoria si collega non alla domanda *sic et simpliciter*, ma al processo, che ormai è pendente, onde, essendo la causa insorta, la funzione dell'istituto viene meno, non avendo avuto l'effetto di prevenzione per la instaurazione del processo: in quanto essa si collega alla causa, non alla domanda come tale, in funzione deflattiva del processo»⁽¹²⁾.

Passando quindi alle motivazioni che del pari escludono l'obbligo di mediazione per le riconvenzionali «eccentriche», cui pure possono ben predicarsi anche le ragioni appena esposte, la Corte individua nei canoni di certezza del diritto e di ragionevole durata del processo gli elementi per giungere alla medesima conclusione.

In relazione al primo, osserva la Corte come in passato la giurisprudenza, pur avendo in talune occasioni ammesso l'obbligo di conciliazione (di questa, invero, si parlava, avendo le pronunce prese in considerazione ad oggetto le controversie agrarie di cui all'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203) anche per la riconvenzionale «eccentrica», al contempo lo abbia limitato alla sussistenza di specifici presupposti, i quali «rivelano l'imbarazzo, percepito dalle stesse decisioni che li propongono, di ritardare il processo con ulteriori oneri, quando le parti comunque non siano avvenute ad un accordo bonario palesando una indisponibilità al riguardo». In tal modo, secondo le Sezioni Unite, la giurisprudenza pregressa sarebbe foriera di eccessiva incertezza del diritto⁽¹³⁾ e, aggiungerci, di applicazione

⁽¹²⁾ Così la sentenza in epigrafe.

⁽¹³⁾ In effetti prendendo in considerazione alcune fra le «specifiche» che avrebbero fatto scattare l'obbligo di nuova conciliazione anche per la riconvenzionale, prosegue la Corte, «è facile prevedere code e sviluppi contenziosi allorché, proposta la domanda riconvenzionale senza mediazione, si sostenga dall'una e dall'altra parte, *secundum commoda*, che la domanda riconvenzionale «amplia l'ambito», si «ricollega al contesto», concerne questioni «intorno alle quali il tentativo si è svolto», «si ricollegli direttamente al contrasto tra le parti ed alle pretese fatte valere dall'attore», che nella domanda di conciliazione «erano già esposti tutti i fatti, nonché la valutazione giuridica degli stessi» o «il convenuto abbia già dedotto le relative richieste nella procedura di conciliazione sperimentata dall'attore» o che, con la sua nuova domanda, «espone aspetti nuovi della controversia che, se conosciuti anticipatamente, avrebbero potuto condurre ad una definizione bonaria della controversia».

della disciplina della mediazione obbligatoria non generalizzata, bensì *secundum eventum litis*.

Al contempo, il principio di ragionevole durata del processo è sempre stato un «*evergreen*» per verificare la compatibilità di parentesi stragiudiziali obbligatorie con il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale. Naturalmente anche in questo caso il parametro in esame viene in soccorso della Corte, la quale ha cura di precisare (ciò che varrebbe nondimeno per le riconvenzionali «tradizionali») che tanto la normativa sulla mediazione⁽¹⁴⁾, quanto la giurisprudenza costituzionale⁽¹⁵⁾ quanto, infine, quella europea⁽¹⁶⁾ abbiano più volte ribadito come ogni tentativo stragiudiziale «forzato» non debba intralciare il diritto di difesa del cittadino allungando a dismisura la durata complessiva della tutela richiesta all'ordinamento. E in effetti, ragionando *a contrario*, sarebbe facile immaginare i cortocircuiti processuali che potrebbero verificarsi anche senza fine se ogni domanda nuova – da chiunque proposta nel corso del processo – ricadente nelle materie di cui all'art. 5, comma 1°, dovesse comportare la corrispondente regressione ad una ennesima fase stragiudiziale ove (al di là degli esborsi economici di ogni tentativo) le speranze di raggiungere un accordo risulterebbero pressoché nulle.

4. – Proprio quest'ultimo aspetto, unitamente a quelli esaminati dalle Sezioni Unite, a nostro avviso appare convincere una volta per tutte della bontà della soluzione offerta, essendo strettamente collegato allo «spirito» della mediazione: invero, occorre essere sul punto realisti e riconoscere che

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è, ad es., al termine per l'eccezione o il rilievo dell'improcedibilità (che, come noto, viene individuato nella prima udienza: art. 5, comma 1, d.lgs n. 28/2010); alla durata della mediazione (oggi 3 mesi prorogabile di ulteriori 3: art. 6 d.lgs n. 28/2010); all'art. 7 d.lgs n. 28/2010 che, sebbene espunga dal calcolo sulla ragionevole durata del processo ai fini della legge Pinto il periodo di mediazione, ciononostante dimostra di tenere in considerazione la durata (o meglio, la necessaria brevità) del tentativo.

⁽¹⁵⁾ Al riguardo viene richiamata, fra le altre, Corte cost. 12 dicembre 2019, n. 266, secondo cui, quando si discute di strumenti alternativi obbligatori è necessario approntare un «appropriato meccanismo di coordinamento, ispirato alla considerazione necessariamente unitaria della vicenda sostanziale dedotta in giudizio e all'esigenza di salvaguardare la ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), senza vanificare, con inutili intralci, l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.)».

⁽¹⁶⁾ Oltre ai principi di diritto ad un ricorso effettivo all'autorità giurisdizionale sanciti dalla CEDU agli artt. 6 e 13 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 47, viene ricordata la nota sentenza del 18 marzo 2010, C-317, C-318, C-319 e C-320 (Alassini *et al.*), in cui la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha escluso che il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 1, comma 11°, l. n. 249/1997 confligga col diritto comunitario, purché risponda ad obiettivi di interesse generale e non risulti sproporzionato rispetto a questi ultimi.

– se non v'è stato accordo nel primo tentativo di mediazione (quello attivato dall'attore) – e, anzi, il chiamato non ha neppure ritenuto di dover allargare il «*thema mediandum*» ivi proponendo le sue domande (che poi rappresentano i propri bisogni e interessi), ciò si deve al fatto che non v'è alcuna volontà, da parte di quest'ultimo, di addivenire ad un accordo conciliativo; appare allora controproducente (nell'ottica delle parti ma anche dello strumento in quanto tale) forzarle ad ulteriori (inutili e costosi⁽¹⁷⁾) incontri fra di loro per certificare ciò che *in actis* appare già chiaro, ovvero la determinazione a risolvere la loro vertenza in modo eterodeterminato mediante una pronuncia giudiziale⁽¹⁸⁾.

Nel corso degli incontri di aggiornamento riservati a mediatori e seguiti alla pubblicazione della sentenza in commento alcuni di essi hanno *in parte qua* criticato la decisione raggiunta dalla Corte, soprattutto in relazione all'ultima parte della stessa, laddove afferma che «spetta al mediatore, nel diligente adempimento del suo incarico professionale, esortare le parti a mettere ogni profilo 'sul tappeto', ivi comprese altre richieste del convenuto», e che «la trattazione congiunta di più interessi di cui le varie parti siano portatrici (...) è ammessa ed in fatto è auspicabile, come è proprio delle funzioni di un bonario componimento degli interessi, affidato ad un terzo preparato ed estraneo alle parti». Secondo la tesi di questi ultimi, in particolare, la Corte – pur riconoscendo che tutte le questioni dovrebbero essere discusse in mediazione e che al mediatore spetti il compito di sollecitare le parti a condividere sin da subito reciprocamente le rispettive richieste – non avrebbe avuto il coraggio di assumere una decisione più drastica – ovvero la sufficienza della procedura di mediazio-

(17) Va in effetti ricordato che il d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, ovvero il decreto ministeriale attuativo che sostituisce il previgente d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, ha sostanzialmente elevato gli importi dovuti all'organismo di mediazione da entrambe le parti, e ciò tanto a livello generale, quanto con riferimento al primo incontro di mediazione, oggi non più gratuito ma soggetto al pagamento di una somma parametrata al valore della lite: in argomento sia consentito il rinvio a Ferraris, *Il regolamento di procedura e le spese di mediazione secondo il nuovo d.m. n. 150 del 2023 (ovvero come rendere sovrabbondante ciò che avrebbe dovuto rimanere essenziale, comprensibile e contenuto)*, in corso di pubblicazione in *Giust. cons.* 2024.

(18) *Contra v. Valerini, La domanda riconvenzionale nei procedimenti di mediazione*, consultabile al sito www.judicium.it, il quale, tenuto conto della «generale impostazione del decreto legislativo che vuole favorire quanto più possibile il raggiungimento di un accordo», ritiene invece «l'interpretazione secondo cui l'obbligo di mediazione debba essere esteso anche alla domanda riconvenzionale sia preferibile (...) anche in chiave sistematica per porre le premesse di un tentativo di mediazione efficace ed efficiente in linea con l'obiettivo di risolvere le controversie civili e commerciali e con l'obbligo di partecipare lealmente al confronto sulle questioni controverse».

ne già esperita, con conseguente immediata improcedibilità della sola domanda riconvenzionale (anch'essa, come già ricordato, prospettata dal mittente) – la quale, nel forzare le parti ad una completa «*disclosure*», avrebbe verosimilmente giovato alla mediazione.

Siffatta posizione, di per sé suggestiva, *re melius perpensa* presenta alcuni profili problematici a livello applicativo: se pure l'attore avrebbe tutto l'interesse a sollevare la relativa eccezione resta il problema di come evitare che la diversa soluzione prospettata si presti ad abusi da parte di quest'ultimo. Come noto, l'intero procedimento di mediazione è permeato dal generale principio di riservatezza, che a sua volta si concretizza nel verbale di mediazione, documento estremamente conciso dove, al di là degli estremi dell'organismo di mediazione e della data del primo incontro (se il tentativo lì si conclude), sono indicati i nominativi delle parti e dei relativi legali, il fatto che si è svolto l'incontro e l'esito dello stesso, in linea con quanto prescritto dall'art. 9, d.lgs. n. 28/2010⁽¹⁹⁾. In altre parole, la legge e la relativa prassi comune agli organismi dimostrano come ciò che viene portato a conoscenza del mediatore non compare mai nel verbale, onde evitare successivi problemi laddove lo stesso fuoriesca dalla mediazione e sia utilizzato come prova (fisiologica) del fatto che un tentativo (obbligatorio) è stato esperito.

Stando così le cose, e non condividendo le (per fortuna) isolate prese di posizione della giurisprudenza sul punto⁽²⁰⁾, *quid iuris* se la questione fosse stata in effetti discussa, magari non nei termini esatti della riconvenzionale ma con analoghi contenuti? Il convenuto, non disponendo di alcuna prova (né potendo, *ex art. 10*, d.lgs. n. 28/2010, chiamare il mediatore a testimoniare su quanto avvenuto nel corso del procedimento), si vedrebbe dichiarare *sic et simpliciter* l'improcedibilità della propria domanda. Certo, si potrebbe essere tentati di ammettere che almeno questo aspetto possa trovare cittadinanza nel verbale (peraltro, in che termini? Quanto in dettaglio occorrerebbe verbalizzare le articolazioni della pretesa del chiamato per verificarne la corrispondenza con la riconvenzionale proposta in giudizio?), e tuttavia a noi sembra una modifica pericolosa della succitata prassi, sia poiché finisce per violare un obbligo di legge, sia

⁽¹⁹⁾ Il cui primo comma afferma, testualmente, che «Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o partecipa al procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo».

⁽²⁰⁾ Cfr., ad es., Trib. Roma, 21 gennaio 2015 il quale «assegna alle parti il termine di quindici giorni dalla comunicazione della presente ordinanza per la presentazione di domanda di mediazione (...); dovrà essere prodotto il verbale di mediazione».

perché il canone di riservatezza è già stato «sotto attacco» in passato⁽²¹⁾ e «allargarne le maglie» creerebbe un pericoloso precedente ad un vero e proprio pilastro della mediazione, senza il quale probabilmente in pochi usufruirebbero dello strumento.

Meglio, dunque, intendere il monito della Corte al mediatore come ulteriore riconoscimento delle potenzialità del tentativo, in linea peraltro con quanto già avvenuto con Cass. n. 8473/2019 ove i supremi giudici avevano finalmente accordato dignità alla mediazione e alla professionalità di mediatore e avvocati⁽²²⁾.

La questione affrontata e risolta dalle Sezioni Unite lascia tuttavia aperto un ulteriore problema, ovvero quello di una riconvenzionale su materia obbligatoria in un contesto in cui non sia stato preventivamente svolto un tentativo obbligatorio *ex lege* (poiché, ad es., la materia su cui insiste la domanda attorea non era ricompresa nel novero di quelle indicate all'art. 5, comma 1°, d.lgs. n. 28/2010). In tali casi, pur essendo in astratto opportuna (e, secondo alcuni, fors'anche necessaria⁽²³⁾) una regressione del procedimento alla fase stragiudiziale (del resto, non essendosi le parti in precedenza confrontate, non è escluso riescano a trovare un componimento dei loro interessi), in concreto emergerebbero ulteriori questioni: invero, la parte legittimata a sollevare l'eccezione – l'attore – non sembra possa nutrire un particolare interesse a sottrarre tempo (e ulteriori risorse economiche) al procedimento che ha attivato (d'altra parte, se avesse avuto *animus mediandi*, avrebbe potuto comunque attivare una mediazione volontaria *ante causam*); e, dal canto suo, il giudice (gravato, com'è, da ruoli «consistenti» e da tutta una serie di controlli preliminari per ogni fascicolo, specie considerando il nuovo rito ordinario *post* riforma: v. art. 171-*bis* c.p.c.⁽²⁴⁾), è ragionevole domandarsi se sia agevol-

⁽²¹⁾ Si veda, ad es., il tema dell'utilizzabilità della CTM disposta in mediazione, che secondo alcuni tribunali (*ante* riforma Cartabia) sarebbe stata possibile in un successivo giudizio anche senza l'assenso delle parti. In argomento v., *si vis.*, Ferraris, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *Contratti* 2017, pp. 709 ss.

⁽²²⁾ Cfr. la citata sentenza, ove si afferma, *inter alia*, che «Il successo dell'attività di mediazione è riposto nel contatto diretto tra le parti e il mediatore professionale il quale può, grazie alla interlocuzione diretta ed informale con esse, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi, ed aiutarle a trovare una soluzione che, al di là delle soluzioni in diritto della eventuale controversia, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità e definire amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, favorendo al contempo la prosecuzione dei rapporti commerciali».

⁽²³⁾ Cfr., ad es., Trib. Como, 2 febbraio 2012.

⁽²⁴⁾ Il quale pure menziona la verifica delle condizioni di procedibilità «della domanda», ma tale norma si dovrebbe intendere predicata alla domanda attorea introduttiva del giudizio (in caso contrario la norma avrebbe dovuto riferirsi alle «domande»).

mente in grado di rilevare nei brevi termini previsti (15 giorni dalla costituzione del convenuto) la relativa questione⁽²⁵⁾.

Il tutto, poi, senza considerare che, aderendo alla tesi della regressione al momento stragiudiziale, si offrirebbe al convenuto una sin troppo agevole opportunità di dilazionare ulteriormente i tempi del processo tramite la proposizione di una riconvenzionale, magari pretestuosa, su materia obbligatoria⁽²⁶⁾; certo, si potrebbe obiettare che in tal modo, per la sua sola posizione processuale, questi eluderebbe un obbligo di legge, e tuttavia non sarebbe il primo caso rinvenibile nel sistema considerando, ad es., che anche l'attore, il quale per le domande che intende proporre sia soggetto a negoziazione assistita, potrà evitare il relativo obbligo utilizzando le forme del procedimento monitorio.

Da ultimo, occorre ricordare che il principio di diritto reso dalle Sezioni Unite, secondo il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale, vincola il solo giudice remittente, ciò che potrebbe condurre parte della giurisprudenza di merito a disattendere quanto stabilito; una simile eventualità non stupirebbe più di tanto⁽²⁷⁾, considerato quel che è avvenuto nel recente passato con riferimento alla *vexata quaestio* dell'onere di attivazione della mediazione in caso di opposizione a decreto ingiuntivo la quale, sebbene affrontata e risolta dalla Corte (sempre a Sezioni Unite⁽²⁸⁾), ha continuato ad essere dibattuta nel merito sino all'avvento della riforma del 2022⁽²⁹⁾.

FEDERICO FERRARIS

Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca

(25) Nondimeno, non è da escludere che taluni giudici di merito, nell'attivismo che ha spesso mosso le relative azioni nell'ambito della mediazione demandata, qualora vengano successivamente (*id est*, dopo la prima udienza) a conoscenza dell'omissione di mediazione su riconvenzionale in materia obbligatoria, provvedano a disporla.

(26) In dottrina analoga posizione, pur fondata sul diverso motivo relativo alla difficoltà di individuare il momento nel quale il convenuto debba avviare il procedimento, è sostenuta da Dalfino, *op. cit.*, 318.

(27) Sebbene confidiamo che ciò non avvenga, anche tenuto conto del fatto che il senso e il significato del rinvio pregiudiziale di nuovo conio è proprio quello di rafforzare la funzione nomofilattica della Suprema Corte e, con essa, assicurare maggiore stabilità e prevedibilità al diritto vivente.

(28) Il riferimento è a Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19596, resa proprio per porre fine al perdurante dissenso in giurisprudenza e dottrina.

(29) V. ad es., Trib. Ancona, 8 febbraio 2024; Trib. Firenze, 23 marzo 2021, le quali assumono una diversa posizione rispetto al principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite.

CORTE DI CASSAZIONE, sez. III civ., ordinanza 6 febbraio 2023,
n. 3520

Pres. De Stefano – Rel. Rossi

B.A. c. Q.P.

Nei giudizi di opposizione esecutiva relativi ad una espropriazione presso terzi, successiva alla conversione di un sequestro conservativo in pignoramento, il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario (massima non ufficiale).

(*Omissis*). *Rilevato in fatto che:* – In accoglimento del ricorso presentato da Q.P., il Tribunale di Treviso, con ordinanza del 16 luglio 2021, dispose, a carico di B.A. e del di lei fratello B.G., sequestro conservativo su somme, titoli e altri valori ad essi intestati;

il sequestro conservativo venne eseguito, nelle forme di cui all'art. 678 c.p.c., sulla somma di euro 320.982,66, giacente su rapporto di conto corrente cointestato a B.A. e B.G. acceso presso l'istituto bancario C. S.;

all'esito del giudizio di convalida del sequestro, il Tribunale di Treviso condannò B.G. a rimborsare la somma di euro 436.482,66 alla comunione legale costituita dallo stesso e da Q.P., altresì pronunciando in favore di quest'ultima condanna di B.G. e B.A. alla refusione delle spese di lite, liquidate in euro 20.000, oltre accessori;

convertito il sequestro in pignoramento per effetto di tale sentenza, nella procedura espropriativa propose opposizione B.A., assumendo che il titolo esecutivo non recava statuizione di condanna nei suoi confronti, se non per le spese processuali, da ciò inferendo l'illegittimità dell'azione esecutiva in suo danno intrapresa “per somme eccedenti l'importo di euro 29.182,40”;

L'opposizione, svolta in contraddittorio unicamente con Q.P., è stata disattesa in ambedue i gradi di merito; (*Omissis*)

Considerato in diritto che: è superfluo dare conto dei motivi dell'impugnazione di legittimità, rivestendo, rispetto alla disamina degli stessi, carattere pregiudiziale il rilievo officioso della nullità processuale invalidante l'intero corso del giudizio di merito (e, per conseguenza, la sentenza gravata), siccome svolto a contraddittorio non integro;

con un recente arresto animato da chiaro intento nomofilattico, questa Corte, dissipando precedenti dubbi euristici, ha enunciato il principio di diritto per cui “nei giudizi di opposizione esecutiva relativi ad una espropriazione presso terzi ai sensi degli artt. 543 e ss. c.p.c. il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario” (così Cass 18/05/2021, n. 13533);

“molteplici ragioni: di sistema, di semplicità e di coerenza” (per la cui più esaustiva illustrazione si fa richiamo alla diffusa motivazione del citato precedente) inducono alla riportata conclusione, *funditus* giustificata dal rilievo che l'esito delle opposizioni esecutive “senza distinzioni di sorta” non è mai “indifferente” al terzo pignorato, in ragione degli obblighi che egli è tenuto ad assolvere (essenzialmente in funzione di ausiliario di giustizia) nell'espropriazione presso terzi;

a tale *regula iuris* (espressamente ribadita in plurime occasioni: tra le tante, Cass. 27/09/2021, n. 26114; Cass. 02/12/2021, n. 37929; Cass. 14/12/2021, n. 39973; Cass. 29/12/2021, n. 41932; Cass. 08/03/2022, n. 7577; Cass. 26/07/2022, n. 23348) va data continuità;

ciò posto, è pacifico (ed emerge dagli atti di causa) che al presente giudizio – avente ad oggetto opposizione esecutiva proposta in seno ad una espropriazione presso terzi –

non ha *ab initio* (ed in ambedue i gradi di merito) partecipato il terzo pignorato, nemmeno evocato dal ricorrente in sede di legittimità;

del pari non risulta instaurato litisconsorzio, tanto nei gradi di merito quanto in questa sede, con il debitore esecutato B.G., parte necessaria della controversia oppositiva in ragione di siffatta qualità (cfr. Cass. 28/04/2011, n. 9452; Cass. 29/09/2003, n. 14463; Cass. 21/07/2000, n. 9645), e delle contestazioni sollevate dall'opponente, incidenti sulla situazione giuridica del B., assertivamente contitolare dei beni staggiti;

la non integrità del contraddittorio per pretermissione di un litisconsorte necessario è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e anche per la prima volta in sede di legittimità: essa importa, a mente dell'art. 383, comma 3°, e art. 354 del codice di rito, l'annullamento della pronuncia emessa e la cassazione con rinvio al giudice di prime cure onde procedere alla nuova trattazione della controversia a contraddittorio pieno ed integro... (*Omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, sez. VI civ., ordinanza 6 febbraio 2023,
n. 3587

Pres. Scoditti – Rel. Tatangelo

ADER (Agenzia delle entrate riscossione) c. L.M.

Nei giudizi di opposizione esecutiva, relativi ad una espropriazione forzata introdotta nelle forme del pignoramento presso terzi ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario (massima non ufficiale).

(*Omissis*). *Rilevato in fatto che:* – L'Agenzia delle Entrate Riscossione ha promosso l'esecuzione forzata, nelle forme del pignoramento presso terzi ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 72 *bis* nei confronti di L.M. sulla base dei crediti iscritti a ruolo. Il L. ha proposto opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c. L'opposizione è stata dichiarata inammissibile dal Tribunale di Roma. La Corte d'appello di Roma invece l'ha accolta. Ricorre l'AdER, sulla base di due motivi. Resiste con controricorso il L. è stata disposta la trattazione in camera di consiglio, in applicazione degli artt. 375, 376 e 380 *bis* c.p.c., in quanto il relatore ha ritenuto che la decisione impugnata fosse destinata ad essere cassata, con rinvio al giudice di primo grado. (*Omissis*)

Ragioni della decisione: 1. è pregiudiziale, rispetto all'esame dei motivi del ricorso, il rilievo del difetto di integrità del contraddittorio nel giudizio di merito.

Al presente giudizio, il cui oggetto è costituito da una opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., proposta nel corso di un processo esecutivo per espropriazione di crediti presso terzi, infatti, non ha partecipato, nei gradi di merito, il terzo pignorato, che non risulta del resto evocato dalla parte ricorrente neanche in sede di legittimità.

Questa corte ha sancito, con decisione valida per tutte le opposizioni esecutive, di espresso valore nomofilattico, emessa all'esito della pubblica udienza della terza sezione civile, nell'ambito della particolare metodologia organizzativa adottata dalla suddetta sezione per la trattazione dei ricorsi su questioni di diritto di particolare rilevanza in materia di esecuzione forzata (c.d. "progetto esecuzioni", sul quale v. già Cass., sez. 3, ordinanza n. 26049 del 26/10/2018, nonché Sez. 6-3, ordinanza n. 4964 del 20/02/2019), il principio di diritto per cui "nei giudizi di opposizione esecutiva relativi ad una espropriazione presso terzi ai sensi degli artt. 543 e ss. c.p.c. il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario", superando ogni precedente incertezza in proposito e chiarendo, anzi, espressamente, in mo-

tivazione, che “è avviso del Collegio giudicante che il terzo pignorato sia un litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione all’esecuzione o agli atti esecutivi: e debba esserlo sempre, senza distinzioni di sorta. Ciò per molteplici ragioni: di sistema, di semplicità e di coerenza” (per la più esaustiva illustrazione, in dettaglio, delle suddette ragioni, si fa diretto rinvio alla motivazione del precedente in questione, e cioè Cass., sez. 3, sentenza n. 13533 del 18/05/2021, al quale successivamente risultano conformi, tra gli altri, Cass., sez. 3, sentenza n. 26114 del 27/09/2021.; Cass., sez. 6-3, ordinanza n. 37929 del 02/12/2021; Sez. 3, ordinanza n. 39973 del 14/12/2021, nonché, con specifico riferimento alla riscossione coattiva di crediti a mezzo ruolo, ai sensi del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 72 *bis*, Sez. 3, ordinanza n. 16236 del 19/05/2022).

Ai principi di diritto sopra indicati va data piena continuità.

È, comunque, appena il caso di osservare che, nella specie, sussiste palesemente l’interesse diretto del terzo pignorato a partecipare al presente giudizio, avendo lo stesso ad oggetto il diritto dell’agente della riscossione di procedere ad esecuzione forzata e, quindi, la possibilità che al creditore venga definitivamente assegnato il credito pignorato, con conseguente sua possibilità di agire in via esecutiva nei confronti del terzo: si tratta, in altri termini, di un giudizio i cui effetti sono destinati ad avere diretta ed immediata efficacia nella sfera patrimoniale del terzo *debitor debitoris*.

Ne consegue che il presente giudizio si è svolto in mancanza di un legittimato passivo necessario, il che ne determina la nullità, rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio, imponendo l’annullamento della pronuncia emessa, con conseguente rimessione della causa al giudice di prime cure... (*Omissis*)

Il terzo pignorato come litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive

1. – Con le due ordinanze in commento la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla questione del ruolo da attribuire al terzo pignorato nei giudizi di opposizione alla procedura di espropriazione presso terzi, ribadendo che si tratterebbe sempre di un litisconsorte necessario. Dando continuità al suo più recente orientamento sul punto, il collegio ha confermato che, tanto nell’ambito dell’opposizione all’esecuzione quanto in quello dell’opposizione agli atti esecutivi, la mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti del terzo pignorato comporta nullità del processo, rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Di conseguenza, ove i giudici di primo e secondo grado non si siano avveduti del vizio, le decisioni emesse a contraddittorio non integro dovranno essere cassate e la causa dovrà essere rinviata in prime cure a norma degli artt. 383 e 354 c.p.c. Entrambi i provvedimenti, resi l’uno con riferimento ad un’opposizione all’esecuzione successiva alla conversione di un sequestro conservativo in pignoramento e l’altro nell’ambito di un’opposizione alla riscossione coattiva di crediti mediante ruolo, richiamano succinta-

mente in motivazione quanto statuito di recente dalla Terza sezione civile⁽¹⁾. In buona sostanza, viene confermata l'esistenza di ragioni di sistema, di semplicità e di coerenza che imporrebbero di considerare sempre il terzo pignorato quale litisconsorte necessario nelle eventuali opposizioni promosse in seno alla procedura in cui ha reso la propria dichiarazione. A tali motivazioni, poi, nel provvedimento reso in sede di esecuzione esattoriale, se ne aggiunge un'altra: una volta perfezionata l'assegnazione del credito pignorato, l'agente per la riscossione avrebbe la possibilità di agire in via esecutiva nei confronti del terzo, e l'immediata efficacia che si determina nella sfera patrimoniale del *debitor debitoris* farebbe insorgere un suo interesse a partecipare a tutti i giudizi di opposizione promossi contro la procedura esattoriale.

Sulla base di tutte queste considerazioni, il litisconsorzio necessario del terzo pignorato nelle opposizioni esecutive rappresenterebbe una «regola di diritto vivente», da rispettare senza che sia richiesta alcuna verifica sulla fattispecie concreta portata all'attenzione del giudice di merito.

2. – La soluzione oggi accolta dalla Cassazione non è sempre stata pacifica nella giurisprudenza della Corte: per lungo tempo in passato si era, infatti, ritenuto opportuno effettuare una valutazione caso per caso, differenziando le soluzioni a seconda del tipo di doglianza avanzata in sede oppositiva nonché delle possibili ripercussioni delle opposizioni sulla posizione del terzo in sede esecutiva. Il criterio adottato dai giudici di legittimità era essenzialmente condizionato dall'eventuale incidenza degli esiti dell'opposizione sugli obblighi di custodia gravanti sul terzo: esclusa come regola la sua qualità di litisconsorte necessario, egli nondimeno sarebbe divenuto tale quando l'opposizione andasse ad influire sugli obblighi medesimi, ravvisandosi in questo caso un suo interesse diretto ed immediato alla partecipazione all'incidente oppositivo.

Nell'applicare tale parametro, per l'opposizione all'esecuzione era in generale preferita una soluzione più restrittiva: gli obblighi di custodia non erano considerati tendenzialmente coinvolti e pertanto il terzo avrebbe

⁽¹⁾ In entrambi i casi il riferimento è a Cass., 18 maggio 2021, n. 13533, che per prima ha ricostruito in modo innovativo la disciplina applicabile in simili fattispecie, enunciando il principio di diritto secondo cui «nei giudizi di opposizione esecutiva relativi ad una espropriazione presso terzi ai sensi degli artt. 543 c.p.c. e ss. il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario».

acquistato la qualifica di litisconsorte necessario solo quando portatore di un interesse all'accertamento dell'estinzione del proprio debito⁽²⁾.

Nell'opposizione agli atti esecutivi, viceversa, secondo la Corte la casistica sarebbe stata più varia, ed il terzo pignorato avrebbe acquistato la qualità di parte necessaria ogniquale volta si discutesse sulla congruità delle forme del pignoramento⁽³⁾, ovvero sulla sua legittimità e validità, originaria o attuale⁽⁴⁾: in queste ipotesi, infatti, gli esiti del giudizio di opposizione avrebbero potuto comportare la liberazione del terzo dai vincoli di custodia, rendendo così necessitata la sua partecipazione al giudizio.

Nel recente *revirement* giurisprudenziale della Cassazione, il criterio della possibile incidenza dell'opposizione sugli obblighi di custodia del terzo non è stato abbandonato, ma anzi, in una certa misura potenziato. La Corte infatti oggi afferma che il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario nelle opposizioni esecutive perché gli obblighi gravanti su di lui sono sempre condizionati, nel loro permanere o nel loro cadere, dagli esiti delle opposizioni medesime: le risultanze delle opposizioni non sarebbero, pertanto, mai indifferenti per il terzo, per il quale, «in punto di diritto, un interesse ... ad interloquire sulla fondatezza dell'opposizione esecutiva sussiste sempre»⁽⁵⁾. Tale soluzione, per la Corte, sarebbe poi conforme ad un canone di semplicità, secondo il quale l'interprete, posto davanti a norme processuali ambigue, dovrebbe preferire l'interpretazione che assicuri il maggior grado di sintesi, chiarezza ed univocità del dato normativo: rendendo il terzo pignorato sempre litisconsorte necessario si supererebbe qualsiasi dubbio, e si garantirebbe il pieno rispetto dei principi di ragionevole durata del processo e più in generale del giusto processo⁽⁶⁾. Infine, si tratterebbe della scelta

(2) Ciò al fine, in particolare, di evitare duplicazioni di pagamento in favore del creditore del suo creditore: cfr. Cass., 26 giugno 2015, n. 13191; Cass., 19 maggio 2009, n. 11585; Cass., 5 giugno 2007, n. 13069.

(3) Cass., 9 giugno 1969, n. 2521, in *Foro it.* 1970, I, 1932, ove si contestava l'erronea scelta da parte del creditore procedente delle forme dell'espropriazione presso terzi anziché dell'espropriazione diretta presso il debitore.

(4) Tra le tante, Cass., 5 giugno 2020, n. 10813 (opposizione all'ordinanza di assegnazione, con doglianze inerenti altresì al pignoramento); Cass., 17 febbraio 2020, n. 3899, (opposizione all'ordinanza dichiarativa dell'inefficacia del pignoramento); Cass., 26 giugno 2015, n. 13191; Cass., 19 maggio 2009, n. 11585 (opposizione al provvedimento dichiarativo dell'estinzione per rinuncia del creditore); Cass., 15 gennaio 2003, n. 493; Cass., 1 ottobre 1997, n. 9571 (opposizione all'ordinanza di assegnazione); Cass., 26 marzo 1990, n. 2423, in questa *Rivista*, 1991, 920 ss.; Cass., 22 dicembre 1987, n. 9527, in *Foro it.*, 1988, I, 1916 (opposizione all'ordinanza dichiarativa dell'inefficacia del pignoramento); Cass., 7 settembre 1977, n. 3899 (nullità del pignoramento).

(5) Così in motivazione, Cass., 18 maggio 2021, n. 13533.

(6) Sempre Cass., 18 maggio 2021, n. 13533, la quale più nel dettaglio specifica che una

ermeneutica più coerente, perché il novero delle ipotesi di necessaria partecipazione del terzo alle opposizioni esecutive sarebbe stato tanto ampliato dalla precedente giurisprudenza da far ritenere che tale partecipazione rappresenti per diritto vivente non già l'eccezione bensì la regola. Alla luce di tutte queste considerazioni non potrebbe che constatarsi l'avvenuta emersione, quale *jus receptum*, del principio per cui il terzo pignorato è litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 102 c.p.c. nelle opposizioni esecutive⁽⁷⁾.

3. – Il ruolo del terzo pignorato all'interno della procedura di espropriazione presso terzi è da sempre oggetto di indagine da parte della dottrina, che sembra essere giunta ad alcune conclusioni ormai consolidate. In linea generale, si ritiene che il terzo non sia parte dell'espropriazione, bensì soggetto ad essa esterno, che svolge un compito collaborativo con l'ufficio esecutivo ed è assoggettato ad obblighi ed oneri di custodia e di dichiarazione, resi peraltro sempre più gravosi dalle riforme avvenute nello scorso decennio⁽⁸⁾. Solo quando si controverta della sussistenza dell'obbligo del terzo nei confronti del debitore esecutato in sede di accertamento ex art. 549 c.p.c. il *debitor debitoris* diventa parte, necessaria, del relativo giudizio⁽⁹⁾; ma al di fuori di tale specifica vicenda il suo ruolo nella procedura esecutiva è e rimane, per l'appunto, quello di soggetto «terzo».

Meno dibattuto ed approfondito è il diverso tema, che qui ci occupa, del ruolo del terzo nelle eventuali opposizioni proposte all'interno della procedura. Con riferimento al problema specifico, la dottrina più attenta ha sottolineato come non possa essere condiviso nessuno dei due orientamenti giurisprudenziali sopra esaminati, né quello più risalente, che distingue a seconda

diversa ricostruzione contrasterebbe tanto con l'art. 111 Cost. (principio interno di ragionevole durata del processo) quanto con l'art. 6 CEDU (principio sovranazionale del giusto processo).

(7) Si sono uniformate a questo orientamento, rifacendosi in motivazione a quanto affermato da Cass., 18 maggio 2021, n. 13533, oltre ai due provvedimenti annotati: Cass., 27 settembre 2021, n. 26114; Cass., 2 dicembre 2021, n. 37929; Cass., 14 dicembre 2021, n. 39973; Cass., 29 dicembre 2021, n. 41932; Cass., 8 marzo 2022, n. 7577; Cass., 19 maggio 2022, n. 16236.

(8) Per tutti, A. Saletti, *Espropriazione presso terzi*, in Aa.Vv., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna 2021, 146 ss.; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 8ª ed., Padova 2022, 1111 ss., ove un'accurata ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali prospettate in passato circa la natura del ruolo del terzo pignorato; B. Capponi, *Diritto dell'esecuzione civile*, 7ª ed., Torino 2023, 165 ss. Sulle riforme del biennio 2014-2016, A. Saletti, *sub art. 543*, in A. Saletti, M.C. Vanz, S. Vincre, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino 2016, 151 ss.

(9) A. Saletti, *Espropriazione presso terzi*, cit., 264 ss.; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1340.

delle ricadute sugli obblighi di custodia del terzo, né quello più recente, che considera sempre il terzo medesimo quale litisconsorte necessario⁽¹⁰⁾.

Entrambe le ricostruzioni peccano perché sembrano non considerare che il terzo è in realtà indifferente alle sorti dei giudizi di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi: egli è infatti estraneo all'oggetto di tali procedimenti, e tale rimane anche quando possano esserci ripercussioni sui suoi obblighi di custodia. Qualunque decisione venga emessa in sede di opposizione, il terzo nella sua qualità di custode deve infatti tenere un comportamento essenzialmente omissivo, astenendosi dal compimento di atti che possano distrarre il credito dalla soddisfazione del pignorante: la sua partecipazione necessaria alle parentesi oppositive è del tutto sovrabbondante in quest'ottica, essendo sufficiente che egli sia reso edotto degli esiti delle opposizioni medesime dalla parte che ne avrà interesse, per adempiere nelle mani dell'avente diritto⁽¹¹⁾.

A ciò si aggiunga che non pare corretto imporre la partecipazione alle opposizioni come parte necessaria di un soggetto che non è parte dell'espropriazione, al solo fine di evitare dubbi applicativi⁽¹²⁾: è vero che la soluzione che impone una valutazione caso per caso introduce margini troppo ampi di aleatorietà, ma non può essere il terzo a subire un ulteriore aggravio della sua posizione in nome di una presunta maggiore certezza del diritto⁽¹³⁾. Se poi il terzo fosse veramente interessato alle sorti del giudizio di opposizione, perché in quella sede si controverta sull'estinzione del suo debito verso il debitore principale, nulla potrebbe impedirgli di intervenire, ma il fenomeno processuale che andrebbe a determinarsi è all'evidenza profondamente diverso da quello del litisconsorzio necessario⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ A. Saletti, *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive*, in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di R. Tiscini e F.P. Luiso, II, Pisa 2022, 1233 ss.; ed in questa *Rivista* 2022, 15 ss. (cui si riferiranno le successive citazioni).

⁽¹¹⁾ Sempre A. Saletti, *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive*, cit., 18, osserva come sino all'assegnazione del credito il ruolo del terzo sia essenzialmente conservativo, dovendo in buona sostanza astenersi dal disporre dei crediti pignorati senza ordine del giudice dell'esecuzione. Conclusa l'opposizione, la decisione resa in quella sede, se idonea ad incidere sugli obblighi di custodia e sulla disposizione del credito, verrà senz'altro comunicata al terzo dalla parte che beneficerà del provvedimento, ed il terzo non dovrà fare altro che omologarsi alla decisione stessa: il giudice dell'esecuzione potrà, poi, se del caso liberarlo dagli obblighi su di lui gravanti a seguito del pignoramento.

⁽¹²⁾ Osservava già G. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli 1979, 318, con riferimento all'opposizione agli atti esecutivi, come la necessità del litisconsorzio si manifesti solo «nei confronti di tutti coloro che hanno assunto la veste di parte in senso formale nel processo di esecuzione». Qualità, quella di parte dell'espropriazione, che come già si è detto il terzo pignorato non possiede.

⁽¹³⁾ A. Saletti, *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive*, cit., 17.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, M.C. Vanz, *Terzo pignorato e litisconsorzio nel giudizio di opposizione*

4. – In effetti la ricostruzione prospettata dalla Cassazione circa il ruolo del terzo nei giudizi di opposizione esecutiva non convince.

L'impressione è che con il passare del tempo e lo stratificarsi delle decisioni, nella tralaticia ripresa di massime precedenti si sia progressivamente perso di vista un punto essenziale, vale a dire l'indagine circa la ricorrenza dei presupposti sostanziali e processuali per l'applicazione dell'istituto del litisconsorzio necessario. Se esaminiamo i precedenti giurisprudenziali in ordine cronologico, possiamo osservare che inizialmente si negava di regola la qualifica di parte necessaria in capo al terzo, stante la sua estraneità rispetto alle questioni trattate in sede di opposizione all'esecuzione e di opposizione agli atti: egli veniva riconosciuto come litisconsorte solo laddove si contestassero le forme del pignoramento adottate dal precedente⁽¹⁵⁾, ovvero se dall'accoglimento dell'opposizione potesse dipendere anche l'attuale sussistenza del suo obbligo verso il debitore esecutato o si potesse determinare un effetto liberatorio rispetto ad un pagamento eseguito⁽¹⁶⁾. In tutte queste ipotesi il terzo veniva, quindi, considerato litisconsorte necessario perché portatore di una situazione sostanziale condizionata dalle sorti dei giudizi di opposizione. La deviazione dall'interpretazione virtuosa diventa marcata quando la Corte passa ad ancorare la qualità di parte necessaria del terzo non più ad una sua posizione sostanziale, bensì ad un suo interesse relativo agli obblighi di custodia nascenti dalla procedura esecutiva. Anche perché, essendo divenuto quello il criterio discrezionale, è stato facile per la Cassazione compiere il passo successivo e constatare che ogni opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi è potenzialmente idonea a travolgere l'espropriazione e a condizionare così gli obblighi di custodia gravanti sul terzo. Da qui l'ulteriore affermazione per cui «se pure in punto di fatto possa accadere che il terzo non abbia interesse all'esito dell'opposizione, in punto di diritto un interesse del terzo ad interloquire sulla fondatezza dell'opposizione esecutiva sussiste sempre»: in questa prospettiva, l'esito dell'opposizione non sarebbe mai indifferente per il *debitor debitoris*, perché gli obblighi incom-

agli atti esecutivi, in questa *Rivista* 1991, 926; A. Saletti, *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive*, cit., 19; in giurisprudenza, Cass., 26 giugno 2015, n. 13191, in motivazione; Cass., 13 gennaio 1983, n. 249; Cass., 9 luglio 1973, n. 1968.

⁽¹⁵⁾ Cass., 9 luglio 1969, n. 2521, cit., in cui, contestandosi la scelta delle forme dell'espropriazione presso terzi rispetto a quella mobiliare presso il debitore, si finiva per liberare il terzo stesso dalla soggezione agli obblighi esecutivi.

⁽¹⁶⁾ Essenzialmente ipotesi in cui il terzo, venendo meno agli obblighi di custodia, aveva eseguito dei pagamenti che sarebbero divenuti per lui liberatori solo in caso di caduta della procedura esecutiva, con conseguente estinzione del suo debito verso l'esecutato.

benti su di lui cadranno o permarranno a seconda delle risultanze dell'opposizione⁽¹⁷⁾.

Le motivazioni addotte per giustificare la qualifica del terzo come litisconsorte necessario in ogni opposizione esecutiva non sembrano, tuttavia, condivisibili sotto un duplice profilo. Innanzi tutto, non si può condividere l'affermazione per cui il terzo non sarebbe mai indifferente rispetto alle sorti dei giudizi di opposizione. Al contrario, come correttamente osservato in dottrina, di norma egli, oltre che estraneo a quanto discusso in sede oppositiva, è anche insensibile agli esiti delle opposizioni: i suoi obblighi sono essenzialmente di astensione da atti di disposizione del credito in danno della procedura, e una volta riconosciuta la sua condizione di debitore del debitore gli è del tutto indifferente il soggetto nei cui confronti l'adempimento dovrà avvenire⁽¹⁸⁾. Solo quando la sussistenza o l'estinzione non già del suo obbligo di custodia, bensì del suo debito verso l'esecutato, sia condizionata dall'opposizione si potrà dire che egli non è indifferente alla decisione resa in quella sede. Ma ciò di per sé non implica che il terzo possa e debba diventare litisconsorte necessario in quel giudizio.

Infatti, ed è questa una critica che può essere mossa ad entrambi gli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti sul tema, l'istituto del litisconsorzio necessario ha nel nostro ordinamento presupposti ben diversi. La natura di questo scritto non consente di approfondire tutti i profili legati al tema⁽¹⁹⁾, ma ci basti qui ricordare come, a fronte dell'art. 102 del codice di rito, la dottrina essenzialmente ammetta il litisconsorzio necessario per tre ordini di motivi: per ragioni di ordine sostanziale, per ragioni di ordine processuale e per ragioni di opportunità. Semplificando al massimo, ricorrono ragioni di ordine sostanziale quando il rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio è unico e plurisoggettivo, e gli effetti della sentenza non possono utilmente prodursi se non nei confronti di tutte le parti in senso sostanziale del rapporto medesimo⁽²⁰⁾; sussistono ragioni di

⁽¹⁷⁾ Così ancora, testualmente, Cass., 18 maggio 2021, n. 13533, in motivazione.

⁽¹⁸⁾ Che si tratti dell'assegnatario del credito o del debitore esecutato: cfr. A. Saletti, *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive*, cit., 16.

⁽¹⁹⁾ Per il quale in generale, si rinvia, oltre al contributo monografico di G. Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, cit., agli scritti di A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, 1108 ss.; S. Menchini, *Il processo litisconsortile: struttura e poteri delle parti*, Milano 1993.

⁽²⁰⁾ Ben evidenzia la dottrina come il criterio da seguire nell'interpretare l'art. 102 c.p.c. sia quello dell'utilità oggettiva della sentenza, nella duplice accezione di utilità giuridica o di utilità pratica del provvedimento: sul punto, E. Merlin, *Elementi di diritto pro-*

ordine processuale quando il rapporto sostanziale, che di per sé sarebbe bilaterale, viene dedotto in giudizio da un legittimato straordinario, rispetto al quale si determinano esigenze di rispetto del principio del contraddittorio⁽²¹⁾; infine sussistono ragioni di opportunità, quando pur essendo il rapporto sostanziale bilaterale e pur mancando esigenze di rispetto del principio del contraddittorio verso altri soggetti, il legislatore abbia ritenuto appropriato allargare il contraddittorio per motivi di convenienza ed utilità pratica⁽²²⁾.

Se esaminiamo le categorie sopra descritte, e cerchiamo di sovrapporvi la situazione oggetto di esame, non sembra che sia possibile trovare una corrispondenza. Il terzo pignorato indubbiamente non è parte di un rapporto giuridico sostanziale plurisoggettivo dedotto in giudizio né nell'opposizione all'esecuzione né nell'opposizione agli atti esecutivi: a differenza di quanto avviene nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, non esistono quindi ragioni di ordine sostanziale per qualificarlo come litisconsorte necessario. Ugualmente è da escludere che possano ricorrere ragioni di ordine processuale, legate a profili di legittimazione straordinaria. Residuerrebbe la fattispecie del litisconsorzio *propter opportunitatem*, ed in effetti a tale figura la giurisprudenza più recente si richiama apertamente, dimenticando tuttavia che le ipotesi ad essa riconducibili sono tipiche e tassativamente predeterminate dal legislatore⁽²³⁾: diversamente opinando, infatti, sarebbe lasciato eccessivo margine discrezionale al giudice, con violazione del principio di certezza del diritto.

Pertanto, se anche si volesse ammettere (cosa che invece si è esclusa) che il terzo pignorato abbia sempre un interesse diretto alla partecipazione ai giudizi di opposizione esecutiva, legato agli obblighi di custodia di cui è gravato, ciò non sarebbe sufficiente ad elevarlo a parte necessaria delle opposizioni medesime in assenza di una esplicita previsione di legge. Egli potrebbe intervenire volontariamente in tali giudizi, quando l'attuale sus-

cessuale civile, I, Torino 2022, 224 ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 12^a ed., Torino 2019, 104 ss., con ampi approfondimenti sulle tipologie di azioni esercitate.

⁽²¹⁾ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, 14^a ed., Milano 2023, 308 ss.; C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, I, 29^a ed., Torino 2024, 320 ss.

⁽²²⁾ G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 6^a ed., Bari 2023, 221 s.; A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1112. Il litisconsorzio necessario *propter opportunitatem* può aversi solo in ipotesi tassative, predeterminate dal legislatore, come vedremo fra breve nel testo.

⁽²³⁾ Sulla tassatività delle ipotesi di litisconsorzio necessario per ragioni di opportunità e sull'esclusione, quindi, di ogni possibile applicazione analogica al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge tutta la dottrina citata alle note precedenti è assolutamente concorde.

sistenza del suo debito verso l'esecutato sia condizionata dall'esito delle opposizioni; ma ben si comprende come la fattispecie sia diversa da quella del litisconsorzio necessario, anche e soprattutto in ordine alle conseguenze della mancata partecipazione del terzo al procedimento oppositivo.

5. – In conclusione, non può essere condiviso l'orientamento che si sta consolidando nella giurisprudenza di legittimità circa la qualifica del terzo pignorato come litisconsorte necessario in tutte le opposizioni esecutive: tanto per l'opposizione all'esecuzione quanto per l'opposizione agli atti esecutivi non sussistono, infatti, i presupposti teorici per tale inquadramento⁽²⁴⁾.

Sul piano pratico, l'erronea qualificazione comporta un aggravamento della posizione del terzo, che dal non essere parte del processo esecutivo si ritrova ad essere parte necessaria delle opposizioni: è pur vero che potrebbe decidere di non costituirsi in giudizio⁽²⁵⁾, ma laddove lo facesse le spese processuali resterebbero a suo carico, non essendo facile applicare gli ordinari criteri di ripartizione per soccombenza alla sua posizione.

E certamente conseguenze negative si sono avute anche rispetto ai giudizi di opposizione, appesantiti dalla presenza di un ulteriore soggetto. Situazione resa senza dubbio più grave, anche nell'ottica della violazione del principio di ragionevole durata del processo, con riferimento a tutte le cause di opposizione pendenti al momento del *revirement* e rinviate in primo grado perché il giudizio venisse rinnovato con la partecipazione (inutile e verosimilmente inattiva) del terzo.

Non resta quindi che augurarsi che la Cassazione riveda la sua posizione, ma sino ad allora occorrerà fare i conti con questa nuova figura di litisconsorte necessario nei giudizi di opposizione esecutiva.

TERESA SALVIONI

Ricercatore nell'Università di Milano

⁽²⁴⁾ A. Saletti, *Il terzo pignorato e le opposizioni esecutive*, cit., 19 ss., cui si rinvia per approfondimenti sul punto (non trattato dalle decisioni in commento) giunge, invece, a conclusioni parzialmente differenti con riferimento alla partecipazione del *debitor debitoris* al giudizio di opposizione di terzo ex art. 619 c.p.c. In questa ipotesi, infatti, discutendosi della titolarità in capo ad un soggetto diverso dall'esecutato del credito verso il terzo pignorato, la decisione è idonea ad incidere sulla situazione sostanziale del terzo medesimo.

⁽²⁵⁾ Sarebbe interessante verificare in quale percentuale i terzi pignorati si costituiscano nelle opposizioni esecutive: ciò non a fini meramente statistici, ma per fornire *a contrario* un riscontro circa l'effettivo interesse dei terzi verso tali giudizi.

PANORAMI

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE (PROCESSO CIVILE: 1° APRILE – 30 GIUGNO 2024) ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. Questioni dichiarate inammissibili o infondate.

1. – Con sentenza del 9 maggio – 3 giugno 2024, n. 96, (*Gazz. uff.* 5 giugno 2024, n. 23) la Corte ha dichiarato per un verso inammissibile e per un altro infondata la questione sollevata dal Trib. Verona 23 settembre 2023, avente ad oggetto l'art. 171-*bis* c.p.c. nella parte in cui la nuova norma risulta aver anticipato le verifiche su una serie di presupposti processuali, che nel rito previgente, ai sensi dell'art. 183 c.p.c., avvenivano per la prima volta all'udienza di prima comparizione delle parti, ad un arco temporale di quindici giorni decorrente dalla scadenza del termine per la costituzione in giudizio del convenuto, per violazione degli artt. 76, 77, 3 e 24 Cost. In particolare, la questione è stata dichiarata inammissibile in riferimento all'art. 77 Cost. e infondata in riferimento agli artt. 76, 3 e 24. Quanto all'art. 77, la Corte ha osservato che il giudice rimettente ha invocato, «oltre all'art. 76 Cost., anche l'art. 77 Cost.», e che «Tuttavia, come noto, quest'ultima disposizione riguarda non già i decreti legislativi, come la prima, bensì indica i presupposti, individuati nella necessità e nell'urgenza, in presenza dei quali il Governo può eccezionalmente emanare decreti-legge immediatamente in vigore, sino alla conversione in legge, entro i successivi sessanta giorni»: la Corte ne ha ricavato che «Si tratta, dunque, di un parametro inconferente, poiché la disposizione censurata non è stata emanata con decreto-legge, con conseguente inammissibilità della questione in relazione allo stesso». Quanto agli artt. 76, 3 e 24, la questione è stata ritenuta infondata per non aver la Corte condiviso, nel merito, le motivazioni addotte dal rimettente.

NICCOLÒ NISIVOC CIA
Avvocato in Milano

⁽¹⁾ Questa rubrica tiene conto delle Gazzette Ufficiali pubblicate nel periodo indicato, salve deroghe eccezionali.

OSSERVATORIO SULLA CASSAZIONE CIVILE

SOMMARIO: 1. *Translatio iudicii*. – 2. Procura alle liti. – 3. Successione nel processo e nel diritto controverso (rapporti tra). – 4. Sospensione feriale dei termini. – 5. Nullità degli atti processuali. – 6. Limiti oggettivi del giudicato. – 7. Domanda giudiziale e preclusioni. – 8. Trattazione della causa nel processo del lavoro. – 9. Disposizioni generali in materia di impugnazione. – 10. Cassazione. – 11. Rinvio pregiudiziale e procedimenti cautelari. – 12. Titolo esecutivo e precetto.

1. – In tema di *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici speciali, occorre segnalare Cass., sez. II, 8 gennaio 2024, Pres. Di Virgilio, Rel. Guida – già oggetto di puntuale commento, di cui si condivide il contenuto, da parte della dottrina (P. Bonifacio, *Declinatoria di giurisdizione e determinazione della prevenzione tra cause in rapporto di continenza*, in *Foro it.* 2024, I, 1202 ss.) – la quale ha correttamente individuato il momento determinativo della causa preveniente ai fini dell'applicazione del regime di cui all'art. 39, comma 2°, c.p.c. nella causa introdotta di fronte al plesso giurisdizionale sbagliato (se avente, per usare una formula di sintesi, oggetto più ampio dell'altra), qualora venga instaurato un secondo procedimento di fronte al giudice munito di giurisdizione, ma vi sia – previa declinatoria di giurisdizione da parte del giudice cronologicamente adito per primo – tempestiva riproposizione della domanda. Pur adottando una soluzione corretta negli esiti, la Corte, nel far leva sull'unitarietà del processo trasmigrato dall'una all'altra giurisdizione, non sembra tener conto della distinzione tra il concetto di «riproposizione della domanda» (applicabile ai rapporti tra giudice ordinario e amministrativo e determinante l'instaurazione di un nuovo processo con retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda al momento dell'introduzione del giudizio di fronte al giudice sfornito di giurisdizione) e quello di «riassunzione della causa» (che, al contrario, non comporta soluzione di continuità tra i due processi), distinzione tracciata da Cass., sez. un., 26 ottobre 2018, n. 27183, Pres. Mammone, Est. Perrino (in *Foro it.* 2020, I, 713, con nota di richiami di F.G. Del Rosso; e in *Corriere giur.* 2019, 837, con nota di F. Godio, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti delle Sezioni unite*).

2. – Devono, poi, essere segnalate due interessanti pronunce relative ai requisiti di validità della procura alle liti.

Con ordinanza Cass., sez. II, 22 marzo 2024, n. 7757, Pres. Est. Felice Manna è stata disposta la trasmissione degli atti alla Prima Presidente, per un'eventuale rimessione alle Sezioni Unite della questione se la traduzione

della lingua italiana della procura rilasciata all'estero e dell'attestazione resa dal soggetto abilitato ad accertare l'identità del conferente (secondo la legge del luogo ove è stato conferito il potere rappresentativo) integrino o meno un requisito di validità dell'atto, indipendentemente dal fatto che debba trovare applicazione la disciplina della c.d. «legalizzazione» di cui all'art. 33, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 455 ovvero la Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, ovvero ancora la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987 relativa alla soppressione della legalizzazione di atti negli Stati membri delle allora Comunità europee. Sul punto si registra un sensibile contrasto in seno alle sezioni della Corte, le quali appaiono, però, concordi sul fatto che la procura alle liti rilasciata all'estero è da considerarsi soggetta, ai sensi dell'art. 12, l. 31 maggio 1995, n. 218, alla legge processuale italiana nel senso che la sottoscrizione del conferente debba sempre essere autenticata secondo modalità comunque idonee ad integrare i requisiti stabiliti dagli artt. 2699 e 2703 c.c., ancorché le specifiche formalità da adempiere e l'individuazione del soggetto investito dell'autorità di accertare l'identità del sottoscrittore rimangono regolate dalla legge dello Stato in cui è formato l'atto (Cass., sez. un., 13 febbraio 2008, Pres. Carbone, Est. Rordorf, in *Riv. dir. int. proc.* 2009, 188; Cass., sez. I, 3 giugno 2003, n. 8867, Pres. Saccucci, Est. Meloncelli). Secondo un primo orientamento, non essendo la procura alle liti un atto processuale in senso stretto ma semplicemente un atto prodromico e preparatorio al processo, la traduzione della stessa e dell'attività certificativa non assurgerebbero a requisito di validità, atteso che, in base a tale presupposto, dovrebbe trovare applicazione non già l'art. 122 c.p.c. ma l'art. 123 c.p.c. (testualmente riferito «ai documenti che non sono in lingua italiana»), consentendo quindi la nomina di un esperto traduttore qualora necessario (v. da ultimo Cass., sez. II, 12 luglio 2023, n. 19900, Pres. D'Ascola, Est. Caponi). Secondo altro e opposto orientamento, invece, l'assenza di traduzione della procura o meglio dell'attività certificativa (unico elemento atto a consentire il riscontro dell'autenticità della sottoscrizione), comporterebbe la nullità dell'atto, «vigendo pure per gli atti prodromici al processo il principio generale della traduzione in lingua italiana a mezzo di esperto»; nullità che mentre per parte della giurisprudenza sarebbe sanabile per rinnovazione nelle forme di cui all'art. 182 c.p.c. (Cass., sez. un., 28 febbraio 2020, n. 5592, Pres. Mammone, Est. Cirillo), per altra parte, invece, non sembrerebbe poter esser oggetto di sanatoria (Cass., sez. III, 29 maggio 2015, n. 11165, Pres. Segreto, Est. Amendola, in *Riv. dir. int. proc.* 2016, 525). In ragione di tale contrasto, con il quesito viene chiesto se, in caso di assenza di traduzione della procura o dell'«attività certificativa», il giudice alter-

nativamente: *a*) possa fare a meno della traduzione qualora conosca la lingua straniera in cui è stata redatta la procura; *b*) debba assegnare termini ai sensi dell'art. 182 c.p.c. affinché la parte proceda alla traduzione dell'atto e, se del caso, ciò possa avvenire anche nel giudizio di cassazione; *c*) debba disporre direttamente la traduzione tramite la nomina di un esperto.

Destà, poi, interesse Cass., sez. III, 27 marzo 2024, n. 8318, Pres. Scarano, Rel. Graziosi, la quale – totalmente dimentica del dispositivo di cui all'art. 86, comma 1°, c.p.c. («La parte o la persona che la rappresenta o assiste, quando ha la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore») – a fronte di un ricorso per cassazione proposto dal rappresentante legale di una società di capitali, avvocato abilitato al patrocinio di fronte alle giurisdizioni superiori, ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione per difetto di procura speciale *ex art.* 365 c.p.c., motivandola sulla base del fatto che il nostro ordinamento non conoscerebbe l'«autodifesa» delle persone giuridiche: sarebbe, dunque, ammesso il patrocinio in proprio solo per le persone fisiche, postulando detto istituto l'identità soggettiva tra difensore e difeso, da ritenersi fisiologicamente assente per il caso di (a questo punto illegittima) commistione tra rappresentanza organica e rappresentanza tecnica (pacificamente ammessa, invece, da Cass., sez. I, 8 agosto 2003, n. 11966, Pres. De Musis, Est. Plenteda, in *Giust. civ.* 2004, I, 2322).

3. – In tema di legittimazione ad agire, è sicuramente da segnalare Cass., sez. I, 2 aprile 2024, n. 8633, Pres. Rel. Scotti, che, a fronte di una vicenda processuale piuttosto articolata, ha individuato una condivisibile linea di demarcazione tra l'ambito applicativo degli artt. 110 e 111 c.p.c. La Corte, invero, fa applicazione del principio già dettato con riferimento al decesso di persone fisiche, secondo cui il trasferimento *inter vivos* del diritto controverso determina gli effetti di cui all'art. 111 c.p.c. (proseguendo il processo tra le parti originarie), senza che, una volta che sia deceduto il trasferente, vi siano alterazioni rispetto ad un'ordinaria situazione ove il *de cuius* agisca a tutela di una propria pretesa, dovendo in tal caso trovare applicazione l'art. 110 c.p.c., così da consentire la costituzione in giudizio da parte del successore a titolo universale di fatto subentrante nella medesima posizione di «sostituto processuale» *ex art.* 81 c.p.c. originariamente assunta dal defunto (Cass., sez. II, 2 luglio 2014, n. 15107, Pres. Triola, Est. Felice Manna). Nel caso di specie, la problematica era però arricchita di colore dal fatto che la fattispecie estintiva colpiva una società di capitali, con conseguente applicazione del limite di cui all'art.

2495, comma 3°, c.c. («Ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione (...)»); limite che sembrerebbe di per sé escludere, per l'ipotesi in cui la società agisca a tutela di un credito ormai ceduto, che i soci possano succedere in tale posizione processuale, non essendo la pretesa ricompresa, neanche quale posta da realizzare, nel bilancio finale di liquidazione. In coerenza con recente giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte supera però questa problematica, perorando l'irrelevanza dell'attribuzione del credito in sede di bilancio finale, atteso che il limite alla responsabilità patrimoniale dei soci non inciderebbe sulla possibilità degli stessi di prendere parte al processo quali successori della società, ma al più sull'interesse ad agire dei creditori sociali, il quale peraltro non sarebbe di per sé da escludersi, in caso di incapienza dell'attivo, per l'ipotesi in cui il titolo ottenuto in loro danno possa essere soddisfatto tramite impreviste sopravvenienze attive (Cass., sez. V, 26 luglio 2023, n. 22692, Pres. Cirillo, Est. Lenoci). Simmetricamente, non vi sarebbe ragione per considerare il limite di cui all'art. 2495 c.c. ostativo a che i soci subentrino nella posizione processuale della società che agiva a tutela di un credito ceduto ai sensi dell'art. 110 c.p.c.

4. – Meritevole d'attenzione è anche l'intervento in materia di sospensione dei termini processuali con cui le Sezioni unite (Cass., sez. un, 13 maggio 2024, n. 12946, Pres. D'Ascola, Rel. Terrusi) hanno sciolto il contrasto ingeneratosi nella giurisprudenza di legittimità, in passato granitica sull'argomento, determinato dal precedente Cass., sez. I, 23 giugno 2023, n. 18044, Pres. Genovese (in *Foro it.* 2023, I, 2116, con nota particolarmente critica di G. Casaburi, *Pindaro in Cassazione*, per il quale sarebbe addirittura eufemistico definire la motivazione del provvedimento «fragile, fragilissima, pressoché inconsistente»), il quale, con un ragionamento piuttosto particolare, ha esteso la deroga alla sospensione dei termini feriali (testualmente riferita alle sole «cause relative agli alimenti», ai sensi dell'art. 3, l. 7 ottobre 1969, n. 742 e dell'art. 92, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) a tutte le controversie in materia di mantenimento del coniuge economicamente più debole e dei minori, in quanto asseritamente rientranti nella ampia nozione di «obbligazioni alimentari» di cui all'art. 1, comma 1°, Reg. CE/4/2009 del 18 dicembre 2008 (relativo alla «competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari»). Tale equiparazione, secondo il suddetto precedente, sarebbe ormai da considerarsi acquisita nel nostro sistema in ragione della previsione di cui all'art.

83, d.l. n. 18/2020, che, recependo la normativa eurounitaria, avrebbe definitivamente sottratto alla sospensione dei termini processuali tanto le cause di mantenimento quanto quelle relative ad obbligazioni alimentari. Le Sezioni unite hanno sconfessato tale impostazione teorica rimarcando, da un lato, l'evidente distinzione tra «obbligazioni alimentari», che hanno quale presupposto indefettibile l'esistenza dello «stato di bisogno», e di «mantenimento», rispondenti invece ad esigenze proprie dell'ambito familiare; e, dall'altro, il fatto che la normativa emergenziale, avente fisiologicamente carattere transitorio e temporaneo, non possa assurgere a canone interpretativo di altre fonti del diritto che non fondino la loro ragion d'essere sulle medesime peculiari contingenze.

5. – In tema di nullità degli atti processuali, le Sezioni Unite hanno risolto la questione afferente alla natura del vizio che affligge il ricorso per cassazione nativo digitale, notificato dall'indirizzo di posta elettronica iscritto in pubblici registri riferibile al difensore il cui nominativo è indicato in calce all'atto, ma mancante di sottoscrizione con firma digitale o con firma elettronica qualificata (Cass., sez. un, 12 marzo 2024, n. 6477, Pres. D'Ascola, Est. Vincenti), e cioè dell'unico elemento che ad avviso dell'ordinanza interlocutoria (Cass., sez. V, 9 giugno 2023, n. 16454, Pres. Virgilio, Rel. Sajja, segnalata nell'*Osservatorio* a cura di L. Costantino in questa *Rivista* 2023, 1833) sarebbe idoneo a determinare la presunzione di cui all'art. 20, comma 1°-ter, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e che, lo si aggiunge, garantisce la non modificabilità dell'atto su cui la stessa viene apposta. La Corte – con una decisione essenzialmente basata su un richiamo al principio di effettività della tutela giurisdizionale, ma dimentica del rischio che il *file* privo di sottoscrizione digitale potrebbe essere modificato – ha affermato che un ricorso così formato si deve considerare non già «inesistente» sulla base di un'applicazione analogica del principio di cui all'art. 161, comma 2°, c.p.c., che imporrebbe la sottoscrizione quale elemento indefettibile per la corretta formazione degli atti processuali (come invece veniva ritenuto da un orientamento formatosi rispetto a ricorsi «nativi analogici» cfr., ad esempio, Cass., 6 febbraio 2019, n. 3379, Pres. Crucitti, Est. D'Orazio, e Cass., 20 gennaio 2011, n. 1275, Pres. Ballimiello, Est. Ianniello), ma semplicemente affetto da nullità, sanabile per raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, comma 3°, c.p.c. qualora la paternità dell'atto sia deducibile da altri e ulteriori elementi (come già affermato da Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22438, Pres. Mammine, Est. Vincenti). A limitare a livello pratico la portata del principio, soccorre, però, l'individuazione degli elementi concretamente ritenuti idonei dalla Corte ad attribuire la paternità dell'atto al difensore, la quale, nel

caso di specie, è stata riscontrata sulla base *a)* dell'attestazione di conformità della copia analogica del ricorso depositata ai sensi dell'art. 9, commi 1°-*bis* e 1°-*ter*, l. 21 gennaio 1994, n. 53; *b)* del fatto che la notifica del ricorso mancante di sottoscrizione provenisse dall'indirizzo *ags.rm@mail-cert.avvocaturastato.it* appartenente all'Avvocatura Generale dello Stato, organo a cui dovrebbe ritenersi impersonalmente riferito l'esercizio del patrocinio erariale ai sensi del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, caratterizzato dall'assoluta fungibilità dei singoli Avvocati dello Stato persone fisiche che assumano in concreto l'esercizio della difesa.

In contraddizione con i principi ispiratori della sentenza sopra segnalata si pone, invece, la pronuncia, cronologicamente successiva, Cass., sez. V, 21 marzo 2024, n. 7586, Pres. Crucitti, Rel. Fracanzani, la quale ha affermato che, in caso di notificazione a mezzo posta *ex art.* 149 c.p.c., il difetto di sottoscrizione da parte dell'agente postale dell'avviso di ricevimento – unico documento idoneo a provare l'avvenuta consegna (e la data di questa) – comporta l'«inesistenza» e non la mera nullità della notificazione, ancorché, come avveniva nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, siano presenti indici presuntivi (quali il bollo dell'ufficio di distribuzione, il timbro datario e la matricola dell'agente postale) idonei a determinare quantomeno la probabile riconducibilità dell'atto ad uno specifico soggetto abilitato, nell'ambito del servizio pubblico universale, al compimento di tale operazione (*contra* Cass., sez. un, 14 gennaio 2008, n. 627, Pres. Carbone, Est. Amatucci, in *Foro it.* 2008, I, 2591; e in *Riv. dir. proc.* 2008, 1715, con note adesive di B. Sassani, *L'avviso di ricevimento come prova della notificazione nel ricorso per cassazione: antiformalismo e nomofilachia alla prova delle Sezioni Unite*, e R. Caponi, *Oltre la fattispecie anche nei recessi della procedura: aspetti in tema di notificazione e di rimessione in termini (nel giudizio di cassazione)*, secondo cui l'avviso di ricevimento ha una funzione unicamente probatoria, peraltro superflua se il destinatario non è incorso in nessuna decadenza, e non deve quindi considerarsi elemento costitutivo della notificazione).

6. – Occorre, poi, segnalare l'ordinanza Cass., sez. II, 26 aprile 2024, 11174, Pres. Bertuzzi, Rel. Trapuzzano, avente ad oggetto un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ispirato alla medesima logica che ha animato le decisioni con le quali tale organo ha rilevato l'incompatibilità con l'ordinamento unionale delle norme processuali degli Stati membri che impediscano al giudice dell'esecuzione di esaminare d'ufficio la natura abusiva delle clausole contenute nei contratti sulla base dei quali viene disposta la condanna del consumatore, con provvedimento passato in giudicato o comunque soggetto ad analogia

forma di stabilizzazione (CGUE, 17 maggio 2022, rese in relazione alle cause C-693/19 e C-831/19; C-869/19; C-600/19; C-725/19). Il rinvio, in estrema sintesi, ha ad oggetto la compatibilità con il diritto eurounitario di un sistema nazionale, come quello italiano, che impedisca al giudice di legittimità, adito all'esito di un già disposto rinvio, di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola (in specie, di una clausola penale), la cui esistenza emerga *ex actis*, per contrasto con la normativa consumeristica, pur quando il dispositivo «cassatorio» della sentenza che ha disposto il rinvio al giudice di merito presupponga, anche implicitamente, la piena validità della stessa. Senza necessità di aggiungere altro, sono evidenti le implicazioni distorsive che un'eventuale decisione nel senso anzidetto potrebbe avere sul nostro sistema di giustizia processuale, atteso il necessario superamento del principio di stabilità-intangibilità delle pronunce rese dalla Cassazione quale giudice di ultima istanza.

7. – Altra interessante ordinanza interlocutoria è Cass., sez. II, 22 marzo 2024, n. 7846, Pres. Mocchi, Rel. Papa, che ha rimesso gli atti alla Prima Presidente per un'eventuale assegnazione alle Sezioni unite rispetto alla questione della proponibilità, nel giudizio ordinario di cognizione (per come disciplinato nella versione precedente all'ultimo intervento di riforma di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), di una domanda di accertamento dell'intervenuta usucapione, conseguente alle difese avanzate dal convenuto nella comparsa di risposta, non già alla prima udienza di comparizione, ma mediante la prima memoria di cui all'art. 183, comma 6°, c.p.c. Ad opinione della Corte, tale soluzione – contraria al sistema di preclusioni testualmente delineato dall'art. 183 c.p.c. e a dir poco «anti-formalistica» – si potrebbe giustificare (in un'ottica di assicurare il più possibile la ragionevole durata dei procedimenti, evitando così il moltiplicarsi del contenzioso civile), qualora la domanda nuova e aggiunta a quella originariamente formulata (esclusa, quindi, la possibilità di applicare principi in tema di «*mutatio libelli*»), stante la connessione per pregiudizialità dipendenza con quest'ultima, sia già appartenente al *thema decidendum et probandum*, seppur la decisione della stessa debba avvenire in via incidentale senza efficacia di giudicato.

Si occupa dell'interpretazione del sistema di preclusioni rispetto alla proposizione di nuove domande (o meglio, in questo caso di nuovi motivi di impugnazione), anche Cass. 18 aprile 2024, n. 10521, Pres. Scotti, Rel. Terrusi, la quale ha ritenuto ammissibile, in sede di riassunzione di fronte al giudice competente *ex art. 50 c.p.c.* di un giudizio di impugnazione per nullità della delibera di approvazione del bilancio di società di capitali, la formulazione di motivi nuovi e aggiunti rispetto a quelli originariamente

proposti con l'atto introduttivo del processo, ancorché, nel frattempo, sia stato approvato il bilancio dell'esercizio successivo (limite decadenziale per la proposizione di tale impugnativa ai sensi dell'art. 2434-*bis* c.c. il quale prevede: «Le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 non possono essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo»). A suffragio di tale soluzione la Corte – oltre ad operare un richiamo alla natura «autodeterminata» della domanda di nullità che consentirebbe di ritenere già ricompresi nel *thema decidendum* tutte le potenziali fattispecie causative di tale vizio – adotta un'interpretazione a dir poco peculiare dell'art. 2434-*bis*, il quale viene letto nel senso che, approvato il bilancio dell'esercizio successivo, la parte decada dalla possibilità di esercitare l'azione di impugnativa in sé considerata, senza però che tale preclusione si estenda anche all'azione di impugnativa già introdotta, qualora nel giudizio pendente il ricorrente intenda proporre ulteriori motivi di impugnazione (a quel che sembrerebbe, anche qualora gli stessi si fondino su vizio ascrivibile alla categoria dell'annullabilità).

8. – La sezione lavoro, con un'interessante ordinanza interlocutoria (Cass., sez. lav., 3 maggio 2024, n. 11898, Pres. Antonio Manna, Rel. Amendola), ha rimesso gli atti alla Prima Presidente affinché valuti un'eventuale rimessione alle Sezioni unite sulla questione, ritenuta di massima di particolare importanza (anche per la sua potenziale incidenza su altri procedimenti, come le controversie in materia locatizia e quelle in materia di opposizione a ordinanza-ingiunzione, nonché sulla disciplina dettata dall'art. 281-*sexies* c.p.c.), afferente alla compatibilità della trattazione cartolare prevista dall'art. 127-*ter* c.p.c. in sostituzione dell'udienza di discussione disciplinata dall'art. 420 c.p.c. e sul regime del vizio conseguente all'applicazione di tale modello di trattazione alternativo, laddove ritenuto incompatibile con il predetto rito (tenuto altresì conto del rilevante impatto che una declaratoria di nullità potrebbe avere sui contenziosi pendenti, stante la prassi ormai consolidatasi presso alcuni uffici giudiziari che fanno piana applicazione della disposizione nel caso in argomento). A sostegno del primo ordine di idee, viene sostanzialmente richiamata la portata generale dell'innovazione codicistica voluta dal legislatore della riforma (che ha inserito detta previsione tra le «disposizioni generali»), la quale imporrebbe, in un'ottica di garantire una maggior «speditezza e razionalizzazione» del processo civile, di estendere la previsione a qualsivoglia udienza, rimanendo peraltro sempre ferma la possibilità delle parti di opporsi all'imposizione dello scambio di note. Tenuto altresì conto del fatto che la giurisprudenza costituzionale (in particolare il

richiamo è a Corte cost. 13 dicembre 2017, n. 263, Pres. Grossi, Est. Modugno, in *Giur. cost.* 2017, 2856 ss., con nota di P. Spagnolo, *L'esclusione della pubblicità nel procedimento di riesame: ribadite le peculiarità della procedura de libertate*) ha escluso che «la trattazione orale costituisca un connotato indefettibile del contraddittorio», non sarebbe dunque ragionevole ostacolare l'innovazione a beneficio di una struttura del processo del lavoro ormai ridotta dalla prassi a vuoto simulacro. In contrapposizione a quanto appena riportato, l'ordinanza interlocutoria – ponendo in evidenza le tipicità di tale rito, caratterizzato dai principi di oralità, concentrazione e immediatezza che informano l'intero procedimento – sottolinea tuttavia che: *a*) vi sarebbe incompatibilità strutturale di tale norma con il sistema di tempi processuali imposto dal rito del lavoro, atteso che la sostituzione dell'udienza di discussione *ex art.* 420 c.p.c. dovrebbe avvenire già nel decreto di cui all'art. 415, comma 2°, c.p.c., in un momento fisiologicamente anteriore alla costituzione del convenuto che non avrebbe quindi la possibilità di opporsi; *b*) vi sarebbe contraddittorietà logica, ancor prima che giuridica, tra lo scambio di note e il compimento di attività che presuppongono la contestuale interlocuzione tra giudice e parti, quali l'interrogatorio libero e la formulazione della proposta conciliativa, essendo peraltro prevista la trattazione cartolare solamente per quelle udienze in cui si debbano svolgere attività difensionali limitate (quale è appunto la formulazione di sole «istanze e conclusioni»); *c*) la pubblicità dell'udienza di discussione, costituente mezzo di controllo democratico, potrebbe essere limitata solamente nelle tassative ipotesi di cui all'art. 128 c.p.c., ossia per ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico e di buon costume, e non per mere esigenze di gestione dei tempi del processo; *d*) l'adozione di tale modalità di trattazione, poi, confliggerebbe con la caratteristica essenziale del processo del lavoro, che impone l'assenza di cesure tra la discussione della causa e la deliberazione della decisione.

9. – Con riferimento alle disposizioni generali in materia di impugnazione, meritano, poi, di essere segnalati due fondamentali interventi delle Sezioni unite.

In particolare, Cass., sez. un., 30 aprile 2024, n. 11676, Pres. D'Ascola, Est. Federici, ha affermato importanti principi di diritto in relazione al giudizio d'appello tributario, sottendendo però anche interpretazioni delle norme del codice di rito civile meritevoli di attenzione. In primo luogo, la Corte ha ribadito che – nonostante il dettato di cui all'art. 53, comma 2°, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 («Il ricorso in appello è proposto (...) nei confronti di tutte le parti che hanno partecipato al giudizio di primo grado

(...») – non può considerarsi sconosciuta al processo tributario la distinzione tra cause inscindibili, dipendenti ovvero scindibili di cui agli artt. 331 e 332 c.p.c. Ad opinione della Corte, anche a prescindere dalla clausola di compatibilità (con le disposizioni generali in materia di impugnazioni previste per il processo civile) di cui all'art. 49, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, risulterebbe infatti evidente come tali forme di connessione soggettiva (e oggettiva) non siano estranee ai processi in materia di tributi in virtù del dispositivo di cui all'art. 14 del predetto decreto legislativo, che regola, per il processo di primo grado, differenti ipotesi di litisconsorzio, analoghe, a questi fini, a quelle che possono manifestarsi in sede di contenzioso civile. In secondo luogo – richiamando i principi originariamente statuiti da Cass., sez. I, 29 luglio 1994, n. 7127, Pres. Cantillo, Est. Baldassarre, in relazione al dispositivo di cui all'art. 343 c.p.c. – la Corte supera il disposto dell'art. 54, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (che impone, a pena di inammissibilità, la proposizione dell'appello incidentale con il deposito delle controdeduzioni), consentendo, per l'ipotesi di cause scindibili, la notifica dell'impugnazione incidentale alle parti presenti nel giudizio di primo grado ma non evocate in sede d'impugnazione perché non destinatarie dell'appello principale. Il deposito delle controdeduzioni, contenenti appello incidentale, presso la segreteria della Corte di giustizia tributaria di secondo grado *ex art.* 23, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 presupporrebbe sempre, già su un piano meramente logico, l'avvenuta integrazione del contraddittorio nei confronti delle parti avverso le quali lo stesso è indirizzato, rendendo invece necessitata la notifica dell'impugnazione negli altri casi.

Altra fondamentale pronuncia è costituita da Cass., sez. un., 28 marzo 2024, n. 8486, Pres. Cassano, Est. Carrato, che si inserisce nel complesso e mai sopito dibattito afferente ai rapporti tra obbligazioni solidali ad interesse comune e giudizi di impugnazione. La Corte, innanzitutto, riafferma l'orientamento consolidato secondo cui le obbligazioni solidali a interesse comune – fatta eccezione per le ipotesi in cui sia stata proposta domanda di regresso ovvero di accertamento della ripartizione della responsabilità nei rapporti interni (da ultimo, Cass., sez. III, 28 novembre 2022, n. 34899, Pres. Frasca, Est. Condello) – determinano in fase di gravame «cause scindibili» *ex art.* 332 c.p.c. in ragione della previsione di cui all'art. 1306, comma 1°, c.c., il quale prevede che la «sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori» (Cass., sez. III, 14 luglio 2009, n. 16390, Pres. Filadoro, Est. Ambrosio). Nonostante tale presupposto – richiamando (ed estendendo) i principi già espressi da Cass., sez. un., 27 novembre 2007, n. 24627, Pres. Carbone,

Est. Vitrone (in questa *Rivista* 2008, 1422, con nota di C. Corrado, *Riflessioni a margine degli artt. 334 e 331 c.p.c.*; in *Giusto proc. civ.* 2008, 437 ss., con nota di G. Balena, *Cause scindibili e impugnazione incidentale tardiva*; in *Corriere giur.* 2008, 1701, con nota di C. Consolo, *Condebito solidale fra artt. 332 e 334 c.p.c.: una collocazione sempre ardua (con tentazione di ritorno all'art. 471, comma 2, n. 3, c.p.c. 1865)* e in *Giust. civ.* 2008, I, 93) – le Sezioni unite riconoscono, superando il disposto letterale di cui all'art. 334 c.p.c., l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva proposta dal coobbligato solidale avente contenuto «adesivo» rispetto all'impugnazione incidentale tempestiva proposta da altro coobbligato e volta a riformare il capo di sentenza contenente la propria condanna. In applicazione del principio di cui all'art. 100 c.p.c., la Corte infatti ritiene che debba sempre essere riconosciuto in capo al coobbligato acquiescente l'interesse ad ottenere la riforma della decisione, qualora dall'accoglimento di altra impugnazione, anche incidentale, proposta da altro coobbligato – ancorché non immediatamente diretta contro lo stesso – possa determinarsi una soccombenza più grave rispetto all'assetto dei rapporti accettato da tale soggetto (crystalizzabile con il passaggio in giudicato del provvedimento impugnato ovvero realizzabile in ragione della riforma della sentenza determinata dall'accoglimento di una o più impugnative proposte da altre parti, in relazione alle quali il coobbligato impugnante incidentale tardivo in origine abbia, però, deciso di non fare seguire un proprio atto di impugnazione).

10. – Rispetto alle disposizioni che regolano il giudizio di cassazione, meritano innanzitutto di essere segnalati due provvedimenti resi in relazione alla disciplina del nuovo procedimento per la decisione dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati di cui all'art. 380-bis c.p.c.

In primo luogo, degno di attenzione è l'intervento delle Sezioni unite, Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, Pres. D'Ascola, Est. Scarpa, che ha sciolto il dubbio quanto al fatto che l'estensore della proposta di definizione accelerata possa assumere la veste di relatore in occasione dell'adunanza in camera di consiglio, cui segue la decisione collegiale, o comunque partecipare alla stessa nella veste di semplice consigliere membro. Come è noto, ampia parte della dottrina sin dall'introduzione della norma ha sostenuto con fermezza l'incompatibilità funzionale (e quindi la ricusabilità, ai sensi dell'art. 51, n. 4, c.p.c.), di tale soggetto per l'ipotesi in cui lo stesso sia chiamato ad assumere la veste di membro dell'adunanza decisoria. La partecipazione di tale soggetto comporterebbe l'adozione di una decisione finale irrimediabilmente viziata dal convincimento maturato dal-

lo stesso, a causa di quell'incosciente ritrosia a mutare le proprie convinzioni già raggiunte (c.d. «forza della prevenzione») (A. Graziosi, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in questa *Rivista* 2023, 681; B. Capponi, *Dei giudici monocratici in Cassazione*, in *judicium.it* 20 gennaio 2023; F.R. Tiscini, *Procedimento in cassazione per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati e terzietà del giudicante. La questione alle Sezioni Unite*, in *judicium.it* 2 ottobre 2023; R. Vaccarella, *Note sull'art. 380-bis c.p.c.*, in *judicium.it* 3 ottobre 2023). La Corte sconfessa tale interpretazione, sostenendo la compatibilità del dettato normativo sia con fonti sovranazionali (in particolare con l'art. 6, § 1, CEDU) sia con fonti interne di rango primario (art. 51, n. 4, c.p.c.) e costituzionale (art. 111, comma 2°, Cost.), sulla base, in estrema sintesi, delle seguenti motivazioni: *a*) la proposta di definizione accelerata non avrebbe nessuna efficacia decisoria, essendo il collegio libero di assumere una decisione avente un qualsiasi contenuto, fatta solamente eccezione per la necessaria applicazione dell'art. 96, commi 3° e 4°, c.p.c. qualora la Corte «definisce il giudizio in conformità alla proposta»; *b*) la fase consiliare non si configurerebbe quale momento del processo avente contenuto impugnatorio della proposta (che, in ragione della giurisprudenza costituzionale, imporrebbe la ricusabilità del decidente: cfr. Corte Cost. 15 ottobre 1999, n. 387, Pres. Vassalli, Est. Chieppa, in *Foro it.* 1999, I, 3441, con nota di G. Scarselli, *La Consulta detta le nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*; in *Corriere giur.* 2000, 40 ss., con nota di R. Tiscini, e 56 ss., con commento di C. Consolo, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4 (in relazione all'art. 28 st.lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*; e in *Riv. dir. proc.* 1999, 1188 ss., con nota di M.C. Giorgetti, *L'incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento decisorio*), non essendo il collegio chiamato ad operare un riesame della stessa ma semplicemente a valutare la bontà dell'impugnazione originariamente formulata, peraltro sulla base di un semplice atto di impulso processuale (l'istanza presentata dal difensore munito di apposita procura speciale).

A chiarificare ulteriormente la disciplina del nuovo meccanismo di definizione accelerata *ex art. 380-bis*, è intervenuta anche Cass., sez. II, 16 aprile 2024, n. 10164, Pres. Mocchi, Rel. Oliva, la quale ha dettato un principio, che può certamente dirsi coerente con le intenzioni del legislatore storico e con le finalità assegnate all'istituto. A fronte della formulazione di una proposta di definizione accelerata relativa sia al ricorso principale sia ad una o più impugnazioni incidentali non condizionate, la Corte ha infatti ritenuto che – per l'ipotesi in cui l'istanza *ex art. 380-bis*, comma 2°, c.p.c. venga presentata solamente da alcuna delle parti (così che la

decisione in camera di consiglio dovrà evidentemente riguardare solamente le impugnazioni «non rinunciate») – se, da un lato, le spese del giudizio di legittimità andranno suddivise secondo i criteri di cui agli artt. 91 ss. c.p.c., tenuta altresì in considerazione anche la soccombenza da ascrivere fattualmente alle parti rinuncianti che abbiano prestato acquiescenza al contenuto della proposta, dall'altro, l'applicazione delle previsioni di cui all'art. 96, comma 3° e 4°, c.p.c., oltre al raddoppio del contributo unificato, dovrà avvenire solamente in relazione alle impugnazioni coltivate.

Sempre in ordine al giudizio dinnanzi alla Suprema Corte, assume particolare rilevanza anche la pronuncia Cass., sez. III, 13 maggio 2024, n. 12971, Pres. Travaglino, Rel. Vincenti, che si inserisce nell'orbita di una giurisprudenza particolarmente copiosa formatasi nell'ultimo biennio ed avente ad oggetto l'interpretazione dell'onere previsto a pena di improcedibilità del ricorso per cassazione del deposito di «copia autentica» del provvedimento impugnato di cui all'art. 369, comma 2°, c.p.c. La Corte, premettendo la distinzione tra «duplicato informatico» (*file* di identico contenuto dell'originale e avente la stessa sequenza di valori binari) e «copia informatica» (*file* di identico contenuto dell'originale ma avente diversa sequenza di valori binari), riconosce che il deposito del primo – sebbene privo dei dati relativi alla pubblicazione della sentenza a cura della cancelleria (c.d. «stampigliatura» ovvero «glifo»), automaticamente apposti tramite deposito nel fascicolo informatico *ex* art. 15, D.M. 21 febbraio 2011, n. 44 – dovrebbe certamente ritenersi idoneo ad assolvere l'onere di cui alla disposizione dall'ultimo citata, essendo tale *file* perfettamente identico all'originale informatico a partire dal quale lo stesso è stato formato. Di conseguenza, nell'ipotesi di deposito del duplicato informatico, ai fini della verifica della tempestività dell'impugnazione (e in particolare del rispetto del termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.), i dati relativi alla pubblicazione, ove non evincibili tramite i sistemi informatici in uso alla Corte di cassazione e in contestazione, dovranno essere acquisiti attraverso la consultazione del fascicolo di merito acquisito d'ufficio ai sensi dell'art. 137-*bis* c.p.c. per i giudizi introdotti con ricorso notificato a decorrere dal 1° gennaio 2023 (termine in cui peraltro il deposito telematico degli atti processuali in Cassazione è divenuto obbligatorio), ovvero, per i giudizi introdotti precedentemente a tale data (ma successivamente al 31 marzo 2021, data a partire dalla quale è stato consentito facoltativamente di procedere al deposito telematico degli atti processuali anche in Cassazione), tramite richiesta di attestazione degli stessi alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, purché sia stata ritualmente avanzata l'istanza di trasmissione del fascicolo di cui all'art. 369, ult. co., c.p.c., prevista nella formulazione di tale disposizione ante-

cedente all'abrogazione del comma disposta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Tale ultima soluzione dovrebbe applicarsi anche in relazione al regime in cui era consentito il solo deposito di copia analogica del provvedimento impugnato redatto come documento informatico nativo digitale, ove detta copia analogica sia tratta dal duplicato informatico depositato nel fascicolo informatico e la conformità della copia al duplicato sia fatta oggetto di apposita attestazione del difensore.

11. – Meritano, poi, di essere congiuntamente segnalati due interventi delle Corti resi in sede di rinvio pregiudiziale di cui al neo-introdotta art. 363-*bis* c.p.c., i quali – oltre a risolvere questioni processuali di certo interesse – si sono soffermati sull'individuazione dei presupposti di ammissibilità di tale strumento, con particolare attenzione rispetto all'identificazione di quali siano i procedimenti la cui definizione, anche parziale, possa dar adito alla necessità di risolvere una questione di diritto rilevante ai fini del decidere sottoponibile all'attenzione della Suprema Corte.

In primo luogo, con la sentenza Cass., sez. un., 29 aprile 2024, n. 11399, Pres. D'Ascola, Rel. Leone, la Corte ha riconosciuto che, nonostante la dizione «definizione anche parziale del giudizio», il rinvio sia ammissibile – in coerenza con le finalità dell'istituto (volto a garantire una sorta di «nomofilassi preventiva» che produca effetti positivi per l'intero sistema di giustizia civile che vanno oltre la mera risoluzione del caso concreto) – anche nelle ipotesi in cui la risoluzione di una questione di diritto sia dirimente ai fini dell'adozione di una decisione avente natura cautelare, purché, però, lo scioglimento o meno del dubbio ermeneutico possa poi, anche solo di fatto e indirettamente, incidere sul contenuto della decisione (finale) di merito. Maggior chiarezza sul punto può essere fornita dalla portata concreta della pronuncia, la quale ha risolto la questione (ingenerata da un reticolato normativo piuttosto confusionario delle disposizioni di cui al d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25) relativa alla sospensione automatica (*i.e.*, derivante dalla sola proposizione del ricorso) del provvedimento di diniego per manifesta infondatezza della richiesta di protezione internazionale avanzata da un soggetto proveniente da paese sicuro, in presenza di una procedura accelerata sottostante di cui vengano lamentate irregolarità. La Corte, al riguardo – sulla base di un richiamo ai principi alla direttiva europea (Dir. 2013/32/EU) che impongono che le deroghe all'effetto di sospensione automatica siano il più possibile ridotte (per la sensibile incidenza che il provvedimento amministrativo produce sulla situazione di fatto del richiedente) – ha concluso in favore della produzione di tale effetto cautelare, atteso che, in assenza dello stesso, dovrebbe meccanicamente seguire il rimpatrio del richiedente, così da precludere il

potenziale accoglimento della domanda nel merito che presuppone la presenza sul territorio nazionale dell'istante.

In secondo luogo, con la pronuncia, Cass., sez. I, 30 aprile 2024, n. 11688, Pres. Genovese, Est. Campese, i presupposti di ammissibilità del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. sono stati interpretati ancor più estensivamente, fino a riconoscere in generale l'ammissibilità dello stesso relativamente a tutti i procedimenti (compresi quelli aventi natura cautelare) il cui provvedimento conclusivo non sia impugnabile con ricorso (anche straordinario) per cassazione, superando dunque le remore dottrinali che – sulla base del riferimento alla necessità che la questione non sia «stata ancora risolta dalla Corte di cassazione» – relegavano la fruibilità dello strumento alle sole ipotesi in cui la questione rilevante ai fini del decidere fosse potuta pervenire al sindacato della Corte a prescindere dal mezzo di novella istituzione. Secondo il Supremo Collegio, la *ratio* sottesa all'introduzione del rinvio pregiudiziale (già sopra esplicitata) imporrebbe *a fortiori* di ricomprendere nell'ambito applicativo dello stesso tutte le questioni ordinariamente sottratte al sindacato di legittimità. Sulla base di questo presupposto, la Corte ha risolto la problematica, ampiamente dibattuta dalla dottrina, relativa all'impugnabilità dei provvedimenti «indifferibili», resi *inaudita altera parte* in corso di causa, di cui all'art. 473-*bis*.15 c.p.c. (o meglio, dell'ordinanza di conferma, modifica o revoca degli stessi adottata in esito all'apposita udienza fissata ai sensi dell'ultima disposizione citata). In relazione a tale problematica, la Corte riporta i tre diversi orientamenti formatisi sul punto: *a*) per un primo ordine di idee, non avendo il legislatore nulla disposto quanto all'impugnabilità di tali provvedimenti e considerato il fatto che l'udienza di discussione dovrebbe effettuarsi, stando alla lettera della legge, entro 90 giorni dal deposito del ricorso *ex* art. 473-*bis*.14 c.p.c., gli stessi sarebbero destinati ad essere fisiologicamente assorbiti dai provvedimenti «temporanei e urgenti» del giudice di merito di cui all'art. 473-*bis*.22, comma 1°, c.p.c. adottabili in sede di prima udienza, senza poter essere mai autonomamente impugnabili; *b*) per un secondo ordine di idee, invece, detti provvedimenti, anche tenuto conto delle tempistiche della giustizia (che probabilmente nella maggior parte dei casi non consentono il rispetto del citato termine per la fissazione dell'udienza di prima comparizione), sarebbero impugnabili solamente qualora abbiano un contenuto analogo ai provvedimenti temporanei emessi in corso di causa di cui all'art. 473-*bis*.24, comma 2°, c.p.c., avverso i quali è ammesso reclamo alla Corte d'appello se «sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi

dai genitori»; c) secondo un ultimo ordine di idee, infine, i provvedimenti dei cui all'art. 473-*bis*.15 c.p.c. emessi dal giudice di primo grado – partecipando della medesima natura cautelare di quelli previsti dall'art. 473-*bis*.22, co. 1°, c.p.c. – sarebbero sempre impugnabili, a prescindere dal contenuto decisorio concretamente assunto dagli stessi, di fronte al giudice competente, per alcuni individuato nella corte d'appello in ragione della previsione di cui all'art. 473-*bis*.24, comma 1°, c.p.c. e, per altri, individuato secondo le disposizioni di cui all'art. 669-*terdecies* c.p.c. previste per il «rito cautelare uniforme». La Corte – pur riconoscendo che dal dettato normativo sembrerebbe ricostruirsi un'opzione legislativa favorevole all'esclusione di qualsivoglia mezzo d'impugnazione – riconosce, in estrema sintesi, che, stante la particolare incidenza sulla sfera soggettiva degli interessati di provvedimenti indifferibili aventi contenuto analogo a quelli indicati all'art. 473-*bis*.24, comma 2°, c.p.c., occorre interpretare analogicamente le norme previste per l'impugnazione di questi ultimi, sostanzialmente accogliendo la soluzione sopra esposta *sub b*).

12. – In ultimo, devono, poi, segnalarsi due precedenti di fondamentale importanza in tema di esecuzione forzata.

La Corte, con una sentenza Cass., sez. III, 7 maggio 2024, n. 12499, Pres. D'Ascola, Rel. Scoditti, che ha già ricevuto tempestive critiche da parte di autorevole dottrina (F.P. Luiso, *Un errore ed un autogol: brevi osservazioni a caldo su Cass. 7 maggio 2024, n. 12449*, in www.judicium.it 9 maggio 2024, cui si rinvia), ha negato che un titolo esecutivo giudiziale recante la condanna al pagamento degli «interessi legali», senza ulteriori specificazioni da parte del giudice della cognizione, possa esser interpretato nel senso che la condanna ricomprenda, a partire dalla data di proposizione della domanda, il pagamento degli interessi di cui all'art. 1284, comma 4°, c.p.c., dovendo invece sempre ritenersi che l'organo decidente abbia optato per l'applicazione del comma 1° della medesima norma. La fattispecie produttiva dei c.d. «super-interessi», secondo il ragionamento della Corte, abbisognerebbe sempre di autonomo accertamento – precluso al giudice dell'esecuzione, al più chiamato ad interpretare il titolo, ma mai ad integrarlo – quantomeno in relazione alla natura della fonte dell'obbligazione, all'esistenza di una pattuizione contrattuale sulla misura degli interessi e all'individuazione della data di proposizione della domanda (momento quest'ultimo che potrebbe essere dubbio quantomeno nelle ipotesi di richiesta di provvedimenti cautelari *ante causam*, in specie se d'istruzione preventiva).

Particolare importanza riveste anche Cass., sez. III, 15 maggio 2024, n. 13373, Pres. De Stefano, Rel. Rossi, che si pone in discontinuità rispetto

ad un più risalente e consolidato orientamento, il quale – in ragione delle disposizioni speciali contenute nella «legge cambiaria» (art. 63, comma 3°, r.d. 14 dicembre 1993, n. 1669) e nella «legge assegni» (art. 55, comma 3°, r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736) – riteneva assolto l'onere di trascrizione del titolo di credito all'interno dell'atto di precetto in presenza della sola indicazione degli elementi del titolo ritenuti essenziali per la sua individuazione, non essendo necessaria neppure la certificazione di conformità dell'ufficiale giudiziario (così Cass., 9 maggio 1985, n. 2895, Cass., 10 settembre 1986, n. 5531). Al contrario di quanto appena riportato, secondo l'interpretazione da ultimo accolta dalla Corte, occorrerebbe invece la trascrizione integrale del titolo perlomeno nelle ipotesi in cui, omissa tale adempimento, venga ad esistere un pregiudizio per le facoltà difensive della parte intimata (da denunciare tempestivamente in sede di opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c.), in ragione del fatto che dalla semplice lettura dell'atto di precetto non sia possibile individuare con certezza gli elementi conformativi, di carattere oggettivo e soggettivo, del preteso diritto di credito che consentano di identificare univocamente sia il debitore sia l'oggetto della pretesa (come avviene nelle ipotesi in cui venga omissa la trascrizione del retro dell'assegno circolare, ove potrebbe essere contenuta una girata per l'incasso).

FILIPPO NICOLAI

Dottorando di ricerca nell'Università Roma Tre



IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA CARTABIA

A cura di **Antonio Didone** e **Francesco De Santis**

Esamina le modifiche apportate al processo civile dalla **Riforma Cartabia** guidando nell'interpretazione delle norme ed affrontando le **prime criticità interpretative ed applicative**.

Focus su:

- processo di cognizione di primo grado
- giudizi di impugnazione e processi speciali
- esecuzioni forzate
- processo civile telematico
- disciplina delle notificazioni
- mediazione
- procedimenti cautelari
- arbitrato
- istituti di parte generale del codice di procedura civile
- disciplina transitoria

Y2400BN



IPSOA In Pratica
*Risposte chiare, autorevoli
e sempre aggiornate*

Crisi d'impresa e insolvenza

2024

CARTA + DIGITALE

Scegli la formula “sempre aggiornati” **CARTA+DIGITALE**: la soluzione ideale per rimanere costantemente aggiornati e godere di un testo sempre nuovo, grazie all’azione combinata dei due supporti:

- **CARTA**: analizza e interpreta la normativa concorsuale e le metodologie di gestione della crisi d’impresa.
- **DIGITALE**: monitora l’evoluzione delle pronunce giurisprudenziali per verificare l’applicabilità della Riforma e dei nuovi istituti della composizione negoziata e del concordato minore.



**INTELLIGENZA
PER
INTERPRETARE**

**One LEGALE
PRESENTA
LA NUOVA
FUNZIONALITÀ
GIURIMETRIA**

Uno strumento innovativo che applica i modelli di intelligenza artificiale all'analisi giurisprudenziale. Ricerche legali più veloci e accurate, una visione predittiva dei risultati, maggiore orientamento sulle decisioni dei giudici. Insieme a One LEGALE Giurimetria valorizzi le tue capacità e la tua esperienza e definisci la migliore strategia processuale per i tuoi casi.

Con Giurimetria, ancora più valore alle tue competenze.

Scopri di più su info.onelegale.it/giurimetria

One LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

Federico
Avvocato Civilista

GESTISCE GRANDI RESPONSABILITÀ

One LEGALE

presenta *Experta Responsabilità Civile*

La nuova soluzione Wolters Kluwer che ti permette di affrontare in profondità una delle materie più complesse del diritto civile. Grazie a questo nuovo strumento, potrai analizzare tutte le tipologie di danno, avere risposte pratiche alle domande più ricorrenti ed essere tempestivamente aggiornato sull'evoluzione giurisprudenziale, normativa e sulla revisione delle tabelle per la liquidazione del danno.

Grazie a guide pratiche, quesiti, riviste, news, formule, codici commentati, check list, action plan potrai tutelare al meglio ogni tuo cliente.

Da oggi accrescere le responsabilità è possibile.

Scopri di più su info.onelegale.it

One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

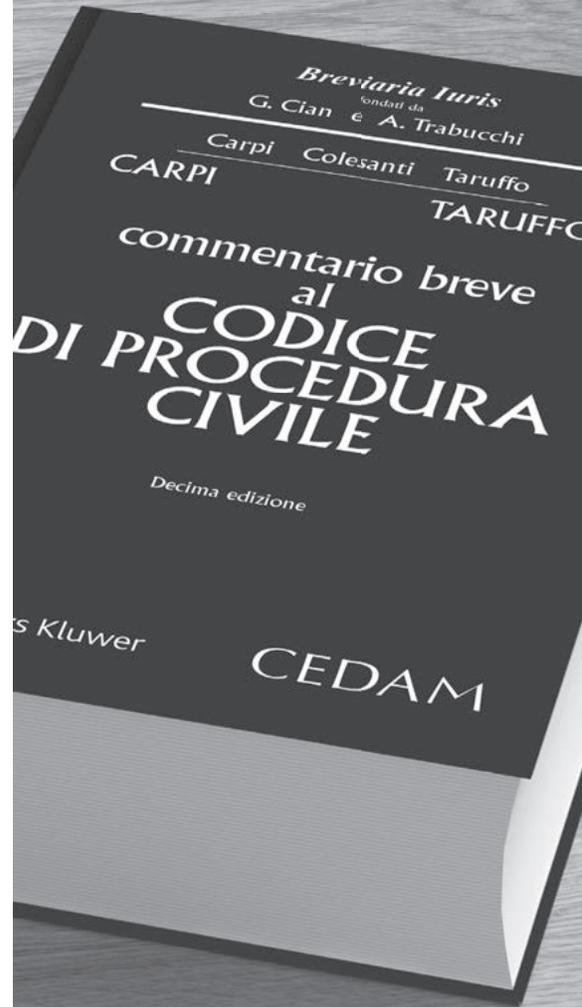
Breviaria Iuris

Commentario breve al CODICE DI PROCEDURA CIVILE

A cura di Federico Carpi

Il **primo codice commentato** con
giurisprudenza e dottrina,
aggiornato alle novità più recenti
e alla **Riforma Cartabia**.

Offre la migliore interpretazione del
testo normativo vigente e previgente,
dei **provvedimenti extra codice**, delle
leggi speciali e dei **regolamenti
europei**.



Condizioni di abbonamento

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI), oppure a mezzo PEC all'indirizzo contact@wkickert.it.

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.

Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/RDP, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android).

Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a WKI Srl - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 Milano (MI) - utilizzando le seguenti modalità:

- Versare l'importo sul Conto corrente postale n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione Incassi
- Effettuare bonifico bancario presso Banca Intesa Sanpaolo SpA sul conto IBAN: IT61M0306933684100000002208 intestato a Wolters Kluwer Italia Srl
- Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Abbonamento 2024

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 255,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 215,00 + iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 325,00

Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 215,00 (esente IVA)

SERVIZIO CLIENTI CEDAM



► Informazioni commerciali ed amministrative:

tel. 02.824761 - Indirizzo internet: www.servizioclienti.wki.it - e-mail: servizio.clienti@wolterskluwer.com

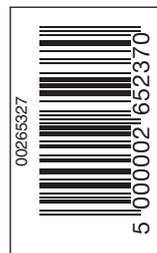
I dattiloscritti, libri per recensione, pubblicazioni periodiche devono essere diretti al professor Bruno Cavallone, Via San Barnaba, 49 - 20122 Milano; oppure al professor Carmine Punzi, Viale Bruno Buozzi, 99 - 00197 Roma. Gli scritti inviati per la pubblicazione devono essere inviati per e-mail ai seguenti indirizzi: bcavallone@libero.it, rivdirproc@libero.it, cpunzi@studioprofpunzi.it.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.

Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via Bisceglie, n. 66 - 20152 - Milano (MI).



€ 70,00 I.V.A. INCLUSA